

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO PENAL
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE
LA SALA DE LO PENAL
AÑO JUDICIAL
2012-2013**

JUNIO 2013

•	ABUSO SEXUAL.	
	Circunstancia agravada de prevalimiento y abuso por prevalimiento	21
	Complicidad omisiva	21
	Daño moral inherente	23
	Modalidad agravada por abuso de superioridad manifiesta: no requiere permanencia o estabilidad	24
	Prevalimiento. Doctrina	25
•	ACLARACIÓN DE SENTENCIA.	
	Interpretación de los arts. 161 LECrim. Y 267 LOPJ	28
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS.	
	Auto de acumulación: modificación posterior	28
	Cómputo de prisión preventiva (Art. 58.1 CP)	29
	Cumplimiento máximo: conspiración para el delito y tentativa (Acuerdo plenario de 19/12/2012)	33
	Doble cómputo. Cómputo pena a pena; no partiendo de máximo cumplimiento	37
	El límite máximo de cumplimiento no es una nueva pena. Cómputo de prisión preventiva en cada pena refundida.....	40
	Licenciamiento definitivo: doctrina	41
	Requisitos de tramitación: asistencia letrada. Nulidad del auto.....	43
	STS 197/2006. Doctrina del TC	43
•	AGRAVANTES.	
	Ensañamiento. Doctrina: diferencias entre el concepto jurídico-penal y su entendimiento en el lenguaje coloquial	45
	Reincidencia (art. 22.8ª CP): requisitos.....	47

•	AGRESIÓN SEXUAL.	
	Entre cónyuges	48
	Introducción de dedos.....	49
	No se requiere el “ánimo lascivo”	49
•	APROPIACIÓN INDEBIDA.	
	Cooperación necesaria del “extraneus”	51
	Diferencias con el delito de administración desleal societaria.....	53
	Distracción. Operaciones de “fianza monetaria” o “prenda irregular”	57
	Doctrina.....	59
	Indemnización por ejecución provisional de sentencia civil. No delito	61
	Posibilidad de comisión por cónyuge respecto a bienes gananciales	63
	Tipicidad: acuerdo transaccional	64
•	ASESINATO.	
	Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima	65
•	ATENUANTES.	
	Arrebato: el desafecto marital no es estímulo.....	66
	Atenuante analógica (art. 21.7ª CP): trastorno de personalidad de carácter fóbico “por evitación”	67
	Confesión: apreciación para el testigo que reconoce su participación en los hechos ofreciendo datos relevantes para la investigación.....	68
	Dilaciones indebidas. Atenuante muy cualificada	68
	Ludopatía: doctrina	70
	Ludopatía y otros trastornos de impulsividad.....	71

•	AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE.	
	Diferencias	71
•	AUTORÍA.	
	Coautoría. Asesinato. Cooperación: comisión por omisión	72
	Coautoría. Dominio funcional del hecho. Doctrina	74
	Comisión por omisión (art. 11 CP): doctrina	75
•	BLANQUEO DE CAPITALS.	
	Cuota defraudada a la Hacienda Pública y objeto material del delito de blanqueo. Polémica doctrinal.....	76
	Doctrina. Elementos.....	88
	Prueba indiciaria	90
•	COMPETENCIA.	
	Concepto de pena abstracta a efectos de su determinación	93
	Órgano encargado del enjuiciamiento	94
	Reglas transitorias: distribución competencial entre Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal.....	95
•	CONCURSO DE DELITOS.	
	Concurso ideal vs. Concurso real: doctrina	96
•	CONCURSO DE NORMAS.	
	Daños terroristas y tenencia de explosivos: supuestos	99
•	CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS.	
	Relación concursal entre los delitos de amenazas y contra la integridad moral (concurso real).....	101

- **COSA JUZGADA.**
Elementos identificadores en el orden penal 104

- **COSTAS.**
Costas devengadas por la acusación particular: doctrina general 104
Gastos derivados de la investigación criminal (arts. 124 CP y 241.4º LECrim.). Diferencias con la responsabilidad civil «ex delicto» 105

- **DELITO CONTINUADO.**
Faltas de apropiación que dan lugar a la calificación como delito continuado. Imposibilidad de aplicar efecto agravatorio del art. 74.1 CP..... 107
Individualización de penas en delitos patrimoniales. Acuerdo de la Sala. “Non bis in idem”: No concurre..... 109

- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.**
Contaminación acústica 111
(Ruidos (art. 326 CP): doctrina..... 112

- **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**
Deslealtad profesional del abogado (art. 467.2 CP) 113

- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.**
Agravación por empleo de persona o sociedad interpuesta..... 115

- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.**
En el seno de un delito de detención ilegal 117
No concurre. Bofetada de agente a detenida: faltas de maltrato y de vejación injusta 118
Tipo del art. 173.1 CP: elementos y caracteres 119

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.**

Coautoría: vigilancia en el exterior del local para prevenir de cualquier incidencia (no es complicidad) 125

Criterio para determinar la cuantía del porcentaje de riqueza de la sustancia aplicado al “margen de error” 125

Delito provocado y agente encubierto. No ha existido en el caso de autos delito provocado 126

Descarga de droga: coautoría..... 128

Envío de la droga por correo: casuística 128

La dosis mínima psicoactiva se determina teniendo en cuenta el total de papelinas intervenidas..... 130

Pluralidad de sujetos activos: codelinquencia, organización y grupo criminal. Diferenciación 130

Subtipo atenuado. “Escasa entidad” 132

Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): incompatibilidad con la utilización habitual de establecimiento abierto al público para realizar los actos de tráfico (art. 369.1.3ª CP) 133

Tentativa 133

Tentativa: se estima en quien inició la acción delictiva que devino frustrada por la retención policial de la droga enviada 135

Tipicidad. Favorecer/facilitar el consumo ilegal de drogas: administración de benzodiazepinas a menores de corta edad. Exclusión de la modalidad agravada (art. 369.4ª CP): “non bis in idem” 138

Tipo agravado. Concepto de “buque” (Acuerdo del Pleno): no concurre. Inclusión del término “embarcación” posterior a los hechos..... 140

Tipo agravado: organización criminal..... 141

Tipos de sustancias no gravemente lesivas de la salud: alprazolam 144

Tráfico de drogas. Autoría y atribución del total aprehendido 144

Tráfico de precursores (art. 371.1 CP) reducidos ámbito de aplicación; límites respecto de la conspiración para el tráfico de drogas 145

- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.**
 Inmigración ilegal. Elementos..... 146

- **DELITO DE AMENAZAS.**
 Actos de hostigamiento intimidatorio 147

- **DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.**
 Apropiación indebida del art. 252 CP en su modalidad de gestión desleal..
 148
 Concurso normativo y principio acusatorio 149

- **DELITO DE ATENTADO.**
 Tipo subjetivo: elemento cognitivo 150

- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.**
 Irrelevancia, como indicio del blanqueo, de la diferencia entre precio real
 y precio escriturado en la venta de un inmueble 150
 Necesidad de existencia del bien objeto de blanqueo..... 151
 Prueba del delito antecedente: sentencia previa absolutoria 151
 Vinculación del bien a delitos precedentes, por medio de indicios 151

- **DELITO DE CALUMNIAS.**
 No concurre. No ofensa a la honorabilidad 152

- **DELITO DE COACCIONES.**
 Modalidades: traslado forzoso..... 154

- **DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.**

Protección de datos incorporados al archivo de hospital.....	154
• DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL.	
Tipo penal: interpretación	157
• DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL.	
Absorción de amenazas previas. Excepcionalidad del concurso de delitos	158
• DELITO DE INCENDIO.	
Consumación. Catalogación penal de los daños causados.....	159
• DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.	
Malversación de uso: destino a uso ajeno a la función pública	160
Subtipo agravado: cuantía y daño al servicio público.....	162
• DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.	
Diferencias entre delito y falta: gravedad	164
• DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS O INFORMACIONES POR FUNCIONARIO PÚBLICO.	
Elementos	165
• DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS.	
(Artículos 177 bis y 318 bis CP)	167
• DELITO DE USURPACIÓN.	
Requisitos	171
• DELITO ELECTORAL	
(Art. 146.1. LOREG).....	172

Incomparecencia a mesa electoral no justificada. Incapacidad no invalidante.....173

- **DELITO SOCIETARIO.**

Denegación del derecho de información a los socios.....174

- **DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.**

No concurren. Diferencia con violación de secretos175

- **DERECHO DE DEFENSA.**

Derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Límites. Excesos en el ejercicio del derecho que lesionan bienes jurídicos penalmente protegidos.....177

- **DERECHO PENITENCIARIO.**

Objetos no autorizados en el establecimiento penitenciario179

- **DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Cacheo. Persona no detenida180

Derecho a la intimidad. Derechos Tributarios180

Derecho a la intimidad. No se vulnera por obtención de listado histórico de llamadas y SMS182

Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Legitimidad del rastreo informático para localizar situación de terminales telefónicos184

Derecho a un proceso con todas las garantías. Exención de la obligación de declarar. No alcanza a testigo cuando el hecho es posterior a ruptura de relación. Acuerdo del Pleno186

Derecho al Juez Ordinario predeterminado por la ley. Competencia y normas de conexión procesal: no hay vulneración constitucional.....187

Derecho al secreto de las comunicaciones: adopción de la intervención en diligencias indeterminadas188

Derecho al secreto de las comunicaciones: doctrina general	190
Derecho al secreto de las comunicaciones. Escuchas telefónicas. Impugnación al comienzo	197
Derecho al secreto de las comunicaciones: órgano judicial competente para acordar la injerencia.....	198
Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Aparato de escucha en vehículo policial. Hallazgo casual	199
Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas: interceptación de conversaciones de quien no es titular de la línea judicialmente intervenida	200
Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Valor de las “informaciones anónimas”	200
Diligencia de cacheo. No vulnera derechos fundamentales	201
Intervención y registro de ordenadores: volcado de datos personales; autorización judicial; obtención de la dirección IP y de información complementaria: cautelas	204
Inviolabilidad del domicilio. El registro abarca a toda la vivienda.....	212
Inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro: interesados. Presencia del conviviente.....	213
Inviolabilidad del domicilio. Interesado a efectos de presenciar el registro: Morador actual.....	214
Prisión o detención incomunicada	
Registro de vehículo: no precisa autorización policial ni presencia de imputados. Es recomendable no obstante, facilitar la presencia de los mismos, detenidos en dependencias policiales.....	217
Tutela judicial efectiva. Escritos de acusación presentados fuera de plazo.	217
Tutela judicial efectiva: obligación de cumplimentar las sentencias a tenor de lo decidido por una instancia superior; inmodificabilidad de pronunciamientos que ya hubieran adquirido firmeza	219
• EJECUCIÓN DE CONDENA.	
Acumulación de condenas y licenciamiento definitivo. Intangibilidad de las resoluciones judiciales: doctrina Constitucional	221

Licenciamiento definitivo: cómputo (STS 197/2006).....	225
• EJECUCIÓN DE LA PENA.	
Sustitución de la pena ex art. 71.2 CP	230
• ENCUBRIMIENTO.	
Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes (art. 454 CP)	231
• ENSAÑAMIENTO.	
Aplicación al cómplice.....	232
• ESTAFA.	
Administrador de hecho/de derecho	234
Autotutela de la víctima	234
Contrato de permuta: doctrina civil.....	236
Elementos. Engaño previo al error	237
Engaño	238
Engaño bastante	239
Engaño bastante	240
Engaño bastante: autotutela de la víctima (doctrina)	242
Engaño bastante: desvíos telefónicos hacia líneas de elevado coste (tarificación adicional)	245
Engaño bastante: maniobras defraudatorias del Abogado.....	246
Estafa de hospedaje: caracteres.....	246
Estafa informática. Obtención fraudulenta de claves de acceso a banca on-line (PHISHING).....	247
Estafa procesal: doctrina general.....	249
Excusa absolutoria. Responsabilidad civil	249

Inexistencia por falta de perjuicio económico real	252
Modalidad agravada: bienes de primera necesidad/reconocida utilidad social	253
Perjuicio patrimonial y ánimo de lucro: sentencia desestimatoria de las pretensiones de las partes	254
Timo inverso al nazareno	255
Tipo agravado: aprovechamiento de credibilidad profesional o empresarial; diferencias con el abuso de relaciones personales. Doctrina.	256
• EXIMENTES.	
Eximente incompleta de intoxicación etílica	258
• EXTRADICIÓN.	
Orden Europea de Detención. Principio de especialidad	259
Procedimiento de extradición: interrumpe la prescripción	260
Variación en la calificación jurídica del hecho	262
• FALSEDAD DOCUMENTAL.	
Falsedad ideológica por particulares: atipicidad	264
Falsedad ideológica y simulación de documento. Doctrina.....	264
Falsedades ideológicas. Punibilidad. Simulación de un documento	266
Requiere la falsificación del documento; no es suficiente la simulación del contrato documentado	267
• FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS.	
Concepto de certificado. Inexistencia de falsedad en el caso de autos. “Non bis in idem”. Falsedad de documento oficial y falsedad de certificados: diferenciación. Nueva redacción del art. 398 CP.....	269
• FALSIFICACIÓN DE MONEDA.	

Tenencia de moneda falsa para su ulterior circulación. Doctrina general....	270
Tenencia para su circulación: consumación del delito	271
• FALSIFICACIONES DE TARJETAS DE CRÉDITO.	
Concurso de normas en el caso de apreciar el delito del art. 399 bis 3 CP junto al art. 248.2.c) del CP	272
Concurso medial con delito de estafa. Aplicación del art. 339 bis 1 CP	272
“Organización criminal”	273
• HOMICIDIO.	
Ánimo de matar: no concurre	274
Animus necandi: uso de arma blanca	275
• INTEGRIDAD MORAL.	
Trato degradante: afeción a la dignidad humana (art. 173.1 CP). Doctrina	276
• JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY.	
Competencia para el enjuiciamiento: tribunal de composición profesional/tribunal del jurado (art. 36.1.a) LOTJ. Acuerdos de Sala General de 20/01/2010 y 23/02/2010	279
• LESIONES.	
Ablación del clítoris. Error de prohibición: No concurre.....	281
Contagio de Hepatitis B. No se dan los requisitos del art. 149 del CP	282
Deportes de contacto: doctrina	284
Dolo (arts. 149 y 150 CP): doctrina	285
Dolo eventual. Previsibilidad del resultado. Instrumento peligroso: cinturón.....	287

Deformidad. Cicatrices en pierna	288
Imprudencia grave: creación de riesgos, caso fortuito	289
Intencionalidad del autor: dolo eventual y culpa con representación	291
• LESIONES Y AGRESIÓN SEXUAL.	
Compatibilidad de agravación (uso de armas) respecto a ambos delitos: análisis de la jurisprudencia	293
• MEDIDAS DE SEGURIDAD.	
Internamiento en centro psiquiátrico. Eximente completa: absolución del delito.....	295
• MENORES.	
Enjuiciamiento separado. Consecuencias procesales	296
Naturaleza de las medidas establecidas en el art. 10.2 LORPM. Unificación de doctrina.....	298
• PENALIDAD.	
Doble cómputo. No aplicable respecto a penado en Francia y preventivo en España	299
Individualización de la pena. Delitos imprudentes.....	302
Multa: cuantificación; principio acusatorio; doctrina	303
Multa (art. 53 CP): responsabilidad personal subsidiaria (límites). Acuerdo Plenario de 01/03/2005	308
Penas accesorias (art. 57). Innecesariedad de la prohibición de residir en determinada población, concurrente con pena de alejamiento	308
• PORNOGRAFÍA INFANTIL.	
Distinción entre tenencia y distribución	309
Distribución de material pornográfico: elemento subjetivo (art. 189.1.b) CP).....	311

- **PRESCRIPCIÓN.**
 - Concurso medial de delitos. El delito fin se ha de cometer antes de que prescriba el delito medio311
 - “Dies a quo”. Delito de desobediencia a resoluciones judiciales313
 - Interrupción del plazo por actos nulos313
 - Resolución judicial interruptiva. Cómputo de los plazos.....314

- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**
 - Declaración de coimputado que se niega a declarar en plenario; contradicción; corroboraciones315
 - Este derecho no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba.317
 - Prueba de cargo practicada en el acto del juicio. Excepciones. Doctrina del Tribunal Constitucional318
 - Prueba indiciaria. Conclusión excesivamente abierta.....321
 - Valor de autoinculpación en sede policial323

- **PREVARICACIÓN.**
 - Comisión por omisión327

- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.**
 - Cooperación necesaria del “extraneus”. Falta de culpabilidad de los autores de la resolución329
 - No concurren requisitos332

- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.**
 - Prohibición de efectuar interpretación extensiva de los tipos.....335

- **PRINCIPIOS PROCESALES.**

“Non bis in idem”. Doble sanción: penal y administrativa	335
Principio acusatorio	336
Principio acusatorio. Condena por imprudencia y acusación por dolo eventual: No se vulnera	336
Principio acusatorio. Congruencia entre acusación y sentencia: condena conducción temeraria e imprudencia; acusación por conducción con manifiesto desprecio a la vida y lesiones	338
Principio acusatorio: homogeneidad entre los delitos de abuso sexual y prostitución de menores	340
Principio de intervención mínima	342
• PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN.	
Diferencia con la orden de busca y captura a efectos de interposición de la prescripción.....	342
• PROFANACIÓN DE CADÁVERES.	
Respecto a la memoria de los difuntos (art. 526 CP). Elementos típicos. Modalidades.....	344
• PRUEBA.	
Cacheo y registro corporal integral.....	347
Declaración de coimputado. Doctrina	348
Declaraciones de coimputado.....	350
Declaraciones policiales: valor	352
Desconexión de antijuricidad entre escucha telefónica y hallazgo de droga ingerida en operación de urgencia	353
Incautación policial de efectos	356
Proposición de prueba (art. 729.3 LECrim.): revisión casacional de su pertinencia y necesidad.....	357
Prueba ilícita: doctrina. Conexión de antijuricidad	360

Prueba indiciaria. Víctima en ignorado paradero: acreditación bastante de su fallecimiento violento. Diferencias con la STS núm. 1043/2012.....	362
Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad. Declaración de imputados: convalidación	363
Prueba ilícita. Principio de reconocimiento mutuo: Derecho comparado	364
Reconocimiento fotográfico en sede policial: diligencia de mera investigación	366
Silencio del acusado: valor corroborador	368
Testifical de víctima menor de edad: doctrina.....	372
Testifical de víctima menor de edad: reproducción audio videográfica	374
Testifical del menor de edad: ponderación de intereses.....	375
• RECURSO DE CASACIÓN.	
Admisibilidad del recurso	377
Cuestión nueva: excepciones a su inadmisibilidad.....	377
Cuestión nueva: límites	379
Cumplimiento de las exigencias del art. 14.5 PIDCP	380
Falta de legitimación de acusación particular que carecía de poder especial para querellarse	380
Incongruencia omisiva: nuevo régimen de impugnación	381
Quebrantamiento de forma: denegación de prueba (requisitos: protesta en tiempo y forma)	381
Quebrantamiento de forma: incongruencia omisiva (art. 851.3º LECrim) previa interposición de recurso de aclaración	383
Resoluciones recurribles: auto recaído en apelación frente a auto de prosecución de las actuaciones	384
Sentencia absolutoria: condena en segunda instancia (hechos probados).	388
Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH, TC y TS	390

Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH y del TC.....	392
Sentencia absolutoria. Imposibilidad de celebrar la vista en casación	400
Sentencia absolutoria. Límites.....	400
Sentencia absolutoria. Límites en cuanto a modificación en vía de recurso. Doctrina y jurisprudencia	402
Sentencia absolutoria. Motivación y límites	403
Unificación de doctrina penitenciaria: presupuestos	405
• RECURSO DE REVISIÓN.	
Hecho nuevo: cambio de filiación. Impago de pensiones: no efecto retroactivo.....	408
• RECURSOS FRENTE A PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS.	
Doctrina del TEDH y del TC.....	409
• RESOLUCIONES MANIFESTADAS.	
Conspiración para el delito: diferencias con los “actos neutrales”	409
• RESPONSABILIDAD CIVIL.	
Exoneración de compañía aseguradora. Atropello con taxi. Distinción entre seguro obligatorio y seguro voluntario. Reformatio in peius.....	411
Indemnización: revisión del “quantum” en sede casacional (límites)	412
Responsabilidad civil subsidiaria del Estado: extralimitación de un funcionario en el ejercicio de sus funciones	413
Responsabilidad del Estado (art. 121): requisitos	414
Subsidiaria de entidad bancaria: lesiones psíquicas sufridas por un cliente durante el atraco a una sucursal (art. 120.3 CP. Doctrina.....	417
• REVISIÓN DE SENTENCIA.	

**Interpretación de la Disposición Transitoria segunda de la LO 5/2010.
Principio de proporcionalidad.....422**

- **ROBO CON INTIMIDACIÓN.**

Exhibición de placa policial y esposas: no es estafa423

- **ROBO CON VIOLENCIA.**

Continuidad delictiva: no se aprecia424

Subtipo atenuado: menor entidad del hecho.....426

**Uso de pistolas detonadoras o de fogeo (Acuerdo Pleno 21/01/2000).....
.....426**

- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.**

Guía y licencia427

Revólver neumático430

- **TENTATIVA.**

Punición de la tentativa inidónea. Acuerdo del Pleno430

- **TERRORISMO.**

Enaltecimiento.....432

Humillación a víctimas. Diferencia con enaltecimiento435

- **TRIBUNAL DEL JURADO.**

**Ensañamiento: extralimitación del TSJ al eliminar la agravante apreciada
en primera instancia440**

**Falta de “quórum”. Formación de mayorías: veredicto. Pleno de 13/03/13.
Nulidad de sentencias441**

**Recurso de apelación (T.S.J): ámbito de la revisión de la nacionalidad de
la inferencia del jurado (presunción de inocencia).....445**

- **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

Conformidad penal: desajuste de lo conformado a la sentencia dictada 446

Derecho al intérprete 447

Ejercicio del derecho por las acusaciones (Ministerio Público y acusación particular). Límites 449

Motivación insuficiente..... 450

- **USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICA.**

Concurso real con robo 450

ABUSO SEXUAL.

Circunstancia agravada de prevalimiento y abuso por prevalimiento.

Recurso: Casación nº 2073/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 708/2012 de fecha 25/09/2012

«En los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales la distinción entre la circunstancia agravante de prevalimiento prevista como cuarta en el artículo 180.1 del Código Penal y el supuesto de abuso sexual por prevalimiento previsto en el artículo 181.3 del mismo texto legal puede presentar contornos difíciles de precisar.

La circunstancia cuarta del artículo 180.1 del Código Penal dispone lo siguiente: “Cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad...”

El artículo 181.3 establece que “la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

En este último supuesto, el sujeto pasivo consiente en ser objeto de la acción sexual pero con una libertad limitada por la situación de superioridad de que goza el sujeto activo, apreciándose un consentimiento viciado por la situación de inferioridad que padece que puede venir determinada por las causas más diversas como son la diferencia de edad, el parentesco, el déficit mental o inmadurez de la víctima, el status del sujeto activo, situación ésta última en la que la doctrina incluye a una autoridad, un profesor o un médico.

Por el contrario, el supuesto de prevalimiento previsto en la circunstancia 4ª del artículo 180.1 del Código Penal requiere, como premisa previa, la ausencia de consentimiento en el sujeto pasivo.

En el relato fáctico se describen unas conductas por parte del acusado de contenido sexual sobre el cuerpo de sus víctimas, tocamientos e introducción de dedos, que pudo realizar al estar sus víctimas bajos los efectos propios de la sedación, con pérdida parcial de consciencia, cuando se estaban sometiendo a técnicas de diagnóstico o exploración». (F. J. 4º)

Complicidad omisiva.

Recurso: Casación nº 10694/2011 (P)

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 19/2013 de fecha 09/01/2013

«La admisión de una complicidad omisiva no está exenta de dificultades dogmáticas. La idea de que la posición de garante, una vez afirmada, obliga a

impedir la comisión del delito, complica de forma visible la aceptación de una participación omisiva que no imponga en toda su plenitud el deber de actuar. Precisamente por ello, las tesis doctrinales que degradan la autoría hacia formas de complicidad cuando el responsable se limita a no dificultar la comisión del delito, encuentran un obstáculo en el significado mismo de la posición de garante que, conforme al art. 11 del CP, impone un deber de actuar para la evitación del resultado. O se es garante y el incumplimiento del deber de evitar el resultado hace nacer la autoría por omisión o no se es garante y, por tanto, no puede proclamarse una autoría omisiva. Si a ello se añade que nuestro sistema jurídico conoce específicos tipos de omisión para quienes eluden el deber de impedir determinados delitos (cfr. art. 450 CP), las dificultades anunciadas para fundamentar una complicidad por omisión con la cobertura del art. 11 del CP se hacen más evidentes.

Pese a todo, la jurisprudencia de esta Sala es unánime en la admisión de la complicidad por omisión, sin que falten resoluciones que advierten de la importancia de prevenir interpretaciones extensivas que erosionen la vigencia del principio de legalidad. Recuerda la STS 1480/1999, 13 de octubre que *“la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTS 18-3-1982; 26-1-1984; 31-1-1986; 13-12-1988; 22-11-1991; 24-10-1991; 6-4-1992 y 18-12-1996) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no (...). La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante”*. Y la STS 755/1999, 11 de mayo, se refiere a la evolución jurisprudencial sobre la materia, *“...admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante. [...] La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdeñables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada”*.

La sentencia cuestionada se adscribe a la línea jurisprudencial transcrita y justifica la complicidad por omisión de Patricia RXXXX razonando en el FJ 3º que *“...la procesada conoció de los hechos después de que éstos habían iniciado, sin saberse cuanto tiempo antes, y tras esta toma de conocimiento no realizó ninguna actividad que pudiera ser mínimamente eficaz para ponerles coto, culminando su abulia con el solo dicho al menor de que no lo contara. Tal comportamiento supone el desprecio de los más elementales deberes (y derechos) que como ejerciente de la patria potestad prevé el art. 154 del Código Civil, fundamentalmente en lo que hace a los deberes de velar por el menor y procurarle una formación integral, entre la que no está, obviamente, el anticipo de una vida sexual prematura, y al eludir tan esenciales exigencias desatiende la posición de garante que le confiere la obligación legal antedicha, incardinando su comportamiento en el marco del art. 11*

del Código Penal. Ahora bien, esa comisión por omisión no puede imputarse en el grado de equivalencia con la autoría, como cooperadora necesaria –autora material no lo fue- porque, entre otras razones, si cuando ella supo lo que le estaba ocurriendo a su hijo ésta ya venía siendo victimado no se sabe cuántas veces antes por su padre, no era de esperar que la procesada hubiese actuado en esa época, toda vez que no era conocedora de la situación, siendo a raíz de su conocimiento de la ejecución delictiva cuando verdaderamente no interviene para evitar su reiteración”.

Más allá del acierto de la Audiencia Provincial para calificar como complicidad lo que se sitúa en el ámbito más propio de la autoría por omisión, lo cierto es que los términos en que el motivo ha sido formalizado y los principios que informan el recurso de casación, que obviamente impiden la agravación de la condena del recurrente, nos obligan a centrarnos exclusivamente en las razones que excluyen que el hecho probado recoja un acto de encubrimiento, como sostiene el recurrente. En efecto, tiene razón la defensa cuando alega que Patricia conoció los abusos cuando éstos ya venían siendo cometidos por Alberto GXXX con anterioridad. Esta idea la resalta el hecho probado y la fundamenta –como hemos apuntado *supra*- el órgano decisorio. Sin embargo, su conducta omisiva se prolongó en el tiempo mientras que el menor seguía siendo objeto de sevicias por parte de su padre adoptivo. Ella conoce y omite mientras el menor sigue siendo atacado en su indemnidad sexual. No existió, por tanto, encubrimiento». (F. J. 4º)

Daño moral inherente

Recurso: Casación nº 1459/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 327/2013 de fecha 04/03/2013

«Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Esas consecuencias negativas, además, han sido resaltadas a través de la prueba practicada en el juicio y las declaraciones de familiares de la menor. Precisamente por esa evidencia puede bastar con la genérica referencia a los daños morales causados. Resulta innecesario detenerse a considerar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo, máxime cuando, como en este supuesto, la mitigación de esas secuelas psíquicas ha precisado de tratamiento especializado. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil como afirma la Audiencia al abordar esta cuestión (fundamento de derecho octavo) y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: *"El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos"*. El art. 193 CP

presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en el fundamento de derecho octavo de la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades. Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal *a quo* no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial». (F. J. 4º)

Modalidad agravada por abuso de superioridad manifiesta: no requiere permanencia o estabilidad.

Recurso: Casación nº 1459/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 327/2013 de fecha 04/03/2013

«La situación manifiesta de superioridad aprovechada que exige el tipo penal se aprecia habitualmente en relación a circunstancias o relaciones más estables, no meramente episódicas. Pero nada en la descripción típica excluye que ese prevalimiento se refiera a una situación de superioridad esporádica o coyuntural e incluso que haya sido voluntariamente "prefabricada" por el propio autor con vistas a crear una atmósfera propicia, cuidadosamente diseñada, para debilitar la fuerza y persistencia de una eventual negativa de la víctima y doblegar su voluntad con una presión que sin poder ser catalogada de intimidación, suponga un deliberado aprovechamiento de esa disminución de la capacidad de decidir generada por circunstancias conscientemente buscadas por el autor.

Éste confía en que en ese ambiente la víctima acceda a sus deseos y es consciente de que si no se produce esa anuencia más o menos espontánea, podrá arrancarla en ese marco de presión ambiental que ha provocado y en el que la capacidad de oposición de la menor está discapacada.

La diferencia de edad no es elemento que baste por sí solo. Es toda una panoplia de circunstancias la que confluye para que la Sala haya podido llegar a afirmar acertadamente que existía una situación que objetivamente era "coactiva" para la víctima, que cercenaba en términos penalmente no tolerables su libertad sexual y que el acusado se aprovechó de ella imponiendo su voluntad inmune a los gestos y palabras de rechazo de la menor: el lugar solitario buscado de propósito, la presión para que bajase del vehículo y se introdujese en la caseta, los oídos sordos frente a su insistente negativa, su mayor fortaleza física y madurez, la ausencia de terceros en las proximidades, la confianza en que difícilmente denunciaría unos hechos que podrían explicarse argumentando su actitud... Estamos ante una situación objetiva de superioridad, aunque sea coyuntural. Fue conocida, y no solo querida y aprovechada, sino provocada por el recurrente. Éste no pudo ignorar que si Ainhoa se resignó finalmente ante su propósito, lo hizo sin libertad. Su negativa se había exteriorizado no solo verbalmente sino también con acciones (ruptura del preservativo y gesto de rechazo). Su capacidad de autodeterminación sexual estaba

sometida a coerción. El recurrente le **impuso** la relación. La subsunción jurídica ha sido correcta.

Es verdad que no existió ni error ni engaño en el acceso en sí. Sí lo hubo en la ocultación de las intenciones. También es verdad que no existió fuerza ni intimidación. Pero nada de eso es exigido por el tipo penal que ha sido aplicado. Yerra el recurrente al concluir que no habiendo fuerza, ni engaño, ni error, los hechos no son típicos. Olvida el delito de abuso sexual en el que ha sido correctamente incardinada la conducta». (F. J. 3º)

Prevalimiento. Doctrina.

Recurso: Casación nº 1532/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 305/2013 de fecha 12/04/2013

«La práctica del “cruising” ha sido definida como una actividad sexual consistente en mantener relaciones sexuales en lugares públicos, generalmente de forma anónima y sin ataduras, que suele realizarse en lugares socialmente convenidos, como parques, playas, zonas urbanas o comerciales, o incluso áreas de descanso de las autopistas. Este término está reservado al ambiente gay. (F. J. 2º)

(...)

El referido prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad *manifiesta* a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

En nuestra Sentencia 568/2006, de 19 de mayo, se dice que, como ha señalado la doctrina de esta Sala, el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código Penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una *manifiesta situación de inferioridad* que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y

3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre). En esta dirección la STS 1015/2003 de 11 de julio, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga simplemente limitada o restringida.

En efecto, el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la

víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Ahora bien, el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad, es decir, más joven sea la víctima, menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada, sobre todo en franjas de edad, como aquí es el caso, ligeramente por encima de los trece años de edad, en donde la libertad de autodeterminación sexual es discretamente discernible cuando la persona que tiene enfrente, en los términos que después se analizarán, cuenta con 41 años de edad.

Es por ello que lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto, pues no basta examinar únicamente las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción, y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. En cualquier caso, no es preciso que sea irresistible, ya que no estamos en presencia de una agresión sexual, y en tal sentido no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta el punto de poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea *idónea* según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante esa situación de prevalimiento.

Desde otro punto de vista, la situación de prevalimiento, tanto puede ser (más o menos) permanente como episódica, en ese sentido, ciertamente la situación de privilegio o superioridad derivada de una relación de parentesco, laboral, social, etc. puede sugerir una cierta permanencia, pero la definición de prevalimiento, en el sentido de que ha de consistir en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, en absoluto requiere legalmente tal permanencia, lo que permite que sea puntual o episódica. Y de las situaciones que pueden producir tal prevalimiento, la diferencia de edad, sin duda alguna, es una de las posibles, y por cierto, con una gran significación en tal desvalor en la conducta de este tipo de actos sexuales.

(...)

Concluyendo, la enorme diferencia de edad, cuando la víctima tiene apenas trece años, es un factor nuclear para decidir el prevalimiento, y si a ello lo unimos el resto de circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, es fácil deducir la presión ejercida sobre su voluntad de autodeterminarse sexualmente». (F. J. 3º)

ACLARACIÓN DE SENTENCIA.

Interpretación de los arts. 161 LECrim. Y 267 LOPJ.

Recurso: Casación nº 544/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Auto de aclaración de fecha 05/03/2012

«El art. 161 L.E.Cr. establece que: "Los Tribunales no podrán variar, después de firmadas, las sentencias que pronuncien; pero sí aclarar algún concepto oscuro, suplir cualquier omisión que contengan o rectificar alguna equivocación importante, dentro del día hábil siguiente al de la notificación". Asimismo, a la vista de lo previsto en el apartado 3 del art. 267 de la LOPJ, en su redacción dada por la LO 19 /2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según el cual - y referido siempre a sentencias y autos definitivos pronunciados por Jueces y Tribunales- los errores materiales manifiestos podrán ser modificados en cualquier momento.

Conviene recordar cuáles son los límites de la aclaración de sentencia prevista en los artículos 161 de la L.E.Cr. y 267 de la L.O.P.J. con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido la S.T.S. 753/1996, de 26 de octubre (FJ Tercero) declara, como señala la S.T.C. 170/1995, de 20 de noviembre, que *"las posibilidades de modificar las sentencias firmes por la vía de aclaración se hallan, como es lógico, estrictamente delimitadas y los contornos de esa limitación han sido perfilados en nuestra doctrina. Así, en la STC 82/1995 se dice que el impropio llamado "recurso de aclaración" es plenamente compatible con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (STC 19/1995), siempre que los Jueces y Tribunales respeten estrictamente los límites inherentes a esta vía reparadora "sin alterar sustancialmente al mismo tiempo lo que constituye la esencia de la resolución judicial", bien en su fundamentación jurídica o en su parte dispositiva (STC 27/1994, fundamento jurídico primero). Lo que ciertamente no suscita la misma dificultad cuando se trata de aclarar un concepto oscuro o de suplir una omisión que en el caso de la rectificación de errores materiales manifiestos; esos límites, que no excluyen cierta posibilidad de variación de la resolución aclarada (STC 23/1994), han sido determinados tanto positivamente, al señalar que la aclaración permite esclarecer "algún concepto oscuro, suplir cualquier omisión o corregir algún error material", como negativamente, sentando el principio de que "no permite alterar la fundamentación jurídica ni el sentido del fallo" (STC 352/1993 y también Sentencias del TC 14/1984, 138/1985, 119/1988, 203/1989, 27/1992, 50/1992 y 101/1992 a las que hace referencia)».* (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS.

Auto de acumulación: modificación posterior.

Recurso: Casación nº 10705/2012 (P)

Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 917/2012 de fecha 19/11/2012

«En sintonía con la jurisprudencia que cita y reproduce parcialmente el Fiscal (SSTS 336/2003, de 10 de marzo 937/2003, de 27 de junio, 583/2008, de 1 de octubre, 322/2011, de 19 de abril, 898/2009, de 17 de septiembre, y 146/2010 de 4 de febrero) la propia naturaleza de los autos de acumulación dictados al amparo del art. 76 del Código Penal impone su modificabilidad cuando se producen nuevas condenas. No es que escapen al régimen general de "intangibilidad" o invariabilidad de las resoluciones judiciales. Tampoco significa eso que puedan replantearse cuestiones ya resueltas indefinidamente. La disconformidad con la decisión habrá de hacerse valer a través del recurso de casación. Una vez que la decisión ha ganado firmeza es inmodificable en lo que ha resuelto. Tales autos son un complemento de las sentencias previas en lo relativo exclusivamente a la individualización penológica derivada de la aplicación de las reglas del concurso real de delitos (art. 76). Al dictarse sentencia no siempre puede aplicarse el tope del art. 76 por condicionantes derivados de las reglas procesales sobre conexidad (art. 300 y 17 LECrim.), o a veces, justamente por el apartamiento más o menos razonable de esas reglas. Pero un tema sustantivo de tanto fuste y relevancia práctica como es la duración real de la pena de prisión cuando nos enfrentamos a un concurso real de delitos, no puede quedar al albur del mayor o menor rigor con que se hayan aplicado una reglas procesales, en ocasiones muy flexibles y valorativas (piénsese en el supuesto del art. 17.5º LECrim). A esa razón de justicia de fondo obedeció en su día la inclusión de esta previsión del art. 988 de la LECrim. y, en fechas más recientes, la extensión de la regla del art. 76 del Código Penal a todos los casos de pluralidad de delitos, más allá de que pudiesen considerarse procesalmente "conexos", acogiendo así la tesis que había cristalizado en la doctrina jurisprudencial.

Esa realidad impone que los autos de acumulación estén siempre abiertos a posibles variaciones determinadas por la aparición de una nueva condena referida a hechos que por su cronología sean acumulables. En los criterios ya plasmados y en lo referido a las condenas contempladas para incluirlas o excluirlas, la decisión no podrá variarse. Pero en lo atinente a esa nueva condena y la posibilidad de agrupamiento siempre será factible una nueva decisión para integrarla o no variando en lo que proceda el auto anterior (aunque haya sido confirmado o alterado en casación). No es admisible que las dilaciones en el enjuiciamiento de unos hechos alteren en perjuicio del reo (perjuicio que a veces puede ser muy notable) una norma de derecho penal material como es el art. 76.

Por tanto hay que **estimar el recurso** casando el auto impugnado para declarar acumulable al grupo de condenas formado la pena de diez meses de prisión impuesta en Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, sin alteración del límite máximo de cumplimiento ya fijado (diez años y seis meses)». (F. J. 2º)

Cómputo de prisión preventiva (art. 58.1. CP).

Recurso: Casación nº 10207/2012 P
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1067/2012 de fecha 20/12/2012

«Ciertamente, esta Sala de Casación viene asumiendo la doctrina constitucional que señala el recurrente, ex art. 5.1 LOPJ, desde la STS núm. 1391/2009, de 10 de diciembre, no sin oponer fundadas críticas a la misma, que han propiciado la ulterior modificación del art. 58 CP a través de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio.

Desde aquella sentencia, han sido numerosas las resoluciones que, interpretando dicha doctrina, ha dictado esta Sala de lo Penal. Y así, en supuestos como el que analizamos, la más moderna jurisprudencia (v.gr. STS núm. 345/2012, de 16 de mayo, seguida por las SSTS núm. 395/2012, de 31 de mayo; 534/2012, de 28 de junio; ó 625/2012, de 17 de julio) ha constatado que el fundamento que inspiró la doctrina emanada de la STC núm. 57/2008 ha venido a quedar ahora sin contenido, como consecuencia de la citada reforma legal, que clarifica esta cuestión y establece un mandato expreso conforme al cual *“en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”*.

La laguna legal, efectivamente existente con la redacción anterior del art. 58.1 CP, podía cubrirse en el sentido expresado por el Tribunal Constitucional. Pero ha resultado expresamente subsanada por el Legislador a través de la citada reforma del Código Penal, despejándose con ella la duda en el sentido de que, si el Legislador no había incluido ninguna previsión expresa respecto al abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, no fue porque no hubiese querido hacerlo, sino sencillamente porque nunca se había planteado esa duda en la práctica jurisdiccional, que siempre había aplicado la regla de que un mismo período de privación de libertad no puede ser abonado en más de una causa. Por otra parte, el respetuoso y razonado criterio del Tribunal Constitucional, en el sentido de que no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma basada en un dato ausente en el art. 58.1 CP, que constituye exclusivamente un criterio de interpretación del texto entonces vigente de la norma, muda de contenido cuando el Legislador ha incluido en dicho precepto una regulación expresa para resolver esta cuestión.

Como sigue apuntando la STS núm. 345/2012 que analizamos y recogen las demás sentencias que le son sucesoras, a esta conclusión no puede oponerse que el Tribunal Constitucional ha dotado a su interpretación de una base material al añadir a su razonamiento -FJ. 7º de la STC 57/2008- que, conforme a la normativa penitenciaria, el cumplimiento en calidad de penado se ve afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder al régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Esta consideración, que el Tribunal Constitucional recupera de la STC núm. 19/1999, de 22 de enero, dictada para un supuesto distinto, no constituye la «ratio decidendi» de la doctrina del doble cómputo (así lo interpreta la STS núm. 227/2010, de 20 de mayo), pues el Constitucional ha sustentado expresamente dicha doctrina en la ausencia de expresa regulación sobre este extremo en el art.

58.1 CP, es decir, en la existencia de una laguna legal que debe ser cubierta de acuerdo con la interpretación más favorable al derecho constitucional afectado, la libertad. Pero el Tribunal Constitucional no ha establecido que, por razones estrictamente constitucionales, la compensación de la doble condición de penado y preventivo tenga que consistir necesariamente en el privilegio o beneficio del doble cómputo de cada día de privación de libertad. En efecto, la coincidencia de la situación de penado y preventivo no es inocua, pues ambas responden a su propia motivación, el cumplimiento de la condena impuesta por la comisión de un determinado delito y la condición de medida cautelar por la indiciaria comisión de otro delito diferente; pero ello no determina que dicha doble condición deba conllevar, en todo caso y por razones constitucionales, el beneficioso efecto de que cada día de privación de libertad determine la ventaja para estos condenados de su cómputo como dos días de cumplimiento, cuando se le condene por el segundo delito. Este efecto carece de suficiente justificación material para su aplicación generalizada y es discriminatorio frente a quienes han sido condenados por un delito único y deben cumplir su condena día a día. La fundamentación del doble cómputo no se deriva necesariamente de una consideración material, sino que se encuentra, como permite apreciar una lectura reposada de la STC 57/2008, en la interpretación conforme a la Constitución de la laguna legal apreciada por el Tribunal Constitucional en el Texto anterior del art. 58 CP.

En consecuencia, no existe un derecho constitucional al doble cómputo, sino únicamente la interpretación conforme a la Constitución de una laguna legal, interpretación que queda sin contenido una vez que dicha laguna ha sido subsanada. Por ello, la norma legal actualmente vigente, que contiene un mandato imperativo ("*en ningún caso...*"), tiene que ser aplicada en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, pues es en el momento en el que se impone la condena cuando surge el derecho al abono de la preventiva sufrida, abono que debe realizarse conforme a la normativa legal imperante en el momento de la condena.

En la también reciente STS núm. 265/2012, de 3 de abril, se establece expresamente que "*la previsión introducida por este nuevo precepto [art. 58.1º C. Penal] no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuesta con anterioridad a su entrada en vigor*", de lo que se puede inferir que afecta a las sentencias dictadas después de su entrada en vigor. Mantener el criterio anterior en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la clarificación introducida por este precepto equivaldría a vulnerar el mandato legal, claro y expreso, sobre la prohibición del doble cómputo de un mismo período de privación de libertad, con el indebido fundamento de una improcedente ultractividad de la vieja doctrina. Doctrina que, obviamente, sigue siendo de aplicación en la ejecución de todas las sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

En el presente supuesto, es lo que vino a hacer la sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que no denegó el abono en doble cómputo, sino que, simplemente, estimó que procedía su abono a la pena correspondiente, de suerte que como quiera que la suma de las penas, para las que en el auto de 22 de julio de 1996, se fijó el límite máximo de cumplimiento de treinta años, alcanzaba la cifra de 182 años y 3 meses de prisión por varios delitos de asesinato, atentado con resultado de muerte, lesiones, detención ilegal y depósito

de armas, el abono solicitado no afectaría al límite máximo señalado; el abono carecía de resultado práctico, dado lo elevado del total de las penas impuestas. En definitiva, aun computando los períodos solicitados por la parte recurrente, el límite máximo de cumplimiento seguiría siendo de treinta años, razonando el Tribunal *“que siempre se llegará al límite de 30 años de reclusión efectiva de fecha a fecha desde la detención inicial, sin haber agotado el tiempo de las penas incluso con el abono de las prisiones preventivas sufridas en las ocho causas de manera coincidente con el cumplimiento de condena”*.

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Sala ha advertido que, en todo caso, la compatibilidad de abono o cómputo de los lapsos de privación de libertad no alcanza hasta el punto de una triple o múltiple computación, limitándose a la dualidad cumplimiento de pena y prisión provisional, nunca a condena y varias prisiones preventivas, o simplemente a varias prisiones preventivas entre sí, y ello por cuanto, como reza la STS 263/2011 de 6 de abril, el Tribunal Constitucional *"no dice que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir, una y otra vez el tiempo de la medida cautelar en todas las penas que sucesivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que duró en una de las causas la prisión provisional"* (en tal sentido, STS 1281/2011, de 28 de noviembre).

Doctrina que también mantiene el Tribunal Constitucional en STC 92/2012, de 7 de mayo, en la que indica que: *«Así como un mismo tiempo material –la simultánea privación de libertad cautelar y sancionatoria coincidente– puede cumplir una doble función y puede provocar un doble efecto jurídico (cautelar y sancionatorio), lo que nos llevó en la STC 57/2008 a considerar irrazonable la decisión judicial de no incluir para el abono de la pena impuesta dicho tiempo de prisión provisional coincidente con el de penado en causa distinta, no ocurre lo mismo en el supuesto que sustenta la pretensión del demandante de amparo. Pues, en este caso, un mismo tiempo material –la simultánea privación cautelar de libertad acordada en dos causas penales, debido a una simple circunstancia procesal (haberse iniciado indebidamente dos procesos por separado pese a tratarse de delitos conexos ex art. 17.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal)– no cumple esa doble y diferenciada función, sino sólo la función cautelar y, por ello, no puede pretenderse razonadamente que provoque un doble efecto de abono para el cumplimiento de ambas penas»*.

Asimismo, la STC 158/2012, de 17 de septiembre, señala que: *«Por ello si, como pretende el demandante de amparo, la previsión del art. 58.1 del Código penal se aplicara extensivamente para que el abono de los periodos de prisión preventiva sufridos se haga tantas veces como causas en las que se hubiere acordado, se estaría imponiendo su aplicación a supuestos distintos a los que contempla y justifica la norma. Así, los efectos de la aplicación normativa postulada se alejarían de su finalidad y generarían una suerte de fraude de ley, dado que una interpretación pretendidamente apoyada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provocaría un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación cautelar de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, no sólo es que no hay un perjuicio material que compensar o remediar, es que la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas*

dependería de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en la investigación de los hechos. De esta manera, de atenderse la pretensión del demandante de amparo, quedaría completamente desvirtuada la finalidad de la norma que, se insiste, está prevista para una sola causa y una sola condena (STC 92/2012, FJ 5)». En igual sentido, STC 229/2012, de 10 de diciembre.

Como se aprecia, la resolución de la Audiencia Nacional se corresponde a la doctrina establecida por esta Sala en reiteradas sentencias.

En consecuencia, el motivo se desestima. (F. J. 1º)

Así lo establecía el artículo 58 del Código Penal en su anterior redacción a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La aplicación del vigente artículo 58, que excluye la posibilidad de cómputo, resultaría contraria al principio de irretroactividad de las leyes penales. Pero, en todo caso, el cómputo debería realizarse de acuerdo a lo establecido más arriba, sin que pueda estimarse que la interpretación dada al artículo 76 del Código Penal, en cuanto límite máximo de cumplimiento, como se desprende de su propia redacción, implique una vulneración del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución, que, precisamente, determina como única razón de su privación, las condenas impuestas en procedimientos penales con las garantías debidas». (F. J. 2º)

Cumplimiento máximo: conspiración para el delito y tentativa (Acuerdo plenario de 19/12/2012.

Recurso: Casación nº 10626/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1078/2012 de fecha 08/11/2012

«1. El Fiscal, que apoya expresamente el recurso, invoca a favor de su estimación la STS núm. 145/2012, de 6 de marzo, a tenor de la cual y a los fines de determinar estos máximos habrá de atenderse al delito concretamente cometido; en consecuencia, también a su concreto grado de ejecución, de manera que si el delito es intentado la pena de la que habrá que partir lo será en su grado inferior, en toda su extensión. Se afirmó entonces que el delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos.

A este respecto, procede que mencionemos el Acuerdo recientemente alcanzado por el Pleno de esta Sala de lo Penal el pasado 19/12/2012, según el cual: *“Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible, pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito”*.

2. El caso sometido a nuestro examen no refleja, en pureza, un supuesto de delito intentado, como analizaba la sentencia invocada por el Fiscal, sino de conspiración para el delito, figura integrada en lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conoce bajo la categoría de las «resoluciones manifestadas

de voluntad». Tal y como señalaba la STS núm. 440/2006, de 7 de abril, las tres fórmulas consagradas en los arts. 17 y 18 CP (conspiración, proposición y provocación al delito) tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto de los actos preparatorios como de las resoluciones manifestadas rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarán estas últimas cuando de forma expresa lo prevea la Ley (arts. 17.3 y 18.2 CP). En la conspiración y provocación, los términos de la Ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores. La conspiración existe, según la ley, «cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelvan ejecutarlo» (art. 17.1 CP). Nos hallamos entonces ante la denominada «coautoría anticipada», en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

Esta misma sentencia está en línea con su predecesora STS núm. 1129/2002, de 18 de junio, a la que expresamente remite, y que mantiene una línea jurisprudencial poco discutida respecto a la conspiración para destacar con carácter general lo siguiente: 1º. Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien ha sido considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica propia», es al mismo tiempo y de una forma indefectible subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal»; es decir, se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas a lo que una parte de la doctrina denomina «tentativa de peligro». 2º. Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la «ejecución de un delito» y, de otro, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»). 3º. Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4º. Se requiere además el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia», cuales son no sólo el carácter previo o «pactum scaeleris» entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o «resolutio finis».

La conspiración, como resolución manifestada de voluntad, es de algún modo un tipo de iniciación al delito. Para diferenciarlo de la tentativa, se ha de precisar que, mientras que ésta es la progresión en un grado de ejecución del delito, aquélla es la progresión en un grado de ideación, que necesita del oportuno concierto de voluntades, serio y real, para la ejecución de un delito, sin que sea preciso que exista en ese momento un diseño acabado del modo de realizar la acción delictiva, esto es, un reparto de papeles, la fecha de la perpetración, el escenario concreto, ni siquiera el objetivo personal (si se trata de las previsiones del

art. 141 CP), pues queda fuera de toda duda que si lo concertado es matar a un hombre, cualquiera que sea su identidad (frecuentemente una autoridad, como en nuestro caso, o un miembro de los cuerpos de seguridad), es evidente que se cumplen todos los requisitos que la ley penal construye para su punición.

De otro lado, tanto la propia tentativa (en grado de progresión ejecutiva) como la resolución manifestada de voluntad por conspiración (en grado de progresión de ideación criminal) se castigan con la misma pena, inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito «consumado». En ambos casos, la razón que justifica este tratamiento es la misma: el peligro que ambas progresiones representan ya para el bien jurídico protegido por la norma penal. Ahora bien, así como el art. 62 CP nos da una pauta para la individualización penológica en caso de tentativa, fundada en parámetros de gravedad frente a dicho bien jurídico y que se traducen en el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, no existe precepto similar para el caso de las resoluciones manifestadas de voluntad.

3. Como decíamos, al igual que la proposición y la provocación, la conspiración para el delito recibe sustantividad propia únicamente en aquellos supuestos expresamente queridos por el Legislador, mediante un catálogo «*numerus clausus*». Tal es el caso del terrorismo, castigándose su conspiración al tiempo de los hechos objeto de condena en el art. 578 CP, equivalente a la actual previsión del inciso 1º del art. 579.1 CP. Por voluntad legislativa, pues, la conspiración, la proposición y la provocación para el delito terrorista adquieren tipicidad penal autónoma, aunque vinculada al delito de referencia en su penalidad, que consistirá en la «inferior en uno o dos grados» a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos afectos. En nuestro caso, al art. 572.1.1º CP, por remisión a los más genéricos arts. 139.1ª y 141 CP, por lo que la franja punitiva a la que desde aquellos preceptos hemos de atender oscila entre un mínimo de veinte y un máximo de treinta años de prisión.

Es desde este mínimo de los veinte años desde el que han de operar en el presente caso las reglas para la formación de la pena inferior en grado, y no desde aquél del que parten los Jueces de procedencia en el FJ. 3º del auto recurrido, en el que justifican que su decisión atiende a la pena aparejada en abstracto al delito cometido, lo que abarcaba en esta ocasión hasta los veinticinco años menos un día de prisión. Tal es la razón que les lleva a no circunscribir el límite máximo de cumplimiento a la norma general de los veinte años, sino a la cualificada de treinta. Sin embargo, según destaca la recurrente, dicho límite sólo habría de operar de la atención al apartado cualificado del art. 572.2 CP, que prevé la imposición de las penas en su mitad superior en función de los específicos sujetos pasivos del delito que en él se describen. Pese a haber podido aplicarse dicho inciso, dada la evidente condición de autoridad de la víctima, hoy fallecida, como Presidente de la Xunta de Galicia en aquel entonces, semejante calificación agravada no figura entre el objeto acusatorio (antecedente de hecho 3º de la sentencia), como tampoco en el apartado de subsunción jurídica (FJ. 1º) y ulterior fallo dictado en aquel momento por la Sala encargada del enjuiciamiento, siendo esto último en cualquier caso coherente con el principio acusatorio. La ausencia de una calificación agravada se muestra también en la pena de diez años de prisión impuesta por este delito de conspiración, pena que en otro caso no habría resultado aplicable, pues necesariamente resultaría más grave el punto de partida del que habría tenido que

partir el Tribunal tras reducir en grado y aplicar la mitad superior ex arts. 572.1.1ª, 572.2, 578 y 70 CP.

Resulta, por ello, incuestionable que el límite máximo de cumplimiento fijado por la Audiencia Nacional en el auto rebatido parte de una franja punitiva verdaderamente no operativa en la sentencia previa.

4. El último precepto citado -art. 70 CP- ofrece, a su vez, las pautas para la formación del grado superior e inferior de la pena. Especifica su actual regla segunda, aplicable aquí en tanto que más beneficiosa para la recurrente a los fines pretendidos que la vigente al tiempo de los hechos (art. 2.2 CP), que *“la pena inferior se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo”*, teniendo en cuenta que *“el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día de multa según la naturaleza de la pena a imponer”* (art. 70.1.2ª CP).

Al fijar los máximos de cumplimiento efectivo de condena, establece por su parte el art. 76 CP que quedará fijado en el triplo de la más grave, *“declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años”*. A esta regla general suceden otras especiales, actualmente en número de cuatro, de modo que ese límite máximo de cumplimiento será de veinticinco años *“cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años”* [apartado a)], de treinta años cuando alguno de esos diversos delitos lo esté *“con pena de prisión superior a veinte años”* [apartado b)], o bien de cuarenta años en un doble supuesto: 1) que el penado lo esté por dos o más delitos y al menos dos de ellos prevean pena de prisión superior a veinte años; ó 2) que el penado lo haya sido por dos o más delitos relacionados con el terrorismo y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años [apartados c) y d)]. Al tiempo de los hechos enjuiciados, el precepto que examinamos sólo contemplaba las dos primeras reglas especiales, no siendo de todos modos aplicable al caso ninguna de las restantes sobrevinidas.

En un solo grado redujo la Sala de instancia la pena aplicada a la conspiración para el asesinato terrorista, lo que nos lleva a un abanico punitivo de entre diez y veinte años menos un día de prisión. Estima la recurrente, y asimismo el Fiscal, que por este motivo no procede aplicar ninguna de las reglas agravadas del art. 70 CP, ni siquiera la correspondiente a la letra a), en la medida en que el Legislador emplea la preposición «hasta», por lo que, al no alcanzarse aquí tal cifra por un día, hay que reconducir el máximo de cumplimiento al límite general de los veinte años.

Y, efectivamente, les asiste razón. La combinación de los arts. 70 y 76 CP, tras sus diferentes y sucesivas reformas, provoca en verdad un vacío respecto de situaciones como la que examinamos, en las que la formación del grado inferior necesariamente conducirá hacia un máximo que en ningún caso alcanzará los veinte años, al ser de aplicación la cláusula «menos un día», en tanto que más beneficiosa para el reo. No se cumple, por ello, el requisito exigido en la regla a) del

art. 76 CP mediante la preposición «hasta», cuyo significado según el diccionario de la RAE denota el límite o término de un periodo de tiempo, no abarcado en este caso. De tal modo dicha regla deviene difícilmente aplicable, pues requiere un abanico punitivo cuyo máximo esté representado por veinte años exactos de prisión. De estar ante una pena inferior a ésta, aunque sea en un solo día como es el caso, la literalidad del precepto obliga a reconducir el límite máximo de cumplimiento a la regla general, mientras que de superarse los veinte años habrá que mirar hacia la regla b) del art. 70.1 CP». (F. J. 3º)

Doble cómputo. Cómputo pena a pena; no partiendo de máximo cumplimiento.

Recurso: Casación nº 10015/2012 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 42/2013 de fecha 15/01/2013

«...es reiterada jurisprudencia en la acumulación de condenas que el abono de los tiempos de prisión preventiva y otras reducciones como las que derivan del doble cómputo se han de efectuar sobre cada una de las penas con independencia del límite máximo de cumplimiento.

Son exponentes de esta posición jurisprudencial, entre otras, las Sentencia 83/2012, de 10 de febrero y 759/2011, de 30 de junio, en las que se declara que el cómputo de los períodos transcurridos en prisión preventiva se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 del Código Penal; con igual criterio la Sentencia 1313/2011, de 30 de noviembre, expresa que una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo que resulta de realizar una operación jurídica, por lo que las diferentes penas se van cumpliendo, cada una de ellas según sus circunstancias, aplicando los beneficios y redenciones que procedan, iniciándose el cumplimiento de una en una, hasta que quede extinguida la anterior y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones que establece el artículo 76 del Código Penal; también se recoge esa doctrina en la Sentencia 677/2012, de 18 de julio, en la que se dice que en los casos del artículo 76 del Código Penal, las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas se han de producir independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el referido artículo 76; y en la Sentencia de 4 de mayo de 2012 se afirma que en el caso de las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas, por estrecha analogía con lo anterior, las mismas se han de producir independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas, de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del referido límite legal, éste continuará operando tal como se previó en su momento.

También se ha pronunciado esta Sala en términos similares a como lo hace el Auto recurrido acerca del criterio a seguir para aplicar la doctrina del doble cómputo que emana de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, y sobre el modo en el que se debe efectuar ese cómputo.

(...)

2. En el caso que nos ocupa, al igual que sucedía en aquéllos que resuelven las Sentencias que acabamos de recabar, el recurrente solicita la aplicación de la citada doctrina constitucional a la ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, por lo que, en principio, resultaría procedente resolver con arreglo al criterio constitucional expuesto y computar el tiempo íntegro de prisión preventiva para el abono de la condena impuesta, con independencia de que coincidiese con un período de cumplimiento de condena. Ahora bien, se plantea la cuestión de cómo ha de verificarse el cómputo en un supuesto más específico como es el de acumulación de condenas con aplicación del límite máximo de cumplimiento previsto en el art. 76 CP. Como de nuevo apunta la STS núm. 345/2012, este límite se refiere al cumplimiento efectivo, y no puede quedar desvirtuado por el doble cómputo de un mismo período de prisión, como preventivo y como penado, que no constituye un doble cumplimiento efectivo. En consecuencia, en estos supuestos únicamente puede computarse, a efectos de la acumulación de condenas y para alcanzar el límite máximo, el tiempo de prisión preventiva que, de modo efectivo, no haya coincidido con otro período de cumplimiento.

Con similar criterio se pronuncia la Sentencia de esta Sala 345/2012, de 16 de mayo, en la que se declara que la STC 57/2008, de 28 de abril apoya su doctrina del doble cómputo de los períodos de prisión en los que coincida la condición de penado y preventivo en que el art. 58.1 CP, en su redacción anterior a la que le ha dado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, disponía que *«el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada»*. Estimaba el Tribunal Constitucional que si la previsión legal aplicable era la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, carecía de cobertura legal expresa la exclusión para el referido abono del periodo de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa. Consideraba el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 57/2008, que la situación de coincidencia de la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al Legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que *«desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites»* permite entender que, si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. Como segundo

argumento en su interpretación del texto entonces vigente del art 58 conforme a la mayor efectividad de los derechos fundamentales, consideraba el Tribunal Constitucional que al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste. Añade esta Sentencia que el Tribunal Constitucional no ha establecido que, por razones estrictamente constitucionales, la compensación de la doble condición de penado y preventivo tenga que consistir necesariamente en el privilegio o beneficio del doble cómputo de cada día de privación de libertad. En efecto, la coincidencia de la situación de penado y preventivo no es inocua, pues ambas responden a su propia motivación, el cumplimiento de la condena impuesta por la comisión de un determinado delito y la condición de medida cautelar por la indiciaria comisión de otro delito diferente, pero ello no determina que dicha doble condición deba conllevar, en todo caso y por razones constitucionales, el beneficioso efecto de que cada día de privación de libertad determine la ventaja para estos condenados de su cómputo como dos días de cumplimiento, cuando se le condene por el segundo delito. Este efecto carece de suficiente justificación material para su aplicación generalizada y es discriminatorio frente a quienes han sido condenados por un delito único y deben cumplir su condena día a día. La fundamentación del doble cómputo no se deriva necesariamente de una consideración material sino que se encuentra, como permite apreciar una lectura reposada de la STC 57/2008, en la interpretación conforme a la Constitución de la laguna legal apreciada por el Tribunal Constitucional en el Texto del art. 58 C.P. En consecuencia, no existe un derecho constitucional al doble cómputo, sino únicamente la interpretación conforme a la Constitución de una laguna legal, interpretación que queda sin contenido una vez que dicha laguna ha sido subsanada. Sigue diciendo que se plantea la cuestión de como ha de verificarse el cómputo en un supuesto específico, como es el de refundición de condenas con aplicación del límite máximo de cumplimiento previsto en el art 76. Este límite se refiere al cumplimiento efectivo, y no puede quedar desvirtuado por el doble cómputo de un mismo período de prisión, como preventivo y como penado, que no constituye un doble cumplimiento efectivo. En consecuencia, en estos supuestos solo puede computarse, a efectos de la refundición de condenas y para alcanzar el límite máximo, el tiempo de prisión preventiva que, de modo efectivo, no haya coincidido con otro período de cumplimiento.

Las sentencias que acaban de ser expuestas confirman el criterio seguido en el Auto recurrido sobre el efecto que la doctrina del doble cómputo tiene sobre la acumulación de condenas solicitada por el penado.

Ciertamente, se debe realizar el cómputo pena a pena y no partiendo del máximo de cumplimiento y en esa verificación pena a pena, se inicia por la pena más graves y así sucesivamente, como ordena el artículo 75 del Código Penal, y sólo debe computarse el tiempo de prisión preventiva sufrido y caso de que hubiese coincidido con tiempo de penado, como sucede en este caso con las ejecutorias segunda (176/2006) y tercera (62/2003), esos días de doble cómputo se restan en sus respectivas ejecutorias en cuanto no van a ser cumplidos, ya que no se puede

olvidar que el artículo 76 se refiere a cumplimiento efectivo, como lo ha entendido esta sala en las sentencias ya señaladas, especialmente la Sentencia 345/2012, de 16 de mayo, en la que se expresa que *este límite se refiere al cumplimiento efectivo, y no puede quedar desvirtuado por el doble cómputo de un mismo período de prisión, como preventivo y como penado, que no constituye un doble cumplimiento efectivo. En consecuencia, en estos supuestos solo puede computarse, a efectos de la refundición de condenas y para alcanzar el límite máximo, el tiempo de prisión preventiva que, de modo efectivo, no haya coincidido con otro período de cumplimiento»*. (F. J. 2º)

El límite máximo de cumplimiento no es una nueva pena. Cómputo de prisión preventiva en cada pena refundida.

Recurso: Casación nº 12036/2011 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 942/2012 de fecha 28/11/2012

«El motivo debe ser desestimado. Como dijimos en la STS nº 82/2010, de 11 de febrero, la doctrina del Tribunal Constitucional, establecida en la STC 57/2008, ha dispuesto que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa, no excluye el abono del tiempo pasado en la primera situación en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE.

La recurrente solicita la aplicación del artículo 33 del Código Penal de 1973, o, en su caso, el artículo 58 del Código Penal, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que permitían, en todo caso, el abono para el cumplimiento de una condena privativa de libertad, del periodo de tiempo pasado en prisión preventiva, coincidente con un periodo de ejecución efectiva.

La nueva regulación del artículo 58.1 del Código Penal, operada tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, establece con carácter taxativo que, en ningún caso, un mismo periodo de privación de libertad puede ser computado en más de una causa, zanjando definitivamente la polémica del abono de la prisión preventiva en los casos de refundición de condenas (artículos 75 y siguientes del Código Penal), como es el presente. Pero este nuevo precepto no es aplicable a este recurso.

La impugnación se desestima. La doctrina de esta Sala, expuesta en numerosas sentencias, como por ejemplo, las 344/2012, de 8 de mayo y 45/2012, de 28 de febrero, entre otras muchas, establece que el límite de treinta años, previsto en el artículo 70.2º del Código Penal de 1973, no es una pena refundida, sino el máximo de cumplimiento efectivo. En consecuencia, la aplicación de todo beneficio penitenciario no debería realizarse sobre ese límite de cumplimiento efectivo, sino sobre el total de las penas impuestas. La misma previsión vale para el abono de los periodos coincidentes de prisión preventiva y cumplimiento de condena a resultas de sentencia firme, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y de este mismo Tribunal, invocada por el recurrente, a tenor del

artículo 33 del Código Penal de 1973 ó 58 del Código Penal de 1995, en su redacción vigente antes de la reforma de 2010.

Así lo indica, la sentencia de esta Sala núm. 208/2011, de 28 de marzo, en la que se determina que, en los casos de aplicación del artículo 76 del Código Penal, las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas se han de producir independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en ese precepto, en los siguientes términos “lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas, de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del referido límite legal, éste continuará operando tal y como se previó en su momento”. Este criterio es reiterado y ratificado en otras recientes sentencias de esta Sala, como núm. 344/2012, de 8 de mayo, o la núm. 265/2012, de 3 de abril.

De acuerdo a esta jurisprudencia en el supuesto de varias condenas que den lugar a su acumulación y al señalamiento de un límite máximo de cumplimiento no significa, en el caso de que deban abonarse el tiempo de prisión preventiva, que la misma debe realizarse sobre el límite de cumplimiento, sino que deberá realizarse sobre cada pena a la que procede el abono. (Vid STS 207/2011). La refundición de penas no origina otra cosa que una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo que resultó de realizar una operación jurídica: las penas se van ejecutando, cada una de ellas según sus circunstancias -abono y reducciones, etc..., iniciándose el cumplimiento de una hasta su extinción y dando lugar al inicio de la ejecución de otra, la siguiente en su orden hasta alcanzar las limitaciones derivadas de los criterios de acumulación jurídica -el triplo de la máxima y el límite máximo, de acuerdo al Código penal (art. 76 Cp.).

Esta reiterada jurisprudencia resalta el hecho de que el límite máximo de cumplimiento no es una nueva pena, sino que opera como límite de ejecución sobre las penas que sucesivamente se van ejecutando (STS 3 de mayo 2011, 329/2011, de 5 de mayo, 145/2012, de 28 de febrero de 2012, y los que cita), de manera que el límite máximo de cumplimiento en el supuesto de acumulación de penas sea el resultante de la aplicación de la acumulación del art. 76 Cp, esto es, el triplo de la misma o el máximo de cumplimiento, según el Código aplicable o las limitaciones derivadas de los tipos penales concurrentes dentro del que se computa la prisión preventiva». (F. J. 1º)

Licenciamiento definitivo: doctrina.

Recurso: Casación nº 10646/2012 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 45/2013 de fecha 23/01/2013

«3. Sobre la inaplicabilidad de la doctrina "Parot" al recurrente por tratarse de un preso común, hemos de manifestar que el art. 70.2 (ahora art. 76), no hace distinciones, al modo del art. 78 C.P. que afecta a la ejecución de las penas, sino que el precepto tiene carácter general y es aplicable a toda clase de reclusos que se acomoden al supuesto normativo. Tampoco la reforma del art. 76 por L.O.

7/2003 de 30 de junio estableció distingo alguno. Las refundiciones, límites de cumplimiento y modo de computarlo afectan indistintamente a todos los reclusos, cualquiera que sea la naturaleza de los delitos.

El rechazo de la doctrina fijada por la sentencia de esta Sala 197/2006, se justifica en la pretensión de que los beneficios penitenciarios deberían aplicarse a ese máximo de cumplimiento de 30 años, como si se tratara de una nueva pena artificialmente creada, por traslación del concepto del "límite de cumplimiento" establecido en el art. 70 C.P. (ahora 76).

Sobre esta cuestión es oportuna la cita del Mº Fiscal de la sentencia de esta Sala 343/2011 de 3 de mayo, que nos dice que *"Las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional, pues pueden verse modificadas por las incidencias del cumplimiento, de mayor alcance cuando se trata de penas impuestas conforme al Código Penal derogado de 1973. En consecuencia, la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada. Es el Auto de licenciamiento definitivo el que, tras verificar el tiempo cumplido y pendiente de cumplir y la forma en la que se ha cumplido, fija el momento final de la condena"*.

Desde la STS 197/2006, de 28 de febrero (doctrina "Parot"), se ha aclarado que el límite máximo de cumplimiento no constituye una nueva pena distinta a las impuestas en la sentencia por cada uno de los delitos por los que ha recaído condena, por lo que los beneficios penitenciarios deben aplicarse sobre cada una de las que se vayan cumpliendo hasta alcanzar el señalado límite máximo. En consecuencia, si ese límite máximo de privación de libertad no es una pena, ningún beneficio penitenciario puede repercutir en el mismo. Las diversas penas acumuladas o impuestas en un solo proceso deben cumplirse sucesivamente por su orden de gravedad hasta el límite máximo establecido en el auto de acumulación o en la sentencia, ninguna duda cabe que los beneficios y redenciones que se haya hecho acreedor el reo deberán ser aplicados a dichas penas que el penado esté cumpliendo.

La doctrina establecida en dicha sentencia, seguida por otras muchas posteriores, no ha producido una modificación de los beneficios penitenciarios del penado, sino que se ha rectificado un criterio erróneo en cuanto a la aplicación de las penas impuestas.

A su vez tal doctrina ha merecido el beneplácito del Tribunal Constitucional, que en innumerables sentencias del Pleno (SS.T.C. 39 a 62/2012 de 29 de marzo; 108/2012 de 21 de mayo; 113 y 114 /2012 de 24 de mayo), ha reputado ajustada a derecho tal doctrina. Únicamente en cuanto al principio de legalidad y a la santidad de la cosa juzgada ha entendido que tal criterio hermenéutico no debe extenderse a las resoluciones de los Tribunales que establezcan el licenciamiento definitivo, nunca las resoluciones, que sobre "cálculos provisionales" realice la administración penitenciaria, aunque merezcan la aprobación de los Tribunales, precisamente por lo explicitado en la sentencia de esta Sala que acabamos de citar (343/2011).

Ningún obstáculo debe suponer hasta el momento, el recurso que pende ante la Gran Sala, del Tribunal de Derechos Humanos europeo de Estrasburgo». (F. J. 2º)

Requisitos de tramitación: asistencia letrada. Nulidad del auto.

Recurso: Casación nº 11048/2012 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 159/2013 de fecha 28/02/2013

«Así, formalmente-como apunta el Ministerio Fiscal- el recurrente tiene razón en cuanto a la existencia de la infracción relativa a la postulación y defensa del penado que se constata en el expediente, y la consecuencia en el presente recurso de casación ha de ser la declaración de nulidad postulada, por más que, dada la índole de la reclamación efectuada por el penado ya se vislumbre la dificultad de acceder a la pretensión que subyace desde el primer escrito del mismo». (F. J. 2º)

STS 197/2006. Doctrina del TC.

Recurso: Casación nº 10807/2012 P
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 1079/2012 de fecha 03/01/2013

«El TC al resolver múltiples recursos de amparo interpuestos contra sentencias de esta Sala Segunda aplicando la conocida como doctrina *Parot*, ha distinguido diversos supuestos: a) aquellos en que no se había agotado la vía jurisdiccional previa por no haberse intentado una nulidad (por todos ATC 179/2010, de 29 de noviembre) o el recurso de casación (sentencias ya mencionadas) y en los que ha declarado la inadmisibilidad del recurso; b) aquellos en los que, entrando a conocer del fondo, ha respaldado la constitucionalidad de la interpretación propugnada en la STS 197/2006, de 28 de febrero; y c) un último grupo en los que estima el recurso de amparo en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la aplicación de esa doctrina en el caso concreto suponía la variación de una resolución judicial previa firme que se habría pronunciado en un sentido diferente, lo que no podía enmendarse por no existir cauce legal.

Ignorar la existencia de una previa decisión judicial asumiendo otra forma de cómputo supondría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, que cobija en su proteico contenido el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

(...)

Retornando el asunto sometido al examen casacional, el problema se centra en determinar si el auto de 27 de noviembre de 1996 que rechazaba la acomodación de la condena a los preceptos del Código Penal de 1995 fijaba ya un criterio de cómputo de las redenciones asumido de forma clara y nítida por el órgano judicial. Si fuese así, habría que dar la razón al recurrente en sintonía con la

jurisprudencia constitucional aludida, por cuanto no cabría una variación de esos parámetros a los que ya vendría abocada a ajustarse la ejecución.

Pero falta la base. Tal auto, como razona atinadamente el Tribunal *a quo*, no se pronunciaba sobre esa cuestión -punto de partida para el descuento de los días redimidos- entre otras cosas porque la decisión a adoptar no requería ninguna decisión al respecto. Las condenas estaban construidas todas sobre la legislación anterior. Su acumulación había determinado un máximo de treinta años de cumplimiento. En trance de decidir si el Código penal de 1995 podría ser más beneficioso y por tanto obligar a la revisión de la condena de conformidad con el régimen transitorio específico, la ley Orgánica 10/1995 se refería a la aplicación retroactiva y consiguiente revisión de la condena cuando la nueva ley fuese **más favorable** (disposición transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica). El principio general es la aplicación de la Ley vigente en el momento de los hechos. Tal axioma cede solo cuando la norma posterior resulte más beneficiosa (disposición transitoria 1ª y art. 2.2 CP). Desde esa premisa se entiende que no hubiese cuestión sobre la no aplicación del nuevo Código Penal a los hechos ya enjuiciados, con independencia de cuál fuese el criterio adoptado en relación al cómputo de los beneficios de la redención de penas por el trabajo que desaparecían de nuestro régimen penal. Si el máximo de cumplimiento eran treinta años, y con el Código Penal de 1995 el tope de estancia en la prisión también alcanzaba ese máximo (art. 76.1.b del CP en su redacción originaria en relación con el art. 572.1.1º) es claro que no procedía la aplicación retroactiva del CP 1995 sin necesidad de plantearse el tiempo real de cumplimiento a la vista de la posibilidad de acogerse al sistema de redención de penas. Nada se dijo en aquel auto y por tanto el criterio no estaba asumido ni explícita ni implícitamente. El razonamiento del quinto de los fundamentos de derecho del Auto atacado en casación ha de merecer pleno respaldo.

Algunos asuntos muy similares, si no idénticos, han sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional. No escapa esa realidad al Tribunal *a quo* que menciona en concreto la STC 41/2012, de 29 de marzo

La más reciente STC 108/2012, de 21 de mayo analiza un supuesto simétrico en lo esencial.

(...)

No estamos, pues, ante una rectificación de decisiones previas firmes, sino ante un acuerdo complementario de lo ya decidido. Hasta este momento no existía en la ejecutoria de la que dimana el presente recurso ningún pronunciamiento jurisdiccional que se hubiese decantado por uno u otro criterio de cómputo de las redenciones. Por eso no se puede hablar de variación de resoluciones firmes, ni de afectación del principio de seguridad jurídica (que no se ve afectado incidido más que en la medida en que lo es en cualquier ocasión en que se produce una modificación jurisprudencial: pero de ese principio constitucional no cabe inferir como consecuencia la inmutabilidad de la jurisprudencia), ni de aplicación arbitraria de la norma.

El órgano sentenciador es el competente para decidir sobre ese extremo que afecta al núcleo de la acumulación prevista en el art. 70 CP. Ni la jurisdicción de vigilancia penitenciaria tiene facultades sobre ese punto (su papel se limita a la aprobación de las redenciones); ni, por supuesto, las tiene la administración penitenciaria (que efectúa cálculos; no dicta resoluciones). Las expectativas que haya podido generar esa forma habitual, de efectuar el cómputo no pueden condicionar la decisión sobre un particular que atañe en exclusividad al órgano sentenciador (art. 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El Tribunal no había exteriorizado en ningún momento su criterio plasmándolo en una decisión: tanto el auto de acumulación de condenas como el que rechazaba el acoplamiento al CP 1995 dejaban esta cuestión sin prejuzgar (cosa diferente es que se pueda adivinar qué se hubiese decidido si en ese momento en que no se había producido el giro jurisprudencial se plantea la cuestión: pero eso es inherente a todo cambio jurisprudencial; afectará a los asuntos pendientes y no a los ya resueltos). No hay ninguna decisión jurisdiccional firme dictada por órgano competente que esté contradicha por el auto ahora impugnado.

Tampoco las liquidaciones de condena tienen trascendencia a este respecto ni pueden considerarse "intangibles". La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes viene proclamada el art. 118 de nuestra Constitución. Pero eso no afecta a cómputos de tiempo provisionales efectuados por la administración. Ello implica la continua modificación de resoluciones que aprueban liquidaciones de condenas y fechas de licenciamiento definitivo sin quebranto alguno de la seguridad jurídica. (ATC 274/1997, de 16 de julio). De ahí que la consolidación de la situación punitiva de un penado no se produzca hasta que se apruebe su licenciamiento definitivo». (F. J. 4º)

AGRAVANTES.

Ensañamiento. Doctrina: diferencias entre el concepto jurídico-penal y su entendimiento en el lenguaje coloquial.

Recurso: Casación nº 734/2012

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 395/2013 de fecha 07/05/2013

«Ciertamente en el lenguaje coloquial cabe considerar que los hechos que se describen como probados revelan una actitud cobarde y repugnante en el autor que incluso es frecuente tildar por los no expertos en Derecho como "ensañamiento".

Pero este concepto, en cuanto determinante de una agravación prevista en el artículo 22.2 del Código Penal exige unas precisiones que no toleran esas distorsiones de lenguaje.

Así lo dejamos hartamente advertido en nuestra Sentencia nº 919/2010 de 14 de octubre pasando revista a nuestra Jurisprudencia:

*El **ensañamiento** es un concepto jurídico precisado en la Ley que no coincide necesariamente con una conceptualización coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que -decíamos en la STS. 775/2005 de 12.4 los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por Ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo.*

Se requiere, pues, -precisan las SSTS. 357/2005 de 20.4; 713/2008 de 13.11 dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1553/2003 de 19.11, 775/2005 de 12.4 (LA LEY 13113/2005)). Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su animo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19.2).

*Elemento subjetivo, considerado en la STS. 1042/2005 de 29.9, como "un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo", de modo que no se apreciará la agravante si no se da "la complacencia en la agresión" -por brutal o salvaje que haya sido la agresión- en la forma realizada con la finalidad de aumentar deliberadamente el dolor del ofendido" (STS 896/2006 de 14.9), y cuyo elemento "no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno", (STS 357/2005 de 20.4), con cita STS 2.526/2001 de 21.2002, que entendió que no implicaba la apreciación del **ensañamiento** vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a lo que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento.*

Y también enfatizábamos en nuestra Sentencia nº 600/2010 de 16 de junio que :El carácter desmedido de la violencia, por más que ésta pueda calificarse, en su genuina significación gramatical, como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido de la agravación prevista en el art. 22.5 del CP , que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum ni, por supuesto, puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos.

El motivo se rechaza dado que en el caso juzgado ni consta ese componente subjetivo, ni la descripción del hecho lo hace subsumible en aquellas condiciones de desmesura económicamente gratuita en relación al fin lesivo propuesto por el autor». (F. J. 4º)

Reincidencia (art. 22.8ª CP): requisitos.

Recurso: Casación nº 1626/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 313/2013 de fecha 23/04/2013

«La doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia parte del dato legislativo de que el art. 22.8 CP después de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo.

Por ello es necesario (SSTS núm. 435/2009 de 27 de abril, núm. 814/2009 de 22 de julio y núm. 406/2010 de 11 de mayo, entre otras).

1º) Que las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo.

2) Que en los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación.

3) Que en la sentencia de instancia consten todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 Lecrim pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (STS. 1175/2009 de 16 de noviembre, que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados).

4) Que para apreciar la reincidencia consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

5) Que si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición, expresando la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten

en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP.) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (doctrina resumida en la reciente STS núm. 4/2013, de 22 de enero). (F. J. 6º)

En el caso actual no constan en el “factum” los referidos requisitos, por lo que no puede aplicarse la agravante de reincidencia.

Es más, en el relato fáctico se declara expresamente que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Estima el Ministerio Fiscal que se trata de un error material como se deduce del fundamento jurídico quinto de la sentencia, que se refiere a una condena firme de 9 de diciembre de 2004, y que el propio acusado reconoció que tenía antecedentes en su declaración ante el Juzgado obrante en las actuaciones, pero lo cierto es que, si se trataba de un error material, debió solicitarse su subsanación en tiempo y forma ante el Tribunal sentenciador, siendo necesario en este trámite respetar los hechos probados, y en cualquier caso no constan en el relato fáctico los datos mínimos para la aplicación de la agravante, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expresada.

Aun cuando se aceptase la existencia de la condena a la que se refiere la fundamentación jurídica, no constan en el factum los elementos fácticos imprescindibles para poder constatar si los antecedentes son computables, pues no consta si están cancelados o hubieran podido estarlo (art. 22.8 CP)». (F. J. 7º)

AGRESIÓN SEXUAL.

Entre cónyuges.

Recurso: Casación nº 10955/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 355/2013 de fecha 03/05/2013

«Como recordó en su día la STS de 9 de Abril del 1997, núm. 584/97, el tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges dio lugar inicialmente a una intensa polémica. En la doctrina se mantenían básicamente tres tesis: 1º) quienes estimaban que la violación entre cónyuges no integraba el tipo de violación, afirmando que el hecho se debería sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Código extranjeros, que excluían al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación; 2º) quienes estimaban que aún siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 7º C. P.); y 3º) la doctrina mayoritaria y moderna, que consideraba que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación, o agresión sexual del art. 178 cuando no existe acceso carnal.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge (Sentencias de 7 de noviembre de 1989, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 24 de abril y 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995 , 8 de febrero de 1.996, 9 de Abril del 1997, núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, entre otras).

Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge. Y, en el caso actual, la víctima hizo constar su falta de consentimiento de una forma expresa, manifiesta y activa, que solo mediante la violencia pudo ser superada». (F. J. 6º)

Introducción de dedos.

Recurso: Casación nº 10955/2012 P
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 355/2013 de fecha 03/05/2013

«Contrariamente a lo manifestado por el recurrente, cabe señalar que la precisión sobre que dígito se trata es penalmente irrelevante y que **la exigencia de que la introducción alcance la totalidad del miembro corporal utilizado no tiene fundamento alguno en la descripción del tipo penal, que se consuma con la introducción efectiva, cualquiera que sea la parte, total o parcial, del miembro que se introduce** (STS de 19 de febrero de 2010).

El criterio para la concurrencia del tipo respecto de los miembros corporales y los objetos a que se refiere el art. 179 no puede ser diferente del que rige en el mismo tipo penal para el "acceso carnal", en que la penetración total de los órganos sexuales no es una exigencia del tipo: como señala la STS 55/2002 de 23 de enero, lo relevante es el momento en que ya se ha agredido decisivamente la más recóndita intimidad de la víctima representada por las cavidades del propio cuerpo. Y **es evidente que tal cosa sucede en todo caso de introducción de dedos (vaginal o anal) independientemente de que sea total o sea parcial, pues la introducción existe en ambos supuestos (STS de 19 de febrero de 2010), siempre que la acción realizada vaya más allá del mero tocamiento, ya que los tocamientos en zonas erógenas constituyen el núcleo central de materialización de la agresión sexual simple del art 178**». (F. J. 4º)

No se requiere el "ánimo lascivo".

Recurso: Casación nº 1125/2012
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 132/2013 de fecha 19/02/2013

«3.- Con la anterior prevención analizamos la impugnación, bien entendido que las posibilidades de la revisión en casación se constriñen no a la valoración de la prueba, no a la conformación del hecho, ni siquiera a un juicio sobre la ilicitud del hecho, sino exclusivamente a la subsunción del hecho en la norma, en este caso en el delito continuado de agresión sexual que el Ministerio público calificó en la instancia y mantuvo en casación. El Ministerio público calificó de delito continuado de agresión sexual con apoyo en dos episodios del relato fáctico en el que, dada la vía impugnatoria elegida, parte de su respeto para su oposición. En cuanto al primer episodio, que el acusado introdujo la mano por debajo del pantalón y ropa interior de Desireé para comprobar si había tenido relaciones sexuales con un amigo. El hecho es precedido de un suceso de violencia, unos insultos, unos empujones, mordisco y la exhibición de un cuchillo y un destornillador.

El hecho describe un ejercicio de violencia y es atentatorio a la dignidad de la víctima, y contiene los elementos de la tipicidad de la agresión sexual. El relato fáctico refiere un episodio de violencia. Desde luego, la violencia es física, pero también, el relato fáctico describe una modalidad de intimidación consistente en lo que hemos denominado "situación objetiva intimidante" o de violencia ambiental –la paulatina y persistente situación de coerción dirigida contra el sujeto pasivo-. El delito de agresión sexual consiste en atentar a la libertad sexual de una persona, con violencia o intimidación. Esta construcción típica ha sido tildada de excesivamente ambigua pues permite incluir cualquier acto. Para aquilatar su contenido, la jurisprudencia ha exigido que el atentado debe tener un inequívoco contenido sexual, (actos de inequívoco carácter sexual STS 1049/2007, de 4 de diciembre, la misma expresión en la STS -494/2007, de 8 de junio), para lo que habría de estarse al sentir mayoritario de la sociedad. Desde esta perspectiva es claro que el hecho probado, "introducir la mano... hasta palparle la vagina" tiene un inequívoco significado sexual y es atentatorio a la libertad sexual.

El tercer requisito de la tipicidad se refiere al tipo subjetivo. Este elemento se rellena con el dolo de atentar la libertad sexual. Tradicionalmente, antes de la vigencia del Código de 1995, la jurisprudencia exigió una intensidad del dolo concretado en un ánimo lúbrico o libidinoso con el que se pretendía quedaran fuera de la tipicidad actos de objetivo significado sexual realizados con una finalidad lícita. En otras ocasiones, se hacía referencia a bienes jurídicos distintos de la libertad sexual. Hoy esa construcción, esa exigencia de una intensidad del dolo por la que el autor debía perseguir satisfacer su apetito sexual, ha sido abandonada, bastando para su realización el conocimiento de la puesta en peligro del bien por la acción agresiva.

La tipicidad del delito de agresión sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar. El dolo, en su significación más clásica, significa conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer del peligro concreto de la realización del tipo (Sentencia de la Colza 23.4.92), dado que quien conoce dicho peligro y obra sin hacer algo para impedir su concreción, obra

con dolo directo o eventual, cuando manifiesta una actitud indiferente respecto a su realización. El actor en el hecho probado conoce la acción y la transcendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo. En el tipo de la agresión no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal.

El hecho probado lo describe mediante la expresión de introducir la mano y palpar los genitales de la víctima. La interpretación jurisprudencial de la agresión sexual por todas STS 494/2007, de 8 de junio, señala que "el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima".

Constatamos que desde el hecho probado referido al episodio de la introducción de la mano en la zona genital de la víctima ha de ser subsumido en el delito de agresión sexual. Hubo un acto de inequívoco significado sexual, palpar los genitales tras introducir la mano; hubo una violencia física y ambiental; y el acusado tenía conocimiento que su conducta era atentatoria a la libertad sexual de la víctima a la que, con violencia e intimidación, agrede en su libertad sexual, mediante la realización de un acto agresivo, inconsciente y sorpresivo». (F. J. 1º)

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Cooperación necesaria del "extraneus".

Recurso: Casación nº 452/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 316/2013 de fecha 17/04/2013

«En efecto si bien el delito de apropiación indebida es un delito especial que solo puede ser cometido por quién ha recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo, pues solo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible, es decir aquellos tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino solo por aquellas indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran

en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc...

El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE, veda que se pueda considerar autor del delito de apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que "pone" todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor (STS. 37/2006 de 25.1).

Ahora bien, esta Sala tiene dicho que si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Por ello, los partícipes en un delito especial propio –aquellos en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación- han de tener la misma condición que el autor: Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28.1) pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria (art. 28.2 a) y b) o para la complicidad) (SSTS. 1217/2004 de 2.11, 759/2006 de 13.7).

Siendo así en el relato fáctico –cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim.- se recoge *que Albert Bxx, valiéndose de la colaboración de su suegro del hoy recurrente, Leopoldo Bxxxx Gxxxx, administrador único de Gxxxx Cxxx y Cxxxx SL, simularon la existencia de una relación comercial entre Asesoría Cxxxx e lxxxx, S.L y la mercantil Gxxxx Cxxxx y Cxxxx, S.L. a fin de justificar las transferencias de dinero de la primera a la segunda, siendo el negocio simulado la venta por Gxxxx a Axxxx de lotes de cosméticos para regalar a los participantes de los cursos de formación para personas de la tercera edad de la Fundación Lxxxx, pero, en contra de lo sustentado en el motivo, no se recoge que Bxxxx cumpliera con el contenido de sus obligaciones, sino que expresamente entiende probado que “Asesoría nunca recibió lotes de cosmética y nunca se entregaron como regalo a los participantes a los cursos de formación para gente de la tercera de la Fundación Lx Cxxxx”.*

Consecuentemente tal conducta en relación a Bxxx puede calificarse de cooperación necesaria, por cuanto al simular con Bxxx la existencia de un negocio permitió la distracción del dinero de Axxxx efectuada por este último, realizando un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer, pues según reiterada jurisprudencia, por todas STS. 37/2006 de 25.1, existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando en concurso (teoría del dominio del hecho). (F. J. 12º)

La posibilidad de participación de los extraños a la relación jurídica configuradora de la apropiación indebida ya ha sido analizada en el motivo 1 del recurso interpuesto por Leopoldo Bxxxx. En base a la doctrina allí expuesta el principio de accesoriadad de la participación conduce a mantener intacto el título de imputación, de forma que el cooperador lo es del delito cometido por el autor, aun cuando en él no concurren las condiciones legalmente exigidas para la autoría, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 65 CP, en su caso (STS. 503/2008 de 17.7), admitiendo la jurisprudencia la relevancia de la cooperación necesaria mediante una conducta puramente omisiva en delitos de resultado (STS. 213/2007 de 15.3).

Además, cuando la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de la ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor. Aunque no sea posible determinar si el conocimiento del plan del autor era tan preciso como para abarcar las circunstancias del delito, esa precisión tampoco es requerida por la noción aplicable del dolo del cooperador. En todo caso, -dice la STS. 258/2007 de 19-7, en la medida en la que el cooperador tenía conocimiento de que la acción que emprendería el autor comportaba un peligro concreto de realizar un hecho delictivo y notorio ex ante ninguna medida para limitar la conducta delictiva, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar la concurrencia del conocimiento de los elementos esenciales del delito o al menos la total indiferencia respecto de los mismos.

En definitiva, cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Es esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación, reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en un estrato inferior, como cómplice (STS. 503/2008 de 17.7)». (F. J. 33º)

Diferencias con el delito de administración desleal societaria.

Recurso: Casación nº 1296/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 294/2013 de fecha 04/04/2013

«El segundo motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia error de derecho en el juicio de subsunción.

A) Razona la defensa que el criterio de la Audiencia, referido a la concurrencia de dos tipos penales –arts. 252 y 295 del CP-, que ha de ser resuelta conforme a la doctrina del concurso normativo del art. 8.4 del CP, no puede sostenerse a la luz de la doctrina jurisprudencial más actualizada. La calificación de los hechos no debería haber tenido como desenlace la aplicación del art. 252, pues

la fórmula de aplicar el tipo que contemple pena mayor, ha de reservarse para supuestos de concurso de leyes que no se da en el presente caso. Los hechos no tienen nada de apropiación indebida –se razona- y se acercarían más al *abuso de funciones* que caracteriza la administración desleal del art. 295 del CP. En definitiva, la solución del concurso aparente ha llevado a descartar este último precepto y a aplicar el art. 252, con la consiguiente agravación por razón de la cuantía prevista en el art. 250.1.6 del CP.

La cuestión suscitada en el presente motivo encierra cierta controversia doctrinal que ha tenido un reflejo en la jurisprudencia de esta Sala. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos preceptos (arts. 252 y 295 del CP), ha dificultado su exégesis, existiendo resoluciones que se han esforzado, no siempre desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza.

Es preciso puntualizar –cfr. STS 91/2013, 1 de febrero- la existencia de una línea jurisprudencial que explica que la relación de ambos preceptos se entiende y soluciona a partir de un aparente concurso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al criterio impuesto por el principio de alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. Debe tenerse en cuenta -decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero- que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. En efecto, el art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, 27 de noviembre; 867/2002, 29 de septiembre; 1835/2002, 7 de noviembre y STS 37/2006, 25 de enero).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurren los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP –*distrajeren dinero*- y la que está presente en el art. 295 –*dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad*-, atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa la STS 915/2005, 11 de julio. En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta

ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTs 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio).

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, decíamos en nuestra STS 462/2009, 12 de mayo, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, *apropiarse* y *distraer* son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se *apropia* desvía los bienes –también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que *distrae*, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. En el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves –de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con *abuso de las funciones propias del cargo*. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador». (F. J. 5º)

Distracción. Operaciones de “fianza monetaria” o “prenda irregular”.

Recurso: Casación nº 2467/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 818/2012 de fecha 24/10/2012

«En el presente caso nos hallamos ante una serie de operaciones de las que se denominan “fianzas monetarias” y que, en realidad, la dogmática civil identifica con la “prenda irregular”, entre otras cosas, es decir, aquella garantía real pignoraticia que tiene como peculiaridad el hecho de que la garantía la constituyen bienes fungibles, como el dinero, con lo que se distingue de la “prenda regular” en que en el momento de su constitución y entrega se transmite la propiedad de lo pignorado, surgiendo a cambio la obligación de devolver no la cosa recibida sino otra equivalente de la misma especie y en igual cantidad.

De modo que en principio podría pensarse, como lo hace la Audiencia, que no existe inconveniente alguno, puesto que, como hemos visto, según nuestra propia doctrina el hecho de esa transmisión de la propiedad de lo entregado no impide la presencia del delito de apropiación indebida, en su específica forma de “distracción” si, llegado el momento de la obligada devolución, ésta no se produce por decisión voluntaria del inicial receptor.

Y ello aunque en alguna ocasión también se ha dicho que no existe “distracción”, en el sentido penal del término, en supuestos de títulos que no comportan la devolución de lo concretamente recibido, precisamente por tratarse de operaciones, como el contrato de préstamo de dinero o el contrato de arras, etc., en los que la propiedad de lo entregado se transmite con su entrega, surgiendo, tan sólo, una obligación de devolver el equivalente a lo recibido, de cuyo incumplimiento tan sólo se derivan obligaciones de carácter civil (SsTS de 1 de Marzo de 2005, 5 de Octubre de 2006, 16 de Noviembre de 2007, 17 de Enero de 2008 y otras).

Pero el problema con el que en este supuesto nos encontramos es, precisamente, el del carácter pignoraticio de aquellas entregas, vinculadas por lo tanto, como en el propio “factum” de la recurrida se dice, según ya tuvimos oportunidad de comprobar, en concreto a “...*servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda.*”

Y es que la figura de la “distracción” de lo fungible, como forma del delito de “apropiación indebida”, se ha venido aplicando sobre todo a supuestos de Administración del dinero ajeno, sin que encontremos ningún precedente jurisprudencial relativo a la garantía pignoraticia, sin duda por la complejidad de la relación que con ella se establece y que dificulta aún más la claridad de la afirmación de que se haya “distráído” dolosamente un dinero que ya había ingresado en el patrimonio del receptor, aunque existiera una obligación futura de devolución de su equivalente.

Ya que resulta paradójico en grado sumo establecer un impedimento, bajo sanción penal, para que disponga el titular de un patrimonio de parte de éste, cuando lo que contrajo con su adquisición fue tan sólo la obligación de devolver, en

un momento posterior; unas cantidades semejantes a las recibidas, pero dependiendo, en todo caso, del resultado de las relaciones que mantenga con quien le entregó, como garantía del buen fin de éstas, aquellas cantidades.

Es cierto también que, con carácter general, tenemos dicho que, en supuestos de esta clase, *“...la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas”* (STS de 8 de Julio de 2008, entre otras).

Pero igualmente se afirma que *“...existiendo créditos recíprocos y una posibilidad de compensación entre ellos, en las condiciones de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, es decir que se trate de obligaciones principales, vencidas, líquidas y exigibles, compensables por su naturaleza al tratarse de deudas dinerarias, y sin que exista pendencia o reclamación sobre ellas, no cabe subsumir los hechos en el delito de apropiación indebida”* (STS de 27 de Junio de 2003).

O bien, que *“La existencia de relaciones contractuales entre las partes, como origen de la entrega de la cosa, puede exigir en ciertos casos una previa liquidación de cuentas pendientes, y la posibilidad de supuestos de retención o compensación , con una incidencia sobre la responsabilidad que habrá de determinarse en cada supuesto”* (STS de 18 de Diciembre de 2002 y en sentido semejante las de 2 de Marzo de 1999, 27 de Diciembre de 2002, 12 de Febrero, 11, 26 de Abril y 1 de Junio de 2007, 25 de Enero de 2006, la ya citada de 31 de Diciembre de 2008, etc.).

Pues bien, cuando, como aquí, la consecuencia de la entrega no es propia ni exclusivamente la ulterior devolución, ya que se trata de un dinero cuya propiedad se ha transmitido y la devolución depende del cumplimiento de su fin, que no es otro que el de garantizar el cumplimiento de unas determinadas obligaciones derivadas de unos negocios sucesivos, de distribución continuada de productos, lo que forzosamente genera una pluralidad de obligaciones recíprocas reiteradas, la necesidad de que quede suficientemente acreditada la correspondiente liquidación, para excluir cualquier derecho de retención o compensación que pudiera asistir a quien recibió las garantías, hace que, de no cumplirse con este requisito, la cuestión haya de quedar al margen de la norma penal.

Y así, comprobamos cómo no sólo no se dice en el relato de hechos probados de la recurrida nada a propósito de esa situación de cuentas entre los establecimientos de venta y la distribuidora, sino que incluso en él se constata la existencia de unas “conversaciones” entre las partes, a fin de sustituir las “fianzas” por la entrega de avales cambiarios, que no llegaron a buen fin dando lugar a la interposición de Diligencias preliminares de juicio ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia.

Es más, en esa narración también se alude a las dificultades económicas por las que atravesaba el recurrente, hasta el punto de afirmar la constancia registral de unas deudas, al finalizar el ejercicio del año 2005 de casi un millón de euros. Lo que más que el ánimo apropiatorio de las cantidades entregadas como “garantía” del buen fin de las relaciones comerciales entre los querellantes y el recurrente, podrían inducir a pensar en la imposibilidad de devolución por éste de

unas cantidades de las que dispuso, por haberse integrado en su día en su patrimonio, y que ahora no puede reintegrar, con lo que quedaría excluido el elemento subjetivo de la voluntad de ilícita "apropiación", incluso en la forma especial de "distraer".

En consecuencia, al margen del posible ejercicio que corresponda a los querellantes respecto de las oportunas acciones civiles para la recuperación de las cantidades que en su día entregaron, caso de que a ello hubiere lugar, hay que afirmar la falta de acreditación, en este caso, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito a que se refiere el artículo 252 del Código Penal, aplicado por la Audiencia». (F. J. 1º)

Doctrina.

Recurso: Casación nº 1406/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 380/2013 de fecha 26/04/2013

«2. La **jurisprudencia de esta Sala** viene estableciendo en cuanto a las modalidades de apropiación indebida lo siguiente:

*“En el **tipo de apropiación indebida** se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la **"apropiación"** propiamente dicha y la legalmente caracterizada como **"distracción"**. La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas —expresamente o por extensión— en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, **una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido**. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto —el de la distracción— la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio —puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada— sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto” (SSTS 47/2009, de 27 de enero; 625/2009, de 16 de junio; 732/2009, de 7 de julio; y 547/2010, de 2 de junio).*

En relación al denominado **tipo clásico de apropiación indebida**, tiene declarado esta Sala que en esta figura delictiva debe distinguirse dos etapas diferenciadas. La primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo percibe en calidad de depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble (ahora también valores o activos patrimoniales), recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es

decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. En la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima (o propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles), en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente, en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada del destino pactado (SSTS 964/1998, de 27-11; y 830/2004, de 24-6).

En cuanto a los títulos **títulos idóneos** para aplicar el tipo penal por recibir en virtud de ellos el autor del delito el bien de que se acaba apropiando, la ley relaciona el de depósito, comisión o administración y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el préstamo mutuo y el depósito irregular, porque en estos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe, para que este la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó (STS 830/2004, de 24-6).

En la sentencia de esta Sala 727/2009, de 29 de junio, se afirma que para la existencia del tipo penal es menester que el dinero o las cosas fungibles de que se trate tuvieran al recibirse un destino previamente fijado (STS de 11 de octubre de 1995). Y también se recuerda en ella que los títulos a que se refiere el art. 252 del C. Penal tienen en común transferir la posesión y no la propiedad de la cosa mueble, de ahí que sea unánime —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— la exclusión de los contratos de préstamo mutuo, habida cuenta de que, en tales supuestos, se adquiere la propiedad por parte del que recibe el dinero (art. 1753 C. Civil). Según reiterada jurisprudencia, tampoco puede ser considerados títulos idóneos para esta figura penal la compraventa, la permuta, la dación en pago y la donación.

En la misma línea se pronuncia la sentencia 259/2013, de 19 de marzo, cuando subraya que en numerosos precedentes de esta Sala se ha señalado como títulos que han de ser descartados a efectos de integrar la tipicidad del delito del art. 252 todos aquellos que transmiten la propiedad, como son la compraventa, el préstamo mutuo, la permuta o la donación (SSTS 914/2007, 16 de noviembre; 1020/2006, 5 de octubre; 165/2005, 10 de febrero, entre otras).

Y en lo que concierne a **estructura típica de la modalidad clásica** de la apropiación indebida, tiene declarado esta Sala que la componen los siguientes elementos: a) que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro; b) que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación

condicionada de entregar o devolver, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad; c) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquél para el que fue entregada; y d) que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento (SSTS 1274/2000, de 10-7; y 797/2012, de 16-10).

Por último, en lo que se refiere al elemento subjetivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia considera que en la apropiación indebida clásica se requiere que el autor actúe con "*animus rem sibi habendi*", que se viene entendiendo como el ánimo de disponer de la cosa como propia o ánimo apropiatorio, esto es, disponiendo como auténtico dueño». (F. J. 1º)

Indemnización por ejecución provisional de sentencia civil. No delito.

Recurso: Casación nº 1394/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 384/2013 de fecha 30/04/2013

«3. Pues bien, en el **caso que ahora se juzga** el acusado recibió el dinero por un título que no le limitaba la disposición del mismo por tener la obligación de dejarlo afectado o adscrito a un fin concreto. De modo que no se trataba de un caso en el que por no ser definitiva la entrega de ese dinero estuviera obligado a guardarlo a disposición de la entidad aseguradora para el supuesto de que la sentencia de apelación resultara contraria al acusado y favorable para la entidad demandada recurrente en vía civil, como finalmente acabó sucediendo. El acusado sí tenía la obligación de entregar una cantidad de dinero igual a la recibida en el caso de que la Audiencia Provincial revocara la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimara íntegramente el recurso, pero ello no significa que mientras ello estuviera pendiente el título por el que se le entregó el dinero le obligara a no utilizarlo y a dejarlo adscrito a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación, ya que el dinero no tenía un destino previo específicamente asignado.

Siendo así, deviene incuestionable que no se está ante uno de los títulos que fundamenta la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida, sino que sucede en este caso como con aquellos títulos mediante los que se entrega el dinero sin limitación alguna a quien lo recibe, para que este la emplee como estime oportuno, como serían los casos del préstamo mutuo, del depósito irregular, de la donación o la dación en pago que cita la jurisprudencia anteriormente reseñada. El acusado tenía derecho a disponer de la suma indemnizatoria recibida como consecuencia del siniestro de tráfico del que fue víctima, sin perjuicio de que en un futuro tuviera que abonar a la compañía aseguradora la misma cantidad en el caso de que la Audiencia estimara íntegramente el recurso de apelación, hipótesis que acabó materializándose en la práctica.

(...)

Por consiguiente, la Ley Procesal Civil deja claro en su exposición de motivos la disponibilidad por parte del ejecutante provisional del dinero que se le pueda asignar en una indemnización concedida en una sentencia de primera instancia pendiente de un recurso de apelación, disponibilidad que no queda limitada por el hecho de que la sentencia no sea firme, sin perjuicio, claro está, de que si después se revoca el ejecutante tenga que aportar el dinero en que se haya reducido la indemnización.

Y así queda refrendado también en las normas de la Ley de Enjuiciamiento. En concreto en los arts. 526 y ss. se dispone que quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional, excepto en los supuestos en los que lo excluye específicamente la Ley, entre los que no se hallan las indemnizaciones por accidentes de tráfico. Y si la condena fuere dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

Por lo demás, esta Sala en un supuesto de la misma naturaleza y contenido que el ahora enjuiciado también ha entendido que el hecho de que estuviera pendiente un recurso de apelación no impedía al ejecutante provisional, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, disponer de la suma dineraria, al no estar obligado a dejarla adscrita a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación.

En efecto, en la sentencia 727/2009, de 29 de junio, se dirimió la posible aplicación del delito de apropiación indebida a un caso de ejecución provisional de una sentencia civil en la que el favorecido por la cantidad anticipada como ejecución provisional no la había devuelto después a la entidad ejecutada cuando fue desestimada finalmente la demanda. Y esta Sala argumentó para descartar la subsunción de la conducta en el art. 252 del C. Penal que la ejecución provisional de una sentencia civil (arts. 524 y ss. LEC) implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que el dinero entregado en méritos de dicha ejecución, tenga —en el momento de recibirse— un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito el contrato de préstamo —en el que la obligación de devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento—, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la ejecución provisional de la sentencia civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha sentencia es revocada. A este respecto, es de interés recordar —termina diciendo la STS 727/2009— que la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de un precepto similar al art. 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al art. 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que se establece una particular reenvío al delito de apropiación indebida.

En consecuencia, al no hallarnos en el caso que ahora se juzga ante un título que produzca la obligación de devolver o reintegrar el dinero sin poder disponer de él mientras que no se decide definitivamente sobre si la sentencia recurrida se ajusta a derecho, es claro que no concurre el elemento objetivo del delito de apropiación indebida referente a la existencia de uno de los títulos que determinan la aplicación del tipo penal.

En vista de lo cual, ha de estimarse el tercer motivo del recurso de casación y anularse la condena recurrida, sin necesidad de entrar ya a resolver el segundo motivo, relativo a la fundamentación de la sentencia y de la pena, declarándose además de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.)». (F. J. 2º)

Posibilidad de comisión por cónyuge respecto a bienes gananciales.

Recurso: Casación nº 392/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 100/2013 de fecha 14/02/2013

«2. En el caso, el Tribunal ha declarado probado que el recurrente extrajo determinadas cantidades de cuentas corrientes de titularidad de ambos cónyuges, haciéndolas suyas. Y que lo hizo pocas fechas después de que se iniciara la separación de hecho entre ambos cónyuges y luego de obligar a su esposa a abandonar el domicilio conyugal.

La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que es posible la existencia de un delito de apropiación indebida en el marco de una sociedad matrimonial de gananciales, desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, en el que se acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absoluta del art. 268 del Código Penal».

La STS nº 1013/2005, subsiguiente al señalado Pleno, señaló que *“La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de acuerdo al art. 1347 del Código civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344) (STS, Sala I, 12.6.1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts 1362 y ss. del CC. las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código civil”.*

Por lo tanto, se entiende que respecto a los bienes integrados en la sociedad de gananciales ambos cónyuges tienen facultades de administración en la forma, con las limitaciones, con las facultades, y para las finalidades establecidas en el Código Civil, en el que se prevé expresamente que los actos de disposición a título oneroso requerirán el consentimiento de ambos (artículo 1377 Código Civil).

Ninguna de esas normas permiten a uno de los cónyuges hacer exclusivamente suyos los bienes gananciales, en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge. Como se afirma en la sentencia citada, en un supuesto similar, *“La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge”*. Todo ello, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal que la excluye en los supuestos de cónyuges separados de hecho.

En cuanto a la necesidad de una previa liquidación, la jurisprudencia la ha admitido en aquellos casos en los que las circunstancias la hicieran necesaria. Pero de la sentencia impugnada se desprende que, partiendo de que todos los bienes corresponden a la sociedad de gananciales y que a su disolución se repartirían por mitad entre ambos cónyuges, no se ha realizado ni intentado ningún acto de compensación que pudiera conducir a atribuir al recurrente la titularidad exclusiva de las cantidades de las que dispuso.

3. Cuestiona el recurrente la existencia de dolo y de ánimo de lucro. Respecto del primero, es claro que el recurrente sabía que las cantidades que retiró e hizo suyas se encontraban en cuentas corrientes de la titularidad compartida, por lo que no se trataba de bienes privativos. Tampoco consta en la sentencia ningún elemento probatorio encaminado a acreditar esa condición. La afirmación según la cual creía que podía disponer como lo hizo no tiene más apoyo que su misma formulación». (F. J. 1º)

Tipicidad: acuerdo transaccional.

Recurso: Casación nº 1406/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 380/2013 de fecha 26/04/2013

«Ciertamente, el Tribunal sentenciador considera válido el acuerdo transaccional, pero lo que hace realmente es limitar los efectos de esa validez. De modo que da por abonada o saldada la suma de 37.000 euros, pero no considera abonado el resto, ni tampoco otorga eficacia a la renuncia de las acciones civiles.

Esa eficacia parcial, de consecuencias específicas en el ámbito de la responsabilidad civil, se ajusta a las condiciones y contexto en que se celebró el contrato, pues resulta claro que, como no podía ser menos, el querellante no estaba dispuesto a condonar voluntariamente el resto de la deuda del acusado, ya que no constan razones para ello. Y así lo viene a decir la propia sentencia, cuando afirma

que la víctima aceptó el pago parcial de la deuda como un mal menor. Ello significa, ni más ni menos, que, ante la posibilidad de no recuperar cantidad alguna de la que faltaba por pagar, el querellante se conformó con recibir nada más que una parte de la indemnización derivada de la conducta delictiva, quedando así privado de otra parte relevante del valor del oro que había depositado en poder del acusado. Pues si este recibió, cuando menos, 55.000 euros cuando malvendió los 3.045 gramos de oro no recuperados, es claro que el acusado se vio privado de una suma importante de dinero, toda vez que solo percibió del acusado mediante el documento transaccional 37.000 euros.

Así las cosas, no puede cuestionarse la ineficacia de esa renuncia declarada por la Audiencia, pues todo contrato o negocio jurídico requiere una causa lícita (art. 1261.3º y 1274 del C. Civil), y aquí no concurre causa alguna para que el querellante haya renunciado gratuitamente a una suma importante de dinero sin contraprestación alguna. La única razón que explica la renuncia a ese dinero es la condición impuesta por el acusado, en el sentido de que si no renunciaba no percibiría dinero alguno. Y tal condición no puede considerarse como causa de la renuncia plasmada en el contrato transaccional, por lo que resulta jurídicamente razonable y ajustado a derecho que la Audiencia, aunque no lo haya argumentado con la hondura y explicitud necesarias, no le otorgara eficacia que postula la defensa, dado que el art. 1275 del C. Civil preceptúa que los contratos sin causa no producen efecto alguno. Norma que, aplicada al presente caso, justifica la ineficacia del apartado del acuerdo transaccional en el que el querellante renuncia a percibir una parte importante del valor del oro que había entregado en depósito al acusado y a las acciones civiles correspondientes.

Pero es más, en el acuerdo transaccional, en el que el acusado se compromete a colaborar con el querellante en una posible reclamación contra la casa de compraventa que adquirió a un precio inferior al del mercado el oro no recuperado, se reseñó como casa de compraventa un establecimiento que no era el adquirente de las láminas de oro, y así se refleja en el “*factum*” de la sentencia recurrida. Esta inveracidad sobre un dato relevante del acuerdo de transacción constata un proceder doloso del acusado que, al mismo tiempo que descubre sus intenciones reales, vicia en cierta medida el consentimiento prestado por el querellante en el documento (arts. 1265 y 1269 del C. Civil), tal como aduce la parte recurrida en sus alegaciones impugnatorias del recurso de casación.

Por consiguiente, la ineficacia del contrato que se deriva de la sentencia recurrida se ajusta a derecho, lo que determina la desestimación del motivo segundo». (F. J. 2º)

ASESINATO.

Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

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

Como antes apuntábamos, se aprecia la alevosía cuando, aun mediando entre los implicados algún tipo de desavenencia o conflicto, el carácter de éste experimenta una radical inflexión debida al inopinado y drástico cambio en la actividad de uno de ellos, que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma en perjuicio del otro (STS de 25 de octubre de 2006). En este sentido se pronunciaban las ya antiguas SSTS de 23 de diciembre de 1998 y de 12 de julio de 2002, que compatibilizaban la discusión previa y la violencia verbalizada con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente oral, se deslice hacia una agresión desproporcionada que la coja por sorpresa«». (F. J. 2º)

ATENUANTES.

Arrebató: el desafecto marital no es estímulo.

Recurso: Casación nº 10955/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 355/2013 de fecha 03/05/2013

«Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es

algo absolutamente discordante por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" (STS núm. 256/02 de 13 de febrero).

Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos sí próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (SSTS 1110/96 de 20.12, 1479/99 de 18.10).

En este sentido la STS 25 de julio de 2000 es esclarecedora en una situación similar, al señalar: *«El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación»*. **Lo que es aplicable, en el caso actual, al deseo compulsivo de reanudar o mantener forzosamente una relación que la parte agredida desea finalizar.** (F. J. 7º)

Conforme a la doctrina expuesta el motivo ha de desestimarse. Tal y como razona la sentencia recurrida en su fundamento de derecho cuarto, el hecho de que el recurrente no aceptara que su mujer decidiera separarse de él, y ello le llevara a ser posesivo, y finalmente a reaccionar de forma irascible y violenta, en los dos momentos en los que cometió las agresiones sexuales, no justifica su conducta, ni siquiera de forma parcial». (F. J. 8º)

Atenuante analógica (art. 21.7ª CP): trastorno de personalidad de carácter fóbico "por evitación".

Recurso: Casación nº 1461/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 342/2013 de fecha 17/04/2013

«La Audiencia no se aparta del dictamen facultativo que reflejó el desequilibrio psíquico que padece el acusado. Acepta el trastorno de la personalidad y el carácter fóbico de sus relaciones con terceros. No ha existido, por tanto, un apartamiento arbitrario e injustificado del perfil psicológico ofrecido por el especialista.

Del mismo modo, la catalogación de ese trastorno de la personalidad como integrable en la atenuante analógica del art. 21.7 del CP, se ajusta al criterio de esta Sala. Hemos dicho que, con carácter general, los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no deben dar lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y sólo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido (cfr. SSTS 1692/2002, 14 de octubre y 696/2004, 27 de mayo, entre otras muchas).

Todo indica que el repliegue personal, el retraimiento o la inhibición social que están en la base de todo trastorno de la personalidad por evitación, ha sido

correctamente subsumido en el art. 21.7 del CP. Procede, en consecuencia, la desestimación de los motivos noveno y duodécimo, en lo referido a la alegada limitación de la imputabilidad (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim)». (F. J. 7º)

Confesión: apreciación para el testigo que reconoce su participación en los hechos ofreciendo datos relevantes para la investigación.

Recurso: Casación nº 10889/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 25/2013 de fecha 16/01/2013

«En efecto, quien declara como testigo es llamado al proceso penal –con independencia de la fase en que aquél se encuentre- con un estatuto jurídico que le convierte en tercero ajeno al hecho criminal descubierto, aunque con capacidad para suministrar datos de interés para su investigación o enjuiciamiento. La citación en tal concepto permite una conclusión segura, a saber, que la policía o el Juez de instrucción no consideran al declarante como parte pasiva del proceso y, por tanto, que el hecho que está siendo objeto de esclarecimiento no puede ser atribuido a quien es invitado a declarar y asume el deber legal de decir verdad. Esta idea permite excluir la línea argumental del recurrente cuando alega que la falta del requisito cronológico, referido al conocimiento de que la investigación ya se había iniciado contra el confesante, impediría la apreciación de la atenuante. Antes al contrario, quien ofreció a la Policía todos los datos que permitieron el descubrimiento del cadáver, contaba a su favor con la seguridad que le daba el conocimiento de que él estaba siendo tratado como un tercero ajeno a cualquier imputación. Por definición, el procedimiento nunca se dirige contra un testigo. De ahí que ningún obstáculo detecte la Sala para ver colmado el primero de los requisitos exigidos por el art. 21.4 del CP.

La acusación también estima que la finalidad de Jonathan no fue otra que la de obtener una rebaja de pena. Tampoco ahora podemos identificarnos con esta idea. Desaparecida la histórica exigencia de que el culpable actuara “...a impulsos de arrepentimiento espontáneo” (art. 9.9 CP 1973), parece evidente que lo decisivo para la apreciación de la atenuante hay que situarlo, no tanto en el móvil que filtra la autodenuncia, cuanto en la utilidad de los datos aportados para la investigación. La perspectiva de obtención de una rebaja de pena es a estos efectos tan legítima como el deseo de tranquilizar la conciencia o la finalidad de garantizar la propia seguridad frente al temor que inspiran otros coimputados. Con arreglo a este enfoque, es evidente que cuando Jonathan, todavía declarando como testigo, “se derrumba” y ofrece los datos indispensables para la localización del cadáver y para la ulterior práctica de la autopsia, proporcionó a los agentes de policía elementos decisivos para el esclarecimiento del hecho». (F. J. 3º)

Dilaciones indebidas. Atenuante muy cualificada.

Recurso: Casación nº 10989/2012 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 416/2013 de fecha 26/04/2013

«4. Establecido lo anterior, y siendo claro que se está ante una paralización indebida del proceso, debe ahora dirimirse si se computa como una dilación subsumible en una mera atenuante simple o en una **atenuante muy cualificada**.

Pues bien, desde la perspectiva del derecho fundamental a celebrar el proceso en un plazo razonable, se considera que el tiempo transcurrido entre la llegada a España de la acusada y la celebración del juicio ha sido de cinco años y diez meses, ya que la vista oral del juicio se celebró el 21 de diciembre de 2011. Y si atendemos a la fecha de la segunda sentencia dictada por la Audiencia Nacional que ahora se recurre, datada en 19 de julio de 2012, han transcurrido más de seis años desde que se pudo reiniciar la tramitación de la causa en el año 2006.

Ese plazo es claro que no resulta razonable. Y, en principio, habría que hablar únicamente de la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad básica, pues si bien se trata de un periodo extraordinario para celebrar un juicio de escasa complejidad, ya que los hechos consistieron en dos atracos en sucursales bancarias, no se está en cambio ante un periodo especialmente extraordinario que permita que opere la atenuante como muy cualificada.

Para apreciarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (SSTS 739/2011, de 14-7; y 484/2012, de 12-6).

En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

Ahora bien, aunque la jurisprudencia se haya manifestado en el sentido de que el periodo global de duración de un proceso ha de ser especialmente extraordinario para que se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, también tiene establecido que en supuestos de procesos cuya duración no alcance los siete años cabe la aplicación de la atenuante como muy cualificada cuando se compruebe que concurrieron varias paralizaciones de la causa alguna de las cuales superó el tiempo de un año. De modo que se legitima la cualificación de la atenuante no solo atendiendo al plazo total de tramitación de un proceso (criterio del plazo razonable), sino también cuando sin ser este de una duración singularmente extraordinaria, sí concurren dilaciones concretas que comprenden un periodo importante en concepto de paralización.

Y así, en la sentencia 658/2005, de 20 de mayo, aunque el periodo de duración del proceso en la primera instancia no alcanzó los cinco años, se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada debido a que la causa

estuvo paralizada en exceso en la Audiencia Provincial, transcurriendo casi tres años entre la fecha de remisión y la celebración del juicio. Siguiendo la misma pauta interpretativa, en la sentencia 630/2007, de 6 de julio, se estimó que una paralización de casi cuatro años en la fase de juicio oral se hacía acreedora a la aplicación de la atenuante como muy cualificada aunque la duración total del procedimiento no fuera especialmente extraordinaria. Y en la sentencia 484/2012, de 12 de junio, en una causa con un periodo total de tramitación que no alcanzó los seis años, se estimó que la existencia de varios periodos de paralización, uno de ellos superior a un año, justificaba la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

Pues bien, ello es lo que sucede precisamente en el presente caso, toda vez que aunque la tramitación del proceso con respecto a la acusada tardó aproximadamente unos seis años, sin embargo, la causa estuvo paralizada sin responsabilidad de la recurrente por un periodo superior a los cuatro años, tiempo que se considera suficientemente dilatado para considerar que se trata de una paralización tan grave que justifica la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

Ello comporta, pues, la estimación del motivo del recurso y el establecimiento de una nueva pena que se fijará en la segunda sentencia». (F. J. 1º)

Ludopatía: doctrina.

Recurso: Casación nº 846/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 52/2013 de fecha 04/02/2013

«Como señala la STS 659/2003, de 9 de mayo, la ludopatía, o adicción al juego, puede considerarse una dependencia síquica que, cuando es grave y determina de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego, puede permitir la apreciación de una atenuante analógica del art 21.6º (hoy 21.7º) en relación con el 21.2º, por tener análoga significación que otras adicciones graves prevenidas como atenuantes en el citado párrafo segundo del art. 21 del Código Penal.

Cuando es leve, y en consecuencia fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el Legislador ha establecido claramente en el art 21. 2º que las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de atenuación. Si esto es así incluso en casos de adicciones que crean dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia síquica como ocurre con la adicción al juego.

Solo en supuestos de excepcional gravedad puede llegar a plantearse la eventual apreciación de una eximente, completa o incompleta, cuando pericialmente se acredite fuera de toda duda una anulación absoluta o cuasi-absoluta de la

capacidad de raciocinio o voluntad del acusado. **Pero solamente respecto de acciones temporalmente inmediatas al momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad del agente en torno al acto concreto de jugar, y no respecto de otros actos más lejanos, que requieren cuidadosa planificación, como los realizados en el caso actual, en los que la adicción, (caso de concurrir, que no se ha acreditado) actuaría sólo como impulso organizado (racional y dominable) para lograr el futuro placer del juego (SSTS de 27 de julio de 1998, 15 de noviembre de 1999, núm. 262/2001, de 23 de febrero, 1948/2001, de 29 de octubre, 426/2002, de 11 de marzo, 1842/2002, de 12 de noviembre, 1938/2002, de 19 de noviembre, 1224/2006, 7 de diciembre, o 365/2012, de 15 de Mayo, entre las mas recientes)». (F. J. 3º)**

Ludopatía y otros trastornos de impulsividad.

Recurso: Casación nº 2361/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 827/2012 de fecha 24/10/2012

«Además, el tratamiento de la ludopatía como simple atenuante analógica ha sido reconocido por esta misma Sala en distintas resoluciones, de las que las SSTS 1842/2002, 12 de noviembre, 659/2003, 9 de mayo y 1224/2006, 7 de diciembre, son claros exponentes. Lo mismo puede decirse respecto de los trastornos de impulsividad, que alguno de los precedentes de esta Sala ha llegado a calificar más que como verdadera patología, como un defecto social de comportamiento que, lejos de exculpar, suscita el reproche (cfr. STS 1170/2009, 25 de noviembre)». (F. J. 5º)

AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE.

Diferencias.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«2. Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en

lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3ª CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral». (F. J. 10º)

AUTORÍA.

Coautoría. Asesinato. Cooperación: comisión por omisión.

Recurso: Casación nº 11652/2011 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido y Tourón

Sentencia: nº 760/2012 de fecha 16/10/2012

«Como señala la STS 1166/2002, de 24 de junio, la doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1177 / 98, 14 de abril de 1999, núm. 573 / 1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263 / 2000,

11 de septiembre de 2000, núm. 1240 / 2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486 / 2000, entre otras), establece que la definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como "*realización conjunta del hecho*" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. **No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.**

En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo como la realizada en el caso actual por el recurrente que aún cuando no materializó de manera directa y personal las maniobras de asfixia realizadas contra las víctimas, si se integró desde el primer momento en el plan común realizando las acciones necesarias para dejar a las víctimas sometidas a la acción de quien materializó la acción final homicida, atando a una de ellas y vigilándola mientras el otro condenado maltrataba y asfixiaba a la otra y poniendo al maniatado a disposición de quien iba a culminar la acción homicida sobre el mismo.

El encuadre de dicha conducta en la cooperación necesaria y no en la coautoría en sentido propio, que en cualquier caso están asimiladas punitivamente, se justifica por el carácter subordinado del partícipe respecto de la acción del autor. Consta en el caso actual que el recurrente realizó una aportación causal decisiva, pues su apoyo y cooperación era absolutamente necesario para la realización del conjunto del asalto, que requería una participación plural. Pero, en cualquier caso, su intervención en la acción concreta de la agresión homicida es secundaria respecto del autor directo, por lo que su condena como partícipe es correcta. (F. J. 8º)

Adicionalmente, el recurrente es asimismo responsable de la agresión por omisión, al no haberla impedido cuando estaba obligado a hacerlo. Conforme a lo prevenido en el apartado b) del art 11 del CP 95, se equiparará la omisión a la acción "cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Pues bien no ha de olvidarse que fue el recurrente, quien ató las muñecas y los tobillos a una de las víctimas (Felipe) para que pudiese mas fácilmente ser maltratada por el otro acusado, sabiendo que contribuía de modo muy relevante a crear un elevado riesgo para la vida de la víctima.

Asimismo fue el recurrente el que vigiló a Felipe compañero sentimental de la otra víctima (Stela) y propietario de la vivienda, impidiendo que pudiese acudir en su auxilio mientras era maltratada y finalmente asfixiada.

Son acciones conscientes y voluntarias que creaban un riesgo manifiesto para la supervivencia de las víctimas, por lo que, conforme a lo prevenido en el art 11 b) del CP 95, al recurrente le incumbía un específico deber jurídico de evitar la pérdida de esas vidas, que él mismo, con su actuación, contribuía a poner en peligro. Deber jurídico de mayor relevancia que el atribuible a un extraño, y que justifica que, al permitir con su omisión la agresión mortal, pese a escuchar los reiterados lamentos y peticiones de auxilio de las víctimas, deba ser considerado como partícipe y co-responsable de los asesinatos cometidos». (F. J. 9º)

Coautoría. Dominio funcional del hecho. Doctrina.

Recurso: Casación nº 11898/2011 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1045/2012 de fecha 27/12/2012

«La jurisprudencia de esta Sala, sobre la coautoría por dominio funcional del hecho puede sintetizarse, a tenor de las resoluciones dictadas (529/2005, de 27-4; 1049/2005, de 20-9, 1315/2005, de 10-11; 371/2006, de 27-III; 497/2006, de 3-V; 1032/2006, de 25-10; 434/2007 de 16-5; 258/2007, de 19-7; 120/2008, de 27-2; y 16/2009, de 27-1), en los siguientes apartados:

1) La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

2) La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hechos demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

3) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a

la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado.

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que se éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho que a todos pertenezca.

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen». (F. J. 2º)

Comisión por omisión (art. 11 CP): doctrina.

Recurso: Casación nº 1148/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 325/2013 de fecha 02/04/2013

«2. Según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10-3; 37/2006, de 25-1; 213/2007, de 15-3; y 64/2012, de 27-1) para que proceda aplicar la **cláusula omisiva del art. 11 del C. Penal**, en este caso en relación con el art. 173.1 del mismo texto legal, se requieren los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.

b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 del C. Penal exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación.

c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.

d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.

e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Se dice en relación con esta cuestión concreta que la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría —con la autoría material y con la cooperación necesaria— como en el grado de la equivalencia con la complicidad.

Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.

Y en lo que respecta al elemento subjetivo del dolo, se precisa que en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. En los delitos de omisión el dolo se debe apreciar pues cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado (SSTS 1061/2009, de 26-10; y 358/2010, de 4-3)». (F. J. 2º)

BLANQUEO DE CAPITALS.

Cuota defraudada a la Hacienda Pública y objeto material del delito de blanqueo. Polémica doctrinal.

Recurso: Casación nº 2216/2011
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 974/2012 de fecha 05/12/2012

«El motivo quinto por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 por indebida aplicación del art. 301 CP.

Se sostiene en el motivo que el delito fiscal previsto en el art. 305 no puede ser delito antecedente del de blanqueo de capitales porque la cuota tributaria no tiene procedencia u origen delictivo o ilícito.

Previamente es conveniente señalar que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la posibilidad de considerar el delito fiscal como delito previo del blanqueo. Si se ha abordado el problema de la compatibilidad entre ambos delitos por las ganancias blanqueadas no declaradas a la agencia tributaria. La STS. 152/2007 admite el concurso real de delitos entre el de blanqueo derivado del tráfico de drogas y de contra la Hacienda Pública por tratarse de acciones distintas que afectan a bienes jurídicos claramente diferenciados. Así, las SSTS de 7-12-96 .caso Nécora- y 21-12-99 –caso Roldán- han apreciado la concurrencia de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, y que sostienen la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear un barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las

sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellas pudieran generar.

No habrá sin embargo concurso real de delitos y sí un concurso de normas del art. 8.4 CP, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los ingresos que den lugar al delito fiscal procedan del blanqueo de modo directo e inmediato; b) que el blanqueo sea objeto de condena; y c) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias objeto del blanqueo o la condena a devolverlas como responsabilidad civil.

Si concurren estos requisitos el delito de blanqueo absorbe al delito fiscal y hay concurso de normas (SSTS. 20/2001 de 18.3, 769/2008 de 3.10). Esta sentencia parece estar en la línea de la reforma del art. 301.1 CP por LO. 5/2010 que después de decir “sabiendo que estos (bienes) tienen su origen en una actividad delictiva” (ya no “en un delito”, porque no es necesario que haya recaído condena en el delito antecedente), añade “cometida por él o por cualquier tercera persona”, lo que indica que el delito de blanqueo se sanciona también –en concurso real- cuando el autor lo es a la vez del delito antecedente.

Esta doctrina que se refiere al caso de bienes blanqueados –por proceder del tráfico de drogas u otro delito- que después no se declaran a Hacienda, se puede cuestionar si se considera aplicable al supuesto inverso, bienes que tienen su origen en un delito contra la Hacienda Pública que, después, se blanquean.

Existe en la actualidad una polémica en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional; acerca de la posibilidad de que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales.

Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión:

1) La que considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse procedente o de origen delictivo grave constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo.

2) La posición que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina los fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.

De acuerdo con la Ley 58/2003 de 17.12, General Tributaria, la aplicación de los tributos origina una relación jurídica tributaria consistente en el “computo de obligaciones y deberes, derechos y potestades” de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y también para la Administración (art. 17 LGT). Según esta Ley “la obligación tributaria principal tiene por objeto el

pago de la cuota tributaria" (art. 19 LGT). La realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir general la obligación de pago de una cantidad de dinero. Lo que se debate es si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de blanqueo.

Los argumentos contrarios, como ya hemos apuntado, pueden sistematizarse en:

1) Argumento relacionado con el objeto material: la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal, y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan su origen en el mismo.

Estas expresiones sirven a parte de la doctrina a entender que el dinero negro o B no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito. El objeto material del delito de blanqueo está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz, exige una relación causal, del delito previo. El hecho de que traen causa los bienes debe ser típico y antijurídico. No puede apreciarse delito de blanqueo cuando el origen de fondos es conocidamente lícito, aunque en su ocultación se hayan utilizados medios típicos para el blanqueo.

Otros autores consideran que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión y no puede ser delito previo del blanqueo aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). No cabe, en este ámbito recurrir a una eventual causalidad hipotética en el sentido de considerar ilícita la ganancia por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un impuesto) la parte de patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo.

Se dice que una cosa es un incremento ilícito de patrimonio y otra que éste no disminuya por razón del incumplimiento de una obligación legal. No es posible imputar la ganancia a la omisión (ilícita) cuando natural u antológicamente puede hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene por causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ello, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago de un tributo. Ello podía dar lugar al delito fiscal (agravado, en su caso, por la interposición de personas) o incluso, al de alzamiento de bienes, cuando las maniobras de ocultación tienen como finalidad evitar la responsabilidad que en su caso pueda declararse por el delito fiscal.

2) Argumento relacionado con la conducta típica. La vulneración del principio non bis in idem.

Se afirma que al menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el dinero a la Hacienda Pública, algo tiene que hacer con el dinero no

declarado, o lo transmite, o lo convierte u “oculta su ubicación, conductas previstas en el delito del art. 301-, es decir, parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar e ingresar en las arcas del Estado, el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativo tributaria, se lo gasta en otros menesteres. En definitiva no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya encajan en el tipo art. 305 CP, y que pueden ser castigadas con penas de hasta 5 años prisión y multa del séxtuplo de lo defraudado.

3) Argumento político criminal. El delito de blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado...), y se ha convertido en instrumento de control y recaudación fiscal. Esto, según este sector doctrinal, supone un entendimiento político criminal del delito “Incoherente y técnicamente inconsistente” y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación. Se alega también el error que supone asignar al delito de blanqueo la finalidad de evitar que el delincuente se benefició del botín, pus ello supone una “clara confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del blanqueo y la del comiso de ganancias cuya significación y mecánica son radicalmente distintas.

-La postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo parte de una premisa básica cual es que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada.

El delito de tráfico de drogas está en el origen histórico del blanqueo en la legislación penal española, y tradicionalmente se ha considerado que el bien objeto del blanqueo es distinto del bien objeto del tráfico de drogas, que son, precisamente, esas sustancias (SSTS. 1070/2003 de 22.7, 1426/2005 de 3.12).

En la actualidad, superado todo límite respecto a la naturaleza del delito antecedente, no puede consentirse que esa lógica diferenciación entre el objeto del tráfico de drogas y el objeto del blanqueo, se extrapole para dejar impunes blanqueos de ganancias de un delito anterior cuyo objeto era también patrimonial.

Por tanto, el primer problema es determinar el concepto de esos “bienes”.

Los convenios internacionales diferencian entre “bien” y “producto”.

Así los dos Convenios del Consejo de Europa relativas al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito firmados en Estrasburgo en 1990 y en Varsovia en 2005 (ésta última referida también a la financiación del terrorismo) al definir el blanqueo (artículo 6 del Convenio de 1990 y artículo 9 del Convenio de Varsovia) se refieren a blanquear “bienes que son producto del delito anterior” (“biens” y “produits” en la traducción francesa y “property” y “proceeds” en la traducción inglesa). Al ratificar España esos Convenios se recoge que el blanqueo se produce sobre “bienes” cuyo origen es un “producto” del delito.

La definición de bienes y productos en ambos textos está contenida en el artículo 1:

“A los efectos del presente Convenio:

a) Por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo,

b) Por «bienes» se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes,”

De la misma forma la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas dice en su artículo 1:

“P) por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito típico de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

Q) por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos “.

Igualmente el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo) dice:

“d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos

e) Por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”

Pues bien, en la legislación nacional el artículo 301 habla de “bienes cuyo origen es un delito”, luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos.

Este aparente problema se reconduce, a entender que los bienes objeto del blanqueo son los “ganancias” obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el “producto” del delito antecedente y que en su naturaleza pueden ser “activos de cualquier naturaleza”.

De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las “ganancias” obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.

Por tanto son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:

1º) En caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada

No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota.

En definitiva es la cuota la que se puede lavar.

-Es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio “ne bis in idem”, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes” o bien “la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”. El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se genera al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.

Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.

De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido – fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho- es la Hacienda Pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva

exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público.

La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibile vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

Esta Sala, con las reservas que se apuntarán, se inclina por ésta última posición por las siguientes razones:

1º) En primer lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010- dice:

“a los efectos de esta Ley” se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, “con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito “grave” como antecedente de un ulterior blanqueo, desde la reforma LO. 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y en virtud de la reforma LO. 5/2010 de 22.6, el párrafo 1º del art. 301 utiliza la expresión “actividad criminal” en vez de delito, significándose en la doctrina que la

razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

Retomando la Ley de Prevención, de acuerdo con esta, la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Ley, declaró expresamente que la cuota defraudada a la hacienda Pública cuando constituye el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo, siempre que la cuota defraudada alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda Pública -120.000 E-.

No obstante la interpretación que la doctrina ha hecho de la citada Ley tampoco ha sido uniforme:

-Un sector entiende que el hecho de que el art. 1.2 de la Ley utilice la expresión “a los efectos de esta Ley...” se consideran las cuotas defraudadas a Hacienda como bienes procedentes de un delito, debe interpretarse como la clara intención del legislador de que únicamente a los efectos de la Ley de Prevención del Blanqueo y de su regulación administrativa y, por tanto, no a los efectos del Código Penal, puede considerarse que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública proceden de delitos, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal que seguiría dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales.

Esta interpretación, con todo, no resulta convincente pues precisamente el objetivo de la Ley es armonizar la definición de blanqueo que se contiene en ella con la del Derecho Penal.

-Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 y ss CP. Se trataría, por lo tanto, de una especie de interpretación auténtica que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de norma penal en blanco, cuyo elemento típico bienes que “tienen su origen” (nº 1) o “proceden” (nº 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010.

Interpretación que tampoco resulta convincente por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la reserva de Ley orgánica propia de la materia penal, que resulta necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

-Resulta por ello, razonable entender que la intención del legislador, no manifestada, no es establecer ex novo que el fraude fiscal es delito previo del

blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo.

2º) El Derecho Comparado

Un análisis de la situación jurídica en otros países permite constatar que en algunos tribunales ya se ha pronunciado a favor de admitir que el fraude fiscal constituya delito previo del blanqueo.

a) Francia.- El delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales. El CP. art. 324.1 no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (Cour de cassation), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo el autoblanqueo y que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales.

b) Bélgica.- El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2003, confirmó la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de blanqueo de capitales castigado en el artículo 505 CP. que penaliza el blanqueo, y admite que el delito fiscal es delito previo del blanqueo de capitales. Pero introduce la prohibición legal (inmunidad) de proceder penalmente cuando se trate del blanqueo de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario.

c) Alemania.-Se castiga el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal, pero con unas características especiales. Se excluye al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo, y en el apartado 3 del nº1 del párrafo 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del blanqueo de capitales procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del blanqueo de capitales las infracciones previstas en los párrafos 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en ambos casos en relación con el párrafo 12, apartado 1, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado. La norma penal alemana concreta más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 del párrafo 261 StGB que, el primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el párrafo 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos.

Por tanto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El fundamento, de acuerdo con el legislador alemán, reside en la apreciación de que, normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que

resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo

d) Italia.- La doctrina se encuentra dividida, pero la Sección 6ª de la Sala de lo Penal del Tribunal de casación, sentencia 4563/2009 de 26.11, se ha pronunciado en el sentido de que el delito de blanqueo previsto en el art. 648 bis CP. no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo. Por ello, delito previo del blanqueo pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales.

e) Portugal.- El delito de blanqueamiento se encuentra en el art. 368.1 CP, introducido por Ley 11/2004 de 27.3, y entre los delitos previos a los que alude (siguiendo el sistema de listado) está el fraude fiscal.

3º) -La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo

Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hechos en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o “procedan” de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave (el término “procedencia” se define en el diccionario de la RAE, como origen, principio de donde nace o se deriva una cosa. Están originados en un delito grave los bienes que tienen su “causa” en ella.

Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están “contaminados”. Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)- el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), -argumenta el sector doctrinal favorable- el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n° 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un

beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen —todavía— carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56

LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

En el caso presente, tal como se ha señalado en el motivo segundo, el importe de la cuantía defraudada en el delito fiscal ascendió a 9.259.373 coronas suecas (más de 1.000.000 euros), y el total blanqueado 765.744,25 euros, rechazando la sentencia que estas cantidades invertidas en España procediesen de ingresos obtenidos de la sociedad sueca. Siendo así la inferencia de que su origen estaba en la cuota tributaria defraudada es lógica y racional, dado que la conexión entre los beneficios generados por el delito fiscal y la actividad de blanqueo se deduce razonablemente, de la simultaneidad temporal entre los periodos en que se concretan el impago de los impuestos societarios y las de las operaciones de blanqueo efectuadas por el matrimonio en España, unido a que la mayor parte de la cantidad defraudada es precisamente la blanqueada y el propio sistema de canalización del dinero con sociedades interpuestas son elementos indiciarios suficientes para entender acreditada su vinculación con el previo delito fiscal y por ello, el ilícito carácter del dinero». (F. J. 37º)

Doctrina. Elementos.

Recurso: Casación nº 258/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido y Tourón

Sentencia: nº 811/2012 de fecha 30/10/2012

«Desde las iniciales sentencias sobre este tipo delictivo, núm. 649/96, de 7 de Diciembre ("Caso Nécora"), núm. 356/1998 de 15 de abril núm. 1637/2000, de 10 de enero, y núm. 2410/2001, de 18 de diciembre, entre otras, esta Sala ha recordado que el art. 546 bis f), antecedente del art 301 del CP 95, hoy reformado por las LO 15/2003, de 25 de diciembre y LO 5/2010, de 22 de junio, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la L.O. 1/88 de 24 de marzo, *"con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas"*, pretendiendo *"incriminar las conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia"*, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos de la referida Ley de 1988.

La técnica inicialmente adoptada por el Legislador fue la de adaptar el delito de receptación, que ya aparecía definido en el art. 546 bis a), a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los arts. 344 a 344 bis b), con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción ("para sí", decía el art. 546 bis a), sino

también en beneficio de un tercero y, por otro lado, podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse.

Esta voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el art 546 bis f) (Sentencias de 4 de Septiembre de 1991, 5 de Octubre de 1992, 27 de Diciembre de 1993, 16 de Junio de 1993, 21 de Septiembre de 1994 y 28 de Octubre de 1994), ofrece un criterio de amplitud en la interpretación de esta norma penal, que debe ser aplicado, en cualquier caso, dentro de los límites que impone el respeto al principio de legalidad.

Esta inicial punición del blanqueo seguía la tendencia internacional y, entre otras, las Recomendaciones del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980 y del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 1996. Asimismo, tras la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, cuyo artículo 3º imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente del narcotráfico se incorporaron los arts. 344 bis h) e i). Y, tras la Convención del Consejo de Europa de 9 de noviembre de 1990, se amplía la tipología de delitos de los que puede provenir el dinero ilícito (siguiendo asimismo la Directiva 91/308 del Consejo UE), dando lugar a los arts. 301 a 304 del Código Penal de 1995.

Con posterioridad la acción preventiva internacional contra el blanqueo de capitales (lavado de activos, en la terminología anglosajona), continuó con la Declaración política y Plan de acción contra el Blanqueo de dinero de 10 junio de 1998, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Convenio de las Naciones Unidas para la Reprensión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, la Convención de Palermo, o Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, las Recomendaciones del GAFI (grupo de acción financiera internacional), la Convención de la ONU contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 y el Convenio del Consejo de Europa (Convenio de Estrasburgo) de 16 de mayo de 2005, relativo al decomiso de los efectos del delito, entre otros.

Y en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los efectos del delito, el Reglamento 1889, relativo a los controles sobre la entrada y salida de dinero en efectivo de la Comunidad, la Directiva 2005/60/CE, sobre prevención del blanqueo, etc.

Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de derecho europeo e interno (en el ámbito interno debe destacarse entre las normas recientes la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) tienen por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero sin pretender con la punición de estas

conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquél que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma.

Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

El art. 301 CP, en su redacción anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que era la vigente cuando se cometieron los hechos ahora denunciados, describía una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo del delito:

1.- Adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave (art. 301.1 CP).

2.- Realizar actos que procuren ocultar o encubrir ese origen (núm. 1, art. 301 CP).

3.- Ayudar a quien ha realizado la infracción o delito base (que ha de ser grave) a eludir las consecuencias de sus actos (núm. 1 del artículo citado).

4.- Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita (núm. 2 del art. 301 CP).

En el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, sólo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que **basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave** (por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc.).

Así la STS núm. 1637/2000 de 10 de enero, destacó que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave». (F. J. 17º)

Prueba indiciaria

Recurso: Casación nº 258/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido y Tourón

Sentencia: nº 811/2012 de fecha 30/10/2012

«A ello debe añadirse, como reflexión criminológica y siguiendo siempre a las referida Sentencias núm. 1637/2000 de 10 de enero, y núm. 2410/2001, de 18 de diciembre, ya clásicas en el enjuiciamiento de delitos de blanqueo, que en esta clase de delitos lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan. (F. J. 18º)

Sobre el modo en que debe analizarse la prueba indiciaria en el blanqueo de capitales y los parámetros e indicios que deben ser considerados, la doctrina de esta Sala se inicia en la STS núm. 755/1997, de 23 de mayo, y se reitera en las sentencias ya clásicas núm. 356/1998, de 15 de abril, núm. 774/2001, de 9 de mayo, y núm. 2410/2001, de 18 de diciembre, que señalaba lo siguiente:

En los supuestos en que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes (art. 546 bis f, Código Penal 73; Art. 301.1.2º Código Penal 95), los indicios más determinantes han de consistir:

a) en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias;

b) en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y,

c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas. (F. J. 19ª)

En la doctrina más moderna de esta Sala se sigue el mismo criterio, reiterando por ejemplo la sentencia más reciente, núm. 578/2012, de 26 de junio, que una muy consolidada jurisprudencia (por todas, sentencias de 7 de diciembre de 1996, 23 de mayo de 1997, 15 de abril de 1998, 28 de diciembre de 1999, 10 de enero y 31 de marzo de 2000, 28 de julio, 29 de septiembre, 10 de octubre, 19 de noviembre y 18 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2003, 9 de octubre y 2 de diciembre de 2004, 19 y 21 de enero, 1 de marzo, 14 de abril, 29 de junio y 14 de septiembre de 2005, etc.) ha consagrado un triple pilar indiciario sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública:

a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.

b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos.

c) Vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes.

Que es el mismo arsenal indiciario ya señalado en la citada sentencia clásica en esta materia de 23 de mayo de 1997. (F. J. 20º)

Desarrollando este criterio inicial, la STS 801/2010, de 23 de septiembre resume la doctrina probatoria en esta materia señalando que para el enjuiciamiento de delitos de "blanqueo " de bienes de procedencia ilegal, como el presente, la prueba indiciaria, **a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo** (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007 , entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.
- f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.
- g) La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas." (SSTS 202/2006 de 2 de marzo o, 1260/2006, de 1 de diciembre, 28/2010, de 28 de enero).

Esta doctrina no puede ser entendida como una relajación de las exigencias probatorias; sino como otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento penal condenatorio. Se enlaza así con declaraciones de textos internacionales (Art. 3.3 de la Convención de Viena de 1988, art. 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo de 1990 o art. 6.2.f) de la Convención de Nueva York contra la Delincuencia Organizada Transnacional) que destacan que la lucha contra esas realidades criminológicas exige esa herramienta de valoración probatoria, que, por otra parte, es clásica y no exclusiva de esta modalidad criminal. (F. J. 21º)

En consecuencia, para resolver los motivos interpuestos por presunción de inocencia, tratándose de un delito de blanqueo, debemos atender a tres reglas básicas.

1º.- No es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo.

2º.- La prueba indiciaria constituye el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para acreditar su comisión.

3º.- Los indicios que deben concurrir son los siguientes, sin perjuicio de otros adicionales que ratifiquen la convicción:

a) El incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias;

b) La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y,

c) La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas». (F. J. 22º)

COMPETENCIA.

Concepto de pena abstracta a efectos de su determinación.

Recurso: Casación nº 1402/2012

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 947/2012 de fecha 28/11/2012

«...el concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado. Se tendría en cuenta la pena máxima que podría imponerse al sujeto enjuiciado, sin perjuicio del juego de las circunstancias atenuantes y agravantes dentro del mismo.

De ahí que deban tenerse presentes todas las situaciones en que por la mecánica dosimétrica un marco penológico resulta alterado en más o en menos.

No cabe duda que ese marco penológico se altera o puede alterarse, amén de los subtipos atenuados o agravados, con la concurrencia de situaciones previstas en los arts. 14, 62, 63, 65.3, 68, 74, etc. y dentro del art. 66 el número 2º, 4º, 5º y 7º.

Hemos de tener en consideración dos datos de indudable influencia:

a) Que cuando se atribuya una facultad optativa o potestativa al Tribunal ha de considerarse a efectos competenciales la mayor pena imponible, de las distintas posibles.

b) Que la determinación de la competencia se produciría cuando por su carácter objetivo o incontestable de antemano se conozca la concurrencia de una

condición, dato o circunstancia que determine un concreto marco penológico susceptible de ser reconocido en la decisión del Tribunal.

Si simplemente se apuntara y quedara la circunstancia o elemento en cuestión al resultado de las pruebas, lo usual es que conozca el órgano con mayor competencia, pues quien puede conocer de lo más puede conocer de lo menos.

En cualquier caso si se atribuyese tal competencia por cualquier eventualidad al Juzgado de lo Penal siempre podría remitir las actuaciones, después de iniciado el juicio, a la Audiencia funcional u objetivamente competente (art. 788.5 L.E.Cr.).

3. Descendiendo al caso concernido la pena marco susceptible de ser impuesta oscilaría entre los 2 años de prisión (si se acreditaba la concurrencia de instrumento peligroso 3 años y 6 meses) a los 7 años y 6 meses. Por tanto, la referencia legal para discernir la competencia sería la capacidad de imponer la mayor pena, en esta hipótesis de 7 años y 6 meses. El Fiscal interesa 7 años, que jamás puede imponer un Juzgado de lo Penal (arts. 14.4 y 788.5 L.R.Cr.), por lo que la competencia debe atribuirse a la Audiencia Provincial. De no hacerlo así, nunca se aplicaría la exasperación punitiva prevista en el nº 5º del art. 66 C.P., y supondría una abrogación o anulación de una previsión legal, convirtiéndose el juzgador en legislador.

Ello hace que se estime el motivo único interpuesto por el Mº Fiscal, apoyado por la defensa». (F. J. 2º)

Órgano encargado del enjuiciamiento.

Recurso: Casación nº 1476/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1034/2012 de fecha 26/12/2012

«El motivo será estimado. Las normas reguladoras del procedimiento abreviado señalan que corresponde al juez de instrucción la determinación del órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa (art. 783.2 Leecrim) y éste lo hará en función de los escritos de acusación que le han sido presentados por las partes acusadoras, acordando, si procede, la apertura del juicio oral y la determinación del órgano judicial competente. Esta regla de determinación de la competencia sólo prevé una situación de excepcionalidad, la del art. 788.5 de la misma ley, para el supuesto de que practicada la prueba y elaboradas las conclusiones definitivas de los hechos se plantee una calificación por delito respecto al que el Juzgado de lo penal no tenga competencia, en cuyo caso el juez de lo penal se declarará incompetente y remitirá las actuaciones a la Audiencia a la que corresponda el enjuiciamiento. Fuera de este supuesto, abierto el juicio oral, corresponde el enjuiciamiento al órgano judicial al que el juez de instrucción, de acuerdo con los escritos de acusación, determine en aplicación del art.14 de la Ley procesal penal.

El amparo procesal que encuentra el tribunal de instancia, arts. 52 y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 759 de la Ley de enjuiciamiento criminal, no permiten la decisión del tribunal de instancia, pues las nulidades y las previsiones de competencia no son de aplicación al supuesto de autos. La argumentación sobre la calificación errónea e irrazonable que advierte el tribunal de instancia no hace sino prejuzgar una calificación de los hechos que el tribunal no puede realizar porque no ha practicado la prueba que sobre los hechos le propone la acusación. Es una resolución que prejuzga el enjuiciamiento de los hechos y, por lo tanto, incorrecta, pues el enjuiciamiento presupone la celebración del enjuiciamiento, alegaciones y prueba sobre los hechos de la acusación.

Abierto el juicio oral, este sólo puede acabar, mediante sentencia que juzgue los hechos y esta debe ser dictada por el órgano judicial competente conforme a las reglas de determinación de la competencia, arts. 783 y art. 14 de la Ley procesal penal, atendiendo el juez de instrucción a la calificación de la acusación por delito que será necesario para determinar la competencia del órgano de enjuiciar, (En este sentido SSTS 1336/2011, de 12 de diciembre, 1351/2011, de 12 de diciembre)». (F. J. Único)

Reglas transitorias: distribución competencial entre Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal.

Recurso: Casación nº 1733/2012

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1060/2012 de fecha 27/12/2012

«La imputación de parte de los hechos objeto del proceso fija la fecha de su comisión en tiempo de vigencia del Código Penal anterior al de 1995, el cual señalaba pena de prisión menor, cuya duración alcanzaba la posibilidad de seis años de prisión.

Con posterioridad a aquella fecha se produjeron modificaciones legales tanto en el orden penal, en cuanto a la determinación de la pena, como en el procesal relativo a la competencia para el enjuiciamiento.

En cuanto a la pena a imponer, el Código Penal de 1995 supuso la eliminación de la denominada de *prisión menor* dentro de las previstas en ese cuerpo legal penal común. La posibilidad de que otras leyes hicieran referencia a la pena de prisión menor –tanto leyes penales especiales como leyes procesales– llevó a la previsión legislativa (transitoria 11ª del citado Código Penal de 1995) conforme a la cual esa referencia a penas de prisión menor en los demás textos legislativos (leyes penales especiales o procesales) se entenderá hecha a una pena privativa de libertad cuya duración máxima se entendería de tres años.

En las normas de la ley de enjuiciar criminal reguladoras de la competencia, la ley 36/1998, de 10 de noviembre fijó la competencia del Juzgado de lo Penal para conocer estableciéndola para los casos en que la pena prevista en la norma penal para el delito alcanzara hasta los *cinco años de privación de libertad*.

Transitoriamente se reguló que, aunque el hecho objeto ocurriera antes de dicha reforma, se aplicase la misma si aún no había sido abierto el juicio oral.

Pues bien la decisión de apertura de juicio oral es posterior a la entrada en vigor de aquella ley procesal de 1998. La apertura se hizo en función de la acusación por varios delitos, de los cuales tres fueron tipificados conforme al Código Penal de 1973 y dos se tipificaron conforme al Código Penal de 1995. Estos dos últimos con penas inferiores a cinco años de privación de libertad. Pero los otros tres con pena, en el citado Código Penal de 1973 de "prisión menor". (F. J. 2º)

La pena es solicitada pues, conforme a la norma del Código Penal de 1973. No, por ello, conforme a norma penal especial. La norma procesal invocada fija la pena determinante por su clase (privación de libertad) y duración (hasta cinco años) y no por el nombre de prisión menor.

No se da pues la hipótesis de la norma transitoria 11 del Código Penal de 1995 para los supuestos en que en alguna de las normas invocadas –penal especial o procesal– se utiliza la denominación prisión menor.

A ello cabe añadir el criterio constante de este Tribunal Supremo que en hipótesis semejantes, y ante la eventualidad de que la pena impuesta en el fallo pueda ser la de privación de libertad por tiempo de hasta seis años, ha declarado la competencia de la Audiencia Provincial.

Basta finalmente recordar que la competencia se determina por la pena que pueda corresponder por razón del hecho imputado, cualquiera que sea la concretamente pedida por la acusación dentro de la prevista en la norma para aquel hecho. Por otra parte la eventual aplicación del Código Penal de 1995, incluso a hechos cometidos bajo vigencia del Código Penal de 1973, es una cuestión cuya decisión corresponde a momentos ulteriores al de la fijación de la competencia.

Por todo ello, de conformidad con el criterio acertado del Ministerio Fiscal y el seguido entre otras en la STS 309/2007, debemos estimar el recurso». (F. J. 3º)

CONCURSO DE DELITOS.

Concurso ideal vs. Concurso real: doctrina.

Recurso: Casación nº 11087/2012 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 398/2013 de fecha 26/04/2013

«El concurso ideal, es una construcción delictiva que agrupa varias infracciones, bien porque para ejecutar el resultado que busca el autor se haya hecho *precisa* otra conculcación criminal, con objeto de servir de medio para su comisión, o bien cuando una sola acción infringe varios tipos penales. En consecuencia, es de dos clases: el medial o instrumental y el pluriofensivo. El primero está constituido cuando un delito sea medio necesario para cometer otro; el pluriofensivo, cuando una misma acción sea constitutiva de dos, o más, delitos.

En el concurso ideal pluriofensivo toda la problemática radica en distinguir entre la unidad o pluralidad de acciones que ocasiona la infracción.

En la jurisprudencia ha tenido mucho predicamento lo que se denomina concepto natural de acción; tal concepto, al apegarse demasiado a la realidad natural de las acciones humanas, puede desenfocar en algunos casos el problema, y a veces se llega a resultados no demasiado congruentes con la proporcionalidad del hecho y su consecuencia jurídica. Para evitar tal resultado, que iguala a quien falsifica un documento con el que lo hace, pongamos por caso, con todo un expediente (conjunto de escritos entrelazados entre sí), se ha acudido también a un concepto normativo de acción. Dicho concepto normativo (de la acción típica) atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando el agente actúa, y con tal actuar, se ocasiona el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que se produzcan en el mundo real (véase la STS de 9 de mayo de 2006).

Se ha dicho, para justificar esta teoría, que una sola acción natural, como lo es un disparo, realizado por quien conoce la potencia mortífera del arma que utiliza y que es capaz de atravesar a dos personas a la vez (que se encuentran una junto a la otra), y que produce la muerte de las dos, mediante la aplicación del concepto normativo de acción, la calificación jurídica resultante es la comisión de dos delitos (es decir, una acción natural, se convierte en dos acciones típicas: dos homicidios o asesinatos); por el contrario, diversas acciones o actos plurales (como una gran cantidad de golpes de todas clases –una paliza– contra una persona), constituyen un solo delito de lesiones (aquí, sin embargo, diversas acciones naturales, producen una sola acción típica).

En otras ocasiones, el punto de vista debe condicionarse a la teoría de la acción o la de la pena. De nuevo, tanto las aportaciones del concepto natural de la acción, como del concepto normativo de la misma, nos llevan a consecuencias diversas. Históricamente, para los causalistas, habrá tantas acciones cuantos resultados se produzcan; los finalistas, en cambio, ponen el acento en la acción, de manera que argumentan que lo que se castigan son las acciones (humanas), no los resultados, y en consecuencia, habrá tantos delitos como acciones se constaten.

La jurisprudencia ha evolucionado hacia un concepto normativo de acción, y en consecuencia entiende que la causación de dos (o más) resultados han de ser sancionados como dos acciones diversas, sancionándose como dos delitos, y esta es la posición actual. Por ejemplo, una misma bomba causante de diversas muertes, origina diversos delitos causales, como es el caso resuelto en la denominada Sentencia del 11-M (STS 50372008, de 17 de julio).

No siempre se adoptó este punto de vista. Así, la Sala consideró en el caso de una misma acción dolosa que produjo dos muertes que «cuando un solo hecho constituye dos o más delitos como sucede en el presente caso, no deben penarse éstos separadamente» -Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1872-. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1909, estableció que no se debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, por los que se había condenado a la procesada «por haberse realizado en un solo acto los

expresados delitos». Dicho de otra manera, la antigua jurisprudencia de esta Sala atendió a idénticos criterios en los delitos dolosos y en los culposos. Por el contrario, en la jurisprudencia más moderna, los precedentes no se han apartado nunca categóricamente del criterio de la unidad o pluralidad de acciones. En algunos de estos precedentes -Sentencia del TS de 17 de junio de 1988- se hace referencia a las «*acciones perfectamente diferenciadas*», sobre todo cuando se trata de acciones correspondientes a delitos en los que prácticamente no existe una distinción entre el comportamiento y sus efectos (quebrantamiento de condena, robo, depósito de armas y hurto de vehículo en la mencionada sentencia). En otros precedentes, referidos a delitos con resultado material claramente diferenciable de la acción, la Sala pareciera adoptar otro criterio, pues se sostiene que lo determinante es *la variedad de los sujetos pasivos* sobre los que recaen los efectos de la acción -Sentencia del TS de 20 de diciembre de 1988-. Consecuentemente, la Sentencia de 29 de abril de 1981, entiende que la *unidad de sujeto pasivo* de varias lesiones se debe considerar como un solo hecho (en igual sentido la antigua Sentencia de 16 de noviembre de 1889). Este criterio, sin embargo, no contradice, en principio, la tesis de la unidad o pluralidad de acciones como fundamento del concurso de delitos, dado que aplicado -sobre todo- al delito de violación, no hace otra cosa que tomar en cuenta la reiteración del ataque a una diversidad de sujetos atacados, para deducir de ello la existencia de otras tantas decisiones independientes del autor de realizar el tipo penal. Dicho de otra manera: *la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales*. En otras ocasiones, la jurisprudencia ha hecho referencia a los *bienes jurídicos protegidos*. Así, por ejemplo lo sugiere la Sentencia del TS de 14 de marzo de 1988, en la que se sostiene, sin mencionar la independencia de las acciones ejecutadas por el autor, que la acción de presentar juntamente al cobro dos talones en los que previamente se falsificó la firma del titular «incide en el delito de falsificación de documentos mercantiles por un lado y en el de estafa por otro en cuanto cada uno ofende bienes jurídicos distintos». Este criterio ha sido también frecuentemente utilizado por la Sala, pero para excluir al concurso de normas (o aparente) entre el art. 344 del Código Penal de 1973 y los delitos de contrabando.

De modo que como se lee igualmente en la STS de 23 de abril de 1992, el criterio de la unidad y pluralidad de acciones, se ratificó en la Sentencia de 15 de marzo de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción afirmando que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito (...) se trata de una modalidad o subforma de concurso real» (...). *La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado*. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues «el delito -decía ya en los primeros años de este siglo quien puede ser considerado uno de los padres de la dogmática penal moderna- es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano». *Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma, el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones*. El punto de vista contrario, defendido ocasionalmente en el siglo XIX, antes de 1880, bajo el influjo acentuado del principio de causalidad, se fundamentaba en la concepción del delito como causalidad: la acción, se decía aisladamente, es causalidad, varios

resultados requieren plurales causalidades, por lo tanto, existen varias acciones cuando se dan varios resultados. Tal criterio no mereció aprobación de parte de la teoría.

La STS 861/1997, de 11 de junio reitera este punto de vista.

Consecuentemente, en el caso enjuiciado, no estamos en presencia de una sola acción –en sentido jurídico– que produce varios resultados, sino dos acciones diversas que ocasionan un concurso real de delitos como acertadamente fue calificado por la Audiencia de instancia y claro es que la primera acción no era medio necesario para la segunda. Por un lado, el hecho de prender fuego al colchón es ya constitutivo de un delito de incendio, la acción de atrancar la puerta para impedir la salida a la víctima, y asegurar la muerte de ésta, entra en el estadio de un delito de homicidio, que en el caso se frustró ante la presencia de la policía y los gritos de los vecinos. La conclusión aplicativa de un concurso real de delitos no ha infringido la ley penal». (F. J. 3º)

CONCURSO DE NORMAS.

Daños terroristas y tenencia de explosivos: supuestos.

Recurso: Casación nº 1107/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 175/2013 de fecha 12/03/2013

«1) Conforme hemos dicho en STS. 304/2012 de 24.4, el tipo penal del art. 568 CP. contempla dentro de su ámbito tanto el depósito como la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, así como de sus componentes. El bien jurídico, según la doctrina, dada la ubicación del precepto genérico, lo constituye la seguridad pública, en cuanto se proyecta sobre los riesgos para los bienes, vida e integridad personal, el patrimonio y el orden público, consistiendo el elemento subjetivo en que el autor haya tenido conocimiento de que la tenencia de las sustancias descritas en el tipo penal suponga un riesgo prohibido (STS 601/2002, de 8.3). Se trata, por tanto, de un delito formal o de simple actividad, de peligro abstracto y de comisión únicamente dolosa, y que no requiere para existir que se produzca un resultado dañoso para esa pública seguridad, ya que es de peligro abstracto, siendo erróneo vincular el delito al hecho de que los explosivos lleguen a explotar, cuando lo cierto es que para la consumación del delito basta la simple posesión de los explosivos.

Asimismo, aunque el referido precepto carezca de una concreta referencia a la exigencia de que en el agente concurra “un propósito delictivo”, como expresamente hacía el art. 264 CP 1973, es menester para su comisión un ánimo de atentar contra el bien jurídico protegido por el precepto (STS 12352004, de 25.10).

El TC, por su parte en Sentencia Pleno de 24.2.2004 precisó que el bien jurídico protegido por la norma penal, conforme a la interpretación doctrina y

jurisprudencial más extendida es la “seguridad ciudadana” (y mediatamente la vida y la integridad física de las personas).

2) Respecto al art. 577 CP fue modificado por la L.O. 7/2000 de 22.12, y supuso una ampliación de ámbito de aplicación incluyendo los daños y tenencia y de explosivos, con la finalidad de hacer frente al fenómeno conocido del terrorismo urbano o la violencia callejera, como destaca la Exposición de Motivos de la reforma (STS 517/2011 de 20.5). El tipo penal se articula, STS 244/2011, de 5.4, por tres notas:

- a) La exigencia de tipos penales citados en dicho artículo.
- b) Como nota negativa por personas no integradas en banda armada.

c) La comunión con un objetivo común con la actividad terrorista: la alteración de la paz pública o atemorización ciudadana en la forma expresa en el artículo. Se trata de una fórmula de cierre tendente a sancionar más gravemente, graves actos contrarios a la paz pública o atemorización social, cometidos por quienes no perteneciendo a grupos terroristas ejecutan tales actos con una confesada comunión con las finalidades por la que mueve el terrorismo.

Pues bien entiende la sentencia de instancia que la condena del acusado, vigilante desde un coche, mientras otros dos individuos colocaban un artilugio explosivo de fabricación casera del tipo explosivo incendiario, compuesto por tres cohetes pirotécnicos, dos aerosoles de 750 cc. Un cartucho de camping gas y una garrafa de plástico llena de líquido inflamable y jabón, en el interior del cajero automático de la sucursal de la Caja Vxxx Kxxx de la c/ Dxxx de Wxxx nº x de Vitoria, que explotó causando daños valorados en 30.529,86 euros, constituye un delito de daños con finalidad terrorista, de los arts. 266.1, 263, 577, 579.2 CP, mientras que el delito de tenencia de explosivos del art. 577 en relación con el art. 568 CP, no está en relación de concurso real con el de daños sino, que éste absorbe la tenencia pues el art. 266.1 ya contempla ene. tipo objetivo el uso de explosivo para causar los daños, sin que el acusado posea otras sustancias explosivas que aquellas que se consumen en la ejecución del hecho.

El delito de tenencia de explosivos se considera consumado sea cualquiera el resultado producido por la acción sin mención ni referencia alguna a los delitos de tales resultados pudieran integrar –no solo delito de daños, arts. 263, 266.1 y 577, sino incendio del art. 351 al que expresamente se remite el art. 266.4 y 577 CP, o estragos art. 346 y 571, 577- **al menos que por razón de las infracciones concretas cometidas, consecuencia del resultado correspondiera pena mayor en cuyo caso quedaría absorbido el delito de tenencia de explosivos** (STS. 626/2012 de 17.7). Esto constituye a tal precepto en infracción penal de alternancia porque existirá o no, autónomamente según las consecuencias jurídico-penales del resultado originario.

Siendo así –como precisa la STS. 1282/2011 de 23.11- la relación entre el delito de tenencia de explosivos y el delito de daños no puede explicarse, siempre y en todo caso, a partir del principio de especialidad o como fenómeno de progresión delictiva, como señala la sentencia recurrida. Esta solución conduciría a la

paradójica consecuencia de privilegiar al delincuente que no se limitara a custodiar los explosivos sino que, además, los utilizara con un fin destructivo. El desvalor de la conducta descrita en el art. 266.1 del CP no agota el riesgo inherente a la previa tenencia de explosivos, sancionada en el art. 568 del CP. Además, no toda relación entre el delito de riesgo y el delito de daños ha de ser resuelta conforme a un criterio de progresión delictiva en la que el delito de resultado desplaza la aplicación del delito de riesgo. De hecho, nuestro sistema penal no olvida en algunos supuestos la fijación de una específica regla concursal que impide ese contraproducente efecto (cfr. art. 382 CP).

Pese a todo, se destacan en la jurisprudencia casos en los que el delito de tenencia de explosivos del art. 568 del CP no llegará a adquirir autonomía típica, siendo consumido por el delito de resultado de daños. Así serán aquellos casos, en que partiendo de que el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto y consumación anticipada, porque no exige la deflagración del artefacto, bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podría dar lugar a un delito de estragos, art. 346 CP, o de incendio, art. 351 CP. infracciones más gravemente penadas que el delito de tenencia explosivos. En estos casos, la posesión de una sustancia o aparato explosivo que luego se utiliza totalmente, produciéndose la correspondiente explosión y los consiguientes daños, entonces el delito consumado de estragos o incendio aparece como una progresión en la acción criminal iniciada por la tenencia de explosivos y vendría, de este modo a constituir la última fase en la progresión delictiva. En tal caso –dicen las STS 144/2011, de 5-4, 304/2012, de 24-4- la tenencia de explosivos quedará absorbida por el delito de resultado –estragos o incendio- consumado más grave-. E incluso se señalan supuestos en que el delito de tenencia de explosivos puede ser subsumido por el delito de resultado de daños mediante explosivos del art. 266.1 CP, serán supuestos en los que la detentación de los explosivos sea inmediatamente anterior a su utilización para provocar el efecto de destrucción. Y es que son imaginables casos en los que el riesgo derivado de la posesión de los explosivos solo adquiriera un significado efímero fugaz, preordenado –y por tanto absorbido por la finalidad principal de ocasionar el destrozo, supuesto que sería el de los presentes autos, en los que en el factum de la sentencia, solo se recoge como actuación del recurrente conducir el vehículo y permanecer vigilante junto al mismo, mientras sus dos acompañantes sacaron del maletero una mochila con un artilugio explosivo de fabricación casera, pero sin describir actuación alguna del recurrente relacionada no solo con su elaboración sino incluso con una detentación anterior del explosivo y la posible disposición de otros materiales explosivos». (F. J. 3º)

CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS.

Relación concursal entre los delitos de amenazas y contra la integridad moral (concurso real).

Recurso: Casación nº 1461/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 342/2013 de fecha 17/04/2013

«El tema que centra de modo preferente el motivo, como en todos aquellos casos en los que la impugnación está relacionada con problemas concursales, es susceptible de muy distintos enfoques. De lo que se trata es de examinar la corrección de la fórmula aplicada en la instancia, con el fin de evitar que el castigo finalmente impuesto exceda de la medida de culpabilidad por el hecho cometido por el imputado.

A juicio de la defensa, en aquellos casos en los que la Audiencia Provincial ha reconocido la existencia de un concurso de normas entre el delito de amenazas graves (art. 169 CP) y el delito contra la integridad moral (art. 173 CP), la solución consistente en optar por aplicar la pena correspondiente al delito más grave, en aplicación del art. 8.4 del CP, no es correcta. El delito contra la integridad moral –se razona- debería haber sido aplicado en su condición de delito especial que, conforme al art. 8.3 del CP, excluye al delito más general. De forma subsidiaria, debería haberse aplicado el criterio del art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, el precepto más amplio –el delito contra la integridad moral- absorbería al delito consumido –delito de amenazas-.

Esta Sala estima, sin embargo, que la relación entre ambas figuras delictivas no es la propia de un concurso aparente de normas, sino de un concurso de delitos. Basta una lectura del art. 177 del CP para concluir el propósito legislativo de ofrecer una regla particularizada para la solución de los problemas concursales que pueden suscitarse en relación con el delito contra la integridad moral. En este precepto se señala que *“si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley”*.

Este artículo ha sido calificado por muchos autores como innecesario, en la medida en que las reglas generales ya ofrecen una solución adecuada para resolver un problema como el que ahora nos ocupa. También se ha apuntado que la falta de referencia al bien jurídico *libertad*, puede ser subsanada por la locución *“bienes de la víctima o de un tercero”*, a la que habría que despojar de una exclusiva dimensión económica. La libertad es un bien jurídico y, como tal, también quedaría abarcado en la fórmula concursal específica ideada por el legislador.

Lo cierto es que, ya sea a través de la literalidad de aquel precepto, ya por aplicación de las pautas generales sobre el concurso de delitos, todo indica que no estamos ante un problema de convergencia aparente de normas. En efecto, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

Tomando como referencia uno de los relatos de hechos probados resueltos por la Audiencia Provincial conforme a la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4 del CP, la conclusión que alcanzamos es contraria a la solución ofrecida por los Jueces de instancia y distinta, además, a la que sugiere el recurrente. En efecto, en el apartado del juicio histórico referido a Vanesa Rxxx Nxxx, (67), existe un primer fragmento en el que se describe un delito de amenazas que tuvo como víctima a aquélla: *“...a partir de ese momento comenzó a recibir mensajes amenazantes como el de publicar las fotos que tenía de ella, distribuirlas a su grupo de contactos o quitarle la cuenta del Messenger. Tras varios cambios de cuenta de Messenger, en el mes de febrero de 2008 agregó a la libreta de direcciones de su cuenta a un usuario con dirección nany_axxx, que resultó ser de nuevo el acusado que le volvió a pedir fotos o videos de carácter erótico o sexual amenazándola con publicar y distribuir el material que tenía sobre ella”*.

En esta secuencia convergen todos los elementos que definen el delito de amenazas por el que se ha formulado condena: a) una conducta del agente constituida por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible, b) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y c) que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva (cfr. por todas, SSTS 264/2009, 12 de marzo, 259/2006, 6 de marzo, 557/2007, 21 de junio y 268/99, 26 de febrero).

Pero el art. 169 del CP no agota el desvalor de la conducta imputada, porque el mismo hecho probado añade a continuación que el acusado mantuvo el contacto con Vanessa: *“exigiéndole que a diario le enviara videos de un minuto de duración y más tarde de cinco minutos de duración, obligándole a estar delante del ordenador hasta las cuatro de la madrugada. Desde el mes de febrero de 2008, por miedo a ser humillada públicamente, Vanessa realizó varios videos y fotos de carácter sexual que envió a la dirección sxx_nxxx_gxxx@hotmail.com, teniendo que enviar uno cada semana, a lo que había accedido el acusado ante el ruego efectuado por la victima ya que llegaba tarde a clase y era reprendida por su madre. El último vídeo lo envió el 26.4.2008. A consecuencia de estos hechos, Vanessa ha sufrido trastorno adaptativo con síntomas de ansiedad, llegando a cambiar de domicilio por el miedo a ser localizada por el acusado”*.

Jorge Mxxxx había ya conseguido su objetivo y, pese a ello, intensificó el daño a una adolescente que, como describe el factum, llegó prácticamente a ver condicionada su vida rutinaria, con quebranto de su rendimiento escolar, como consecuencia de las sevicias a las que se veía obligada para satisfacer los requerimientos del acusado. Y esta acción, desde luego, no queda abarcada por el delito de amenazas. Aun reconociendo las dificultades que encierra la fijación del concepto de integridad moral, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones, en relación con el art. 173.1 del Código Penal (cfr. SSTS 267/2012, 30 de marzo; 20/2011, 27 de enero y las allí citadas), señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que,

exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS 1122/1998, 29 de septiembre, "*aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral*". (STS 1061/2009, 26 de octubre).

En consecuencia, la condena por un delito de amenazas graves del art. 169.1 del CP, lejos de absorber el desvalor de la conducta consistente en obligar a la víctima a que, durante varios meses, le remitiera vídeos de contenido sexual, grabándose ella misma, es perfectamente compatible con el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del CP. Estamos, en definitiva, ante un concurso real de delitos, no ante un concurso aparente de normas, como erróneamente ha entendido el Tribunal *a quo*. Las reglas y principios que disciplinan el recurso de casación impiden ahora agravar la conducta del acusado.

De ahí que no pueda ser aceptada la queja del recurrente, referida a los distintos supuestos en los que la Audiencia ha acogido esa fórmula concursal y ha condenado por un delito de amenazas, respecto de los cuales la defensa solicita aplicar con carácter preferente el delito contra la integridad moral». (F. J. 3º)

COSA JUZGADA.

Elementos identificadores en el orden penal.

Recurso: Casación nº 2307/2011
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 846/2012 de fecha 05/11/2012

«...los elementos identificadores de la cosa juzgada material en el orden penal, son los siguientes:

- 1) identidad sustancial de los **hechos** motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de **sujetos pasivos**, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse aquella contra la que dirigió la acusación en la primera causa **y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta)** que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso». (F. J. 4º)

COSTAS.

Costas devengadas por la acusación particular: doctrina general.

Recurso: Casación nº 1597/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 344/2013 de fecha 30/04/2013

«Como señala la STS 665/2012, de 12 de julio, las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito constituyen perjuicios para las víctimas, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por los condenados por lo que su exclusión solo debe proceder cuando la actuación de dicha representación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener pretensiones manifiestamente inviables, lo que no cabe apreciar en el caso actual, pues el Tribunal sentenciador acogió una pretensión casi idéntica a la de la acusación particular al condenar el hecho como estafa agravada.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E.), constituye la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente en un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales». (F. J. 12º)

Gastos derivados de la investigación criminal (arts. 124 CP y 241.4º LECrim.). Diferencias con la responsabilidad civil «ex delicto».

Recurso: Casación nº 10145/2012 P
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«La Audiencia exonera del abono de estos gastos al principal acusado y único condenado, al entender que no obedecen a su responsabilidad «ex delicto», pues son directa consecuencia de la investigación policial del ilícito cometido y de sus circunstancias. El perjuicio económico que se sigue de tales labores ha de ser,

según el Tribunal de instancia, asumido por el Estado como consecuencia del art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Rechaza así que el Estado pueda ostentar la condición de tercero perjudicado, si bien en una cláusula final admite que *“puedan ser incluidos en su día en las costas al amparo de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la L.E.Cr. y concordantes”* (FJ. 34, «in fine»).

2. No existen previos pronunciamientos en el orden penal, particularmente por parte de esta Sala de Casación, que examinen semejante disyuntiva entre la responsabilidad civil «ex delicto» y las costas procesales ante este tipo de situaciones. Tal ausencia de jurisprudencia es destacada en el escrito del Fiscal, quien únicamente encuentra un relativo precedente, con las salvedades pertinentes, en una sentencia dictada el 11/10/2011 por el TSJ de Castilla y León, en la que ante un supuesto de delito de incendio provocado se fijó una indemnización separada de los restantes conceptos indemnizatorios por los costes generados al Servicio de Medio Ambiente de la Junta para su extinción.

Tampoco de la normativa penal cabe extraer conclusiones directas en este punto. Ni siquiera entre las recomendaciones de la Unión Europea, que por el momento se centran en el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, tratando de dar uniformidad a su tratamiento y protección en el nuevo espacio judicial europeo, y recomendando que sean indemnizadas tan pronto como sea posible, con cargo incluso a los fondos del Estado a modo de anticipo, sin perjuicio -claro está- de su ulterior repetición contra el responsable penal.

3. El art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que fundamenta la decisión de instancia, realmente se limita a señalar: *“1. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente. 2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*. No parece por ello que dicho precepto ofrezca suficiente justificación de la exclusión del Estado como posible perjudicado.

La laboriosa investigación realizada por las Fuerzas del orden público en este caso más parece encontrar refrendo en el art. 126 CE, así como en los arts. 547 a 550 LOPJ. Entre las funciones que corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial, destacamos, en particular, la de averiguar *“los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes”* [art. 549.a) LOPJ]. Deben asimismo prestar auxilio a las autoridades, judicial y fiscal, en cuantas actuaciones sea necesaria su cooperación, actuando en cualquier caso bajo su dirección (art. 550.1 LOPJ) y siguiendo sus instrucciones. Tales previsiones encuentran un desarrollo más pormenorizado en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, dedicado a la Regulación de la Policía Judicial.

4. Por ello mismo, la indagación policial no debe entenderse fruto directo de las volubles declaraciones vertidas por Miguel CXXX a través de sus declaraciones

en el procedimiento, sino de las órdenes recibidas de la autoridad competente, que es quien habrá procedido al filtrado de su contenido a estos fines. De este modo, ha de convenirse con la Sala de instancia en que no es posible atribuir esos gastos a Miguel CXXX a modo de responsable civil por la previa comisión del delito de asesinato. Por otra parte, la indemnización tampoco es una consecuencia necesaria del delito, que puede existir, pero que no sigue ineluctablemente al hecho punible. La responsabilidad civil nace del acto u omisión ilícita directamente porque comporta un daño civil «per se» atribuible al autor y al cómplice del hecho punible: así se desprende del art. 109 CP en cuanto a “...los daños y perjuicios por él causados” respecto del hecho descrito por la ley como delito o falta, y del art. 116 CP, “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”, de forma que si no se sigue directamente el daño no puede ser atribuida a aquéllos.

La catalogación de los gastos reclamados como costas tiene mejor acomodo en nuestra legislación sustantiva y procesal. En primer lugar, el art. 124 CP, ciertamente con carácter general, se refiere a las costas que “...comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales...”; en segundo lugar, con mayor concreción, el art. 241.4 LECrim se refiere a las “...indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y (a) los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa”, inciso que autoriza la inclusión de los perjuicios económicos a los que se refiere el Ministerio Fiscal; también, al determinar la prelación en los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario, el art. 126.1 CP establece a su vez que “...se imputarán por el orden siguiente: (...) 2º. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa”». (F. J. 15º)

DELITO CONTINUADO.

Faltas de apropiación que dan lugar a la calificación como delito continuado. Imposibilidad de aplicar efecto agravatorio del art. 74.1 CP.

Recurso: Casación nº 188/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 76/2013 de fecha 31/01/2013

«La defensa no cuestiona el juicio de subsunción verificado en la instancia, que califica los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, descartando otras tipicidades alternativas. Nuestro conocimiento, por tanto, se va a limitar a los estrictos términos en que se ha formalizado la impugnación, que centra su discrepancia en la aplicación del art. 74 del CP. Estima la defensa que ese precepto, en el que se regula el delito continuado, no obliga a imponer la pena en su mitad superior, como hace la Audiencia Provincial. Ese incremento en la respuesta penal, tratándose de delitos continuados contra el patrimonio está tan sólo reservada para los supuestos en los que el hecho revistiere especial gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Fuera de esos casos, la pena podrá recorrerse en toda su extensión, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

El motivo tiene que ser estimado.

La viabilidad del motivo exige, no obstante, un matiz respecto de los términos en que ha sido formulado. No se trata de que la imposición de la pena en su mitad superior esté solo reservada a aquellos casos de especial gravedad, como razona la defensa. Lo que se persigue es evitar que la proclamación de la continuidad delictiva, mediante la acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio. Así acontecería, por ejemplo, cuando la concurrencia de muchas faltas diera lugar, mediante su suma, a un delito continuado y, una vez afirmado éste, se procediera, además, a aplicar el efecto agravatorio. En efecto, en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el 30 de octubre de 2007 esta Sala proclamó lo siguiente: *"el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración"*.

Con ello –decíamos en las SSTS 997/2007, 21 de noviembre y 564/2007, 25 de junio-, se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP a una singular forma de delito continuado, a saber, aquel del que puede predicarse su naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 del CP, ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (cfr. SSTS 760/2003, 23 de mayo, 771/2000, 9 de mayo, 350/2002, 25 de febrero, 155/2004, 9 de febrero, 1256/2004, 10 de diciembre y 678/2006, 7 de junio). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 del CP encerraría una norma especial, que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 del mismo CP.

Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio, ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 del CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado, se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual, el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 del CP (cfr. 284/2008, 26 de junio, 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre).

Sin embargo, la idea que late en el acuerdo antes anotado obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así por ejemplo,

en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación -faltas de estafas o apropiación indebida que se convierten en delito continuado o delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado-. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 del CP, implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de *bis in idem*, infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor.

Y esto es lo que sucede en el supuesto de hecho que es objeto de nuestra atención. En efecto, en el juicio histórico se describe una mecánica de actuación que sólo es entendible a partir de pequeños apoderamientos –normalmente por debajo del tope cuantitativo de los 400 euros que fija el art. 252 del CP- que, una vez sumados a lo largo de un mes, arrojaban cuantías que desbordaban esa franja y que, precisamente por ello, alteraban su calificación como falta para convertirse en delito continuado de apropiación indebida. Producido ese efecto en el juicio de subsunción, por razón de la cuantía que ha sido objeto de apoderamiento, la imposición de la pena en su mitad superior vulneraría el principio que prohíbe en nuestro sistema jurídico la doble incriminación de un mismo hecho». (F. J. 3º)

Individualización de penas en delitos patrimoniales. Acuerdo de la Sala. “Non bis in idem”: No concurre.

Recurso: Casación nº 682/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 292/2013 de fecha 21/03/2013

«Al respecto, destacaba recientemente la STS núm. 173/2012, de 28 de febrero, con expresa remisión a las SSTS núm. 76/2013, de 31 de enero, 997/2007, de 21 de noviembre, y 564/2007, de 25 de junio, cómo se ha de evitar que la proclamación de la continuidad delictiva, mediante la acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio. En este sentido, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18/07/2007, se convino que *«en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo»*, a lo que el posterior Acuerdo de 30/10/2007 agregó que *«el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración»*. Con ello se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 CP a una singular forma de delito continuado, a saber, aquél del que puede predicarse su naturaleza patrimonial. La idea de que esta

categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 CP ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS núm. 155/2004, de 9 de febrero, 1256/2004, de 10 de diciembre, ó 678/2006, de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 CP (SSTS núm. 284/2008, 26 de junio, 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 CP. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación (v.gr. faltas de estafa o apropiación indebida que se convierten en delito continuado o delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado). En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 CP implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de «bis in idem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor.

Nada dicen los presentes hechos sobre el importe individualizado de cada una de aquellas distracciones, desconociéndose así en sede casacional si alguna de ellas superó por sí misma los límites cuantitativos fijados en el Código Penal a la hora de distinguir entre la falta y el delito, o incluso entre la modalidad básica y la agravada de este último. Lo que no es óbice para individualizar la pena acudiendo a la sanción agravada que autoriza el art. 74.2 CP, pues los hechos no sólo desbordan sobradamente las previsiones de perjuicio económico cifradas por las diferentes infracciones penales concurrentes, sino que la cantidad a la que asciende el perjuicio global que ocasionó a su empresa (casi diez veces superior a lo que se habría exigido desde la actual fórmula agravada del art. 250.1.5ª CP, que ya hemos visto que no fue aplicado) permite acudir a la continuidad patrimonial prevista en el art. 74.1 CP, sin incurrir por ello en un «bis in idem». La simple apreciación de la mitad inferior de la pena superior en grado derivada de esa regla conduce, en el caso del art. 249 CP, a una pena de prisión que directamente abarcaría hasta los

tres años y nueve meses impuestos en la sentencia, comprendida en la franja inferior del grado superior (de tres años y un día a tres años y nueve meses). En cualquier caso, los propios hechos autorizan sin dificultad esta individualización de la pena, atendido el uso malicioso por el acusado de las mayores facilidades que le proporcionaba su posición como gerente de la empresa querellante y la cuantía de lo defraudado». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Contaminación acústica.

Recurso: Casación nº 105/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 89/2013 de fecha 11/02/2013

«Del relato de hechos probados se desprenden cada uno de los requisitos necesarios para la comisión del delito del art. 325 del CP.

En primer lugar, consta la realización de la conducta objetiva descrita en el tipo dado que el acusado realizaba una actividad ruidosa por la apertura y explotación de un Pub hasta las 3.30 de la noche, con un nivel de música y una falta de insonorización del local, que provocó las molestias y consiguientes denuncias de los vecinos. La **provocación de ruidos y vibraciones de forma reiterada**, durante meses y en horas nocturnas, con una alta intensidad, constituye un hecho manifiestamente acreditado.

En segundo lugar, consta a través de numerosas mediciones que la emisión de ruidos del local infringía la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente frente a Ruidos y Vibraciones, que obligaba a partir de las 22 horas, a no emitir ruidos que superaran los 25 decibelios. Se realizaron numerosas pruebas, en una pluralidad de domicilios y a lo largo de varios meses, acreditándose de forma indubitada que **las emisiones sonoras vulneraban las disposiciones generales protectoras del medio ambiente en esta materia** específica, sin que el acusado pusiese remedio a esta vulneración normativa, adoptando las pertinentes medidas de insonorización, pese a las denuncias recibidas y a los expedientes tramitados

En tercer lugar, tal emisión de ruidos, ocasionaron un riesgo de grave perjuicio para la salud de un grupo numeroso de vecinos, llegando a afectar directamente a la salud física y psíquica de los denunciados, quienes está acreditado que padecieron trastornos de insomnio, cefaleas, ansiedad y estrés.

El delito enjuiciado no exige un resultado lesivo, pues es un delito de peligro hipotético o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril, 821/2004, de 24 de junio y 1565/2012, de 2 de marzo), en el sentido de que concurre cuando se acredite que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, **es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido**. En el caso actual dicha idoneidad es manifiesta, pues consta que la conducta enjuiciada no solo afectó a la intimidad de la vida personal y familiar de una pluralidad de perjudicados, en sus

propios domicilios, afectando de modo gravemente negativo su hábitat, sino que puso en peligro su salud síquica y física, de un modo notorio y grave al comenzar a producirse efectos patógenos, pues la exposición continuada, periódica y prolongada en el tiempo a este intenso volumen de ruido, se concretó en problemas de insomnio, cefaleas, ansiedad y estrés para una pluralidad de vecinos denunciadores. (F. J. 8º)

En relación al tipo subjetivo, viene determinado por el conocimiento por el recurrente de que el ruido generado por la actividad de su local perjudicaba a varios vecinos, y aun así, continuó realizándolo, pese a las numerosas advertencias y sanciones que se le imponían en cada resolución administrativa, hasta que tuvo lugar el cierre del local.

Ha declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 52/2003, de 24 de febrero y 1565/2012, de 2 de marzo, que el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro.

También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo (STS 327/2007, de 27 de abril).

En este caso, el recurrente, como se ha expresado, era plenamente consciente del grave peligro generado por el excesivo ruido procedente de la explotación del Pub que regentaba, que necesariamente ponía en grave riesgo la salud de las personas afectadas, habiéndose producido un relevante número de quejas y de mediciones de ruidos en el interior de las viviendas de los vecinos, con superación reiterada de los límites permitidos, en horas nocturnas y en los propios dormitorios de los perjudicados, situación que había mantenido durante meses, pese a la apertura de expedientes y a los requerimientos recibidos, siendo claramente insuficientes las medidas adoptadas para reducir las emisiones por debajo de lo autorizado por la normativa ambiental». (F. J. 9º)

(Ruidos (art. 326 CP): doctrina.

Recurso: Casación nº 151/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 838/2012 de fecha 23/10/2012

«En lo que se refiere a la aplicación del artículo 326.b), en éste se establece la imposición de la pena superior en grado cuando se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. De los hechos probados resulta que al recurrente le fueron notificadas las resoluciones administrativas dictadas en ese sentido así como las que desestimaban los recursos interpuestos contra las anteriores, sin que procediera a la corrección que se le imponía antes de continuar con su actividad. De la lectura de la sentencia se

desprende, de un lado, la ineficacia de la administración en orden a proporcionar al denunciante una respuesta que evitara prontamente un eventual perjuicio para su salud, cuya probable existencia ya se establecía desde las primeras mediciones que demostraban la infracción de la normativa municipal sobre el ruido, y que fueron seguidas de los primeros requerimientos al recurrente, desatendidos por éste. Pero, al mismo tiempo, los detalles del caso ponen igualmente de relieve la persistencia del recurrente en una conducta que, ya desde el primer momento, sabía que causaba molestias y probables perjuicios a unos ciudadanos al repercutir directamente y de forma muy negativa en el ejercicio de sus derechos a la salud, física y psíquica, y al descanso, dentro de su propio domicilio, sin acudir en ningún momento durante ese largo período a la adopción de medidas que hicieran compatibles aquellos derechos con el que él tenía al desarrollo de su actividad empresarial.

Alega que no desobedeció las órdenes de la Administración, sino que las interpretó. Pero en realidad se trata de un sofisma, ya que mediante su interpretación de lo que se le ordenaba lo que de hecho hacía era incumplirlo.

Finalmente, en relación a las lesiones, ya se ha señalado que su existencia y su relación directa con la conducta del recurrente ha quedado acreditada por la prueba pericial médica practicada. El recurrente plantea ahora unas cuestiones respecto a otros posibles orígenes o causas de los padecimientos acreditados que debió someter a consideración del Tribunal mediante el interrogatorio a los peritos o a través de otras pruebas periciales que estuvo a su alcance proponer, pues la acusación, con la prueba pericial médica mencionada, ya había acreditado la relación entre la conducta y el resultado, por lo que solo cabía ponerla en duda o demostrar el error, sin que sea exigible a quien acusa una prueba demostrativa de la inconcurrencia de cualquier posibilidad alternativa imaginable.

En consecuencia, el motivo, en sus diferentes alegaciones, se desestima». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Deslealtad profesional del abogado (art. 467.2 CP).

Recurso: Casación nº 2396/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 680/2012 de fecha 17/09/2012

«Ese tipo, conocido como deslealtad profesional, es un delito especial, en cuanto requiere una determinada cualidad profesional del sujeto activo. Ahora bien, eso no se traduce ineludiblemente en que todas las conductas llevadas a cabo por un letrado entren en el ámbito del precepto. Es necesario que la causación de perjuicios se haya producido como consecuencia precisamente de su actuación como “abogado” y no en tareas ajenas a esa profesión o simplemente concomitantes. A esa deducción se llega desde la consideración del bien jurídico protegido, el devenir histórico del precepto y su encuadramiento sistemático. Es indispensable no solo que el sujeto activo sea abogado, sino además que el

comportamiento punible se haya producido en el marco de la relación profesional entre cliente y abogado; no cualquier relación profesional, sino aquella propia de la abogacía. Cuando un abogado realiza actividades que no son características de tal profesión se sitúa fuera del marco del art. 467.

En el Código Penal de 1973 las figuras paralelas a estos delitos (arts. 465 a 467) se consideraban modalidades especiales de "prevaricación". Algunos justificaban esa caracterización argumentando que pese a carecer de la condición de funcionarios públicos la actividad profesional de la abogacía se sitúa en un terreno de prestación de una potestad pública de primer orden como es la actividad jurisdiccional. Eso explicaría que la infracción de ese deber profesional tenga un tratamiento penal explícito, a diferencia de otras profesiones liberales. Si los delitos contenidos en ese Título protegían sobre todo la función pública, esas tipicidades se justificarían precisamente por la contribución de esas profesiones al correcto desenvolvimiento de una de las funciones públicas, la jurisdiccional, sobre la que pueden incidir y en la que desempeñan un papel de primer orden.

En una línea confluyente y bajo la vigencia del anterior Código Penal se identificaba como objeto de tutela de estos delitos el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia" como objeto de tutela de estos delitos, a semejanza de la prevaricación judicial (SSTS. 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973), frente a quienes situaban en una posición prevalente los intereses de los propios clientes.

Acogiendo relevantes propuestas doctrinales el legislador de 1995 ha llevado estas figuras al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, del que, seguramente por su aparición tardía en nuestro proceso de codificación penal, habían quedado excluidos otros, desperdigados por diversos lugares del Código (prevaricación judicial, presentación en juicio de documentos falsos, infidelidad en la custodia de presos...) que ahora han sido reconducidos a esa sede. No se trata de una simple mejora sistemática. El cambio supone ahondar en el fundamento del castigo en línea con lo apuntado y, por tanto, sirve de guía para acotar con acierto las fronteras de lo punible. El delito afecta a la Administración de Justicia. No supone simplemente vulneración de deberes contractuales entre las partes; ni es una forma de subrayar penalmente la importancia social de unas profesiones. La afectación al funcionamiento de la actividad jurisdiccional es indirecta pero cierta por cuanto que la deslealtad profesional de abogado y procurador menoscabarán o incluso anularán el derecho a la tutela judicial efectiva. El bien jurídico protegido no es puramente individual (intereses de los particulares ya protegidos por otros sectores del ordenamiento penal que tutelan patrimonio, honor, intimidad); ni lo es la función social de la Abogacía o la confianza institucional de que debe gozar. Subrayando la vinculación con el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia" se encuentra respuesta adecuada a la desigual reacción penal frente al quebrantamiento de las relaciones contractuales entre abogado-cliente y las que ofrece el Código (o con los tipos genéricos o a través de otros sectores del ordenamiento) frente a otras relaciones profesionales (gestores administrativos, notarios, arquitectos, sanitarios, asesores financieros, o incluso asesoramiento jurídico realizado desde la Cátedra v.gr). No se contempla prioritariamente el interés de la parte a una correcta asistencia técnica, lo que solo lejanamente podría afectar

a la Administración de Justicia. Si fuese así no se entendería ese asimétrico tratamiento frente a otras profesiones. Ni, por supuesto, se está edificando la tipicidad sobre cualquier actividad profesional, cuando quien la realiza ostenta la condición de abogado en ejercicio.

Esto no ha de llevar necesaria e inevitablemente a marginar del tipo penal las conductas de asesoramiento preprocesal, o extraprocésal. Pero sí a buscar alguna suerte de vinculación con ese bien tutelado que también se encuentra en supuestos de perjuicios causados por un Abogado o Procurador al cliente al margen de su estricta actuación procesal pero conectados con ella de forma indirecta (STS de 1 de abril de 1970 que admitió la tipicidad por actuaciones no procesales, lo que viene a corroborar la STS 709/1996, de 19 de octubre, aunque exigiendo en todo caso que se trate de actividades propias de abogados).

Será necesario, en consecuencia, un encargo profesional, es decir que se le “encomienden unos intereses” -en la dicción del art. 467.2-, precisamente en su calidad de abogado es decir como licenciado en derecho que “ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico” (art. 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía). Han de identificarse intereses encomendados justamente en atención a su condición de profesional de la abogacía (STS 964/2008, de 23 de diciembre)». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.

Agravación por empleo de persona o sociedad interpuesta.

Recurso: Casación nº 2216/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 974/2012 de fecha 05/12/2012

«Como precedentes de esta agravación la Ley 25/95, de 20 julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria establece que las sanciones se graduaran atendiendo, entre otros supuestos, a la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o la comisión de ésta por medio de persona interpuesta (art. 82.1-c), es decir que el legislador ha querido trasladar un criterio que servía para graduar las sanciones administrativas al ámbito penal, convirtiéndose en una agravación de la pena.

La agravación en consecuencia responde a la idea de aumentar el castigo de quien persigue una mayor facilidad de comisión y busca la impunidad de su acción, dificultando el esclarecimiento de los hechos, mediante el enmascaramiento de la verdadera titularidad del patrimonio o entidad investigada.

Respecto del dolo del sujeto no es necesario que se persiga utilizar la persona interpuesta en la operación defraudatoria, siendo suficiente con que el sujeto se aproveche conscientemente de la situación.

-El precepto no distingue si al hablar de “persona” se refiere exclusivamente a las físicas o debe comprender las jurídicas. Resulta clara la extensión a éstas, cuyo empleo resulta generalizado –sobre todo en sectores como el inmobiliario: mediante –la interposición en transacciones de bienes inmuebles, o derechos sobre los mismos, de sociedades sin actividad para residenciar en las mismas las plusvalías o incrementos de patrimonio obtenidos en la operación, que luego no declaran, resultando para la Hacienda Pública difícil o imposible cobrar los impuestos correspondientes a dichas entidades al carecer de patrimonio y ser sus socios insolventes o encontrarse en paradero desconocido, ya que los beneficios, tras seguir caminos más o menos intrincados terminan en manos del primer vendedor.

Estas sociedades interpuestas llamadas también fachada o pantalla – pueden dificultar el descubrimiento del verdadero destinatario de las ventas de diversas formas.

Es frecuente hacer figurar al frente de las mismas a personas ajenas al negocio, bien mediante el pago de un precio por acudir simplemente a firmar los documentos o escrituras a notarias o registros públicos, o bien simplemente usurpando directamente la personalidad de terceras personas mediante utilización de documentos de identidad falsos o sustraídos a sus propietarios.

Existe otra forma de dificultar la identificación de los titulares, más sofisticada, que consiste en el enmascaramiento de los titulares mediante el empleo de sociedades cuyos accionistas son a su vez otras entidades mercantiles, cuando así sin entramado de sociedades, concurriendo a veces que las compañías participes figuran con domicilio en el extranjero, principalmente en los denominados paraísos fiscales, siendo el acceso a sus registros mercantiles y entidades de crédito –a través de las correspondientes comisiones rogatorias- complejo y las más de las veces infructuoso.

Por tanto, con el empleo de estas entidades, se consigue la opacidad de operación al desconocerse la identidad de los verdaderos socios y el destino formal de los beneficios obtenidos.

Por ello los tribunales han tratado de evitar la impunidad de las operaciones efectuadas sirviéndose de sociedades mercantiles, venciendo las dificultades probatorias respecto de aquellas personas físicas que amparan sus conductas bajo una apariencia societaria. Dicha andadura se inició dentro de la jurisdicción civil, mediante sentencia Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28.5.84, trasladándose al ámbito penal mediante las sentencias de la Sala Segunda de 24.7.89, respecto de un delito de alzamiento de bienes –y finalmente aplicada a un supuesto de delito fiscal en la de 20.5.96-. Esta doctrina denominada del “levantamiento del velo”, tiene su origen en Estados Unidos precisamente para salvar la amenaza de que en determinados sectores industriales las empresas pudiesen eludir el control fiscal, mediante su constitución y domicilio en países extranjeros, basándose en la idea de “mirar la sustancia y despreciar la forma”.

En el ámbito civil, como se recoge en la primera de las resoluciones reseñadas se justifica el empleo de esta técnica en la idea de salvaguardar los

principios de seguridad jurídica y justicia, por lo que aplicando reglas de equidad y buena fe se penetra en el sustrato personal de las entidades mercantiles a las que la legislación reconoce personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos admitiéndose la posibilidad de que los fines puedan penetrar (levantar el velo) en el interior de esas personas con personalidad jurídica propia.

Por su parte la sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo de 20.5.1996, en un pronunciamiento relativo a un delito contra la Hacienda Pública, señaló que: "la jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden "correr el velo" tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social".

Esta sentencia sale al paso de la impugnación de la defensa en su recurso de casación sobre el valor probatorio de esta doctrina, indicando que: "La impugnación de la "teoría del levantamiento del velo", no puede ser compartida por la Sala. En efecto, esta teoría no establece nada respecto de la prueba; su función es la de establecer qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas".

En consecuencia esta doctrina resultará decisiva para la determinación de los verdaderos titulares de las sociedades en los casos como los expuestos de utilización de sociedades interpuestas o entramados de sociedades que persigan la opacidad de las operaciones». (F. J. 25º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

En el seno de un delito de detención ilegal.

Recurso: Casación nº 10533/2012 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 971/2012 de fecha 28/11/2012

«El aprovechamiento de una situación extrema de indefensión, conforme al hecho probado, añade a la privación de libertad la agresión a la dignidad, por lo que la subsunción en el art. 173 es adecuada al hecho probado que contiene los hechos fundamentales de un comportamiento de trato degradante que se complementa en la fundamentación de la sentencia. Así, resulta degradante el hecho de golpear al detenido maniatado, o conducirlo en el maletero de un coche durante un largo trayecto, o estar continuamente maniatado y sin alimentación, lo que añade un plus de gravedad que afecta a la integridad moral, recibiendo golpes absolutamente innecesarios y, desde la indefensión, degradantes.

Afirma la recurrente y también recogen otros recurrentes que la extradición no autoriza esta persecución penal, lo que se compadece mal con la realidad en la que se afirma la cesión de la jurisdicción para todos los hechos acaecidos durante la privación de libertad». (F. J. 10º)

No concurre. Bofetada de agente a detenida: faltas de maltrato y de vejación injusta.

Recurso: Casación nº 1135/2012

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 261/2013 de fecha 27/03/2013

«El concepto de integridad moral, si no del todo coincidente con el de dignidad, está estrecha e indisolublemente asociado a él. Y, en la consideración actual (de ascendencia kantiana), universalmente aceptada, denota un valor inherente a toda persona por el mero hecho de serlo; y que la convierte en un fin en sí misma. Esto impide que pueda ser objeto de usos instrumentales para fines ajenos, o víctima de maltrato. Así, la conciencia y reconocimiento de ese valor como atributo incancelable del otro, es la razón del respeto mutuo, y, cuando impera, hace simétricas las relaciones, como propias de sujetos iguales en dignidad, al margen de cualesquiera rasgos diferenciales.

La actuación sufrida por Elena Pxxxx con ocasión de su registro en la comisaría, no puede decirse que fuera indiferente desde el punto de vista de su dignidad, pues no cabe duda de que medidas como la reducción por la fuerza y los cacheos con la imposición de una cierta desnudez, afectan sin duda negativamente a ese valor. Ahora bien, estando a la descripción y a la interpretación de esos hechos que hace la Audiencia —ya en este momento y en esta instancia— hay que partir de que la intervención, que se desgrana en la sucesión de acciones minuciosamente descritas en la sentencia, fue consecuente con el comportamiento de aquella. Salvo en lo que se refiere a lo que la propia sala de instancia califica expresivamente de “bofetada en toda regla”; una agresión pura y simple, por tanto, jurídicamente inaceptable, también, o más aún, en semejante contexto.

Dicho esto, el tema ahora suscitado por la impugnación, se ciñe a determinar el encaje de esa acción en uno u otro de los preceptos invocados por la recurrente, es decir, el del art. 175 Cpenal o el del art. 620,2 Cpenal del mismo texto.

El primero de ellos está dirigido a sancionar los atentados contra la integridad moral producidos “fuera de los casos comprendidos en el artículo” precedente, que es el que tipifica el delito de tortura. Por tanto, se refiere a aquellos que, siendo de una significación objetiva equivalente, no respondan “al fin de obtener una confesión o información”. Y, dada la especificación del art. 174 Cpenal, la aplicación del art. 175 Cpenal reclama actos que comporten un padecimiento para la integridad moral de la persona concernida, asimilable al que resulte del sometimiento “a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u

otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales [o] la supresión o disminución de sus facultades...”.

Pues bien, estando como se ha dicho antes, a la conducta que es el objeto exclusivo de estas consideraciones, constituida por la acción (una bofetada) plenamente deslindada en los hechos de la sentencia, hay que convenir que la conclusión de la sala de instancia, de no considerarla subsumible en el precepto del art. 175 (en su relación con el art. 174 Cpenal) es correcta. En efecto, pues se trató exclusivamente de una agresión, en sí misma, de carácter leve, pues no produjo ningún traumatismo orgánico, por lo que tiene encaje adecuado en el precepto del art. 617,2º Cpenal que castiga el maltrato físico sin causar lesión; que es el que ha aplicado el tribunal.

Pero la impugnación promovida suscita un tema, ciertamente relevante, que tiene que ser abordado: es el de si realmente, dadas las circunstancias de la autora y del contexto de la acción inculpada, cabe decir que todo su contenido de antijuridicidad penal queda absorbido por esa norma. Y la respuesta debe ser que no. Veámoslo.

La norma de referencia describe y sanciona la acción consistente en golpear sin causar lesión. Es decir, por antonomasia, el hecho de que alguien dé a otro, con el que se encuentra en una relación de cierta simetría en las posiciones, un simple golpe con la mano, sin más consecuencias. Una clase de supuesto que, seguramente, es de los que más recurren en la estadística de los juicios de faltas; y que, haciendo abstracción del contexto, es el que aquí se produjo». (F. J. 2º)

Tipo del art. 173.1 CP: elementos y caracteres.

Recurso: Casación nº 1148/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 325/2013 de fecha 02/04/2013

«En efecto, el argumento basilar de la sentencia recurrida se centra en considerar que los actos perpetrados por Tomás Eugenio sobre sus víctimas no pueden estimarse, considerados aisladamente, como graves atentados contra la integridad moral, por lo que no constituyen en sí mismos un trato degradante. De modo que, a pesar de admitir a continuación que la conducta del referido acusado, dada su dilación en el tiempo y la creación de un persistente clima de tensión y de sostenida hostilidad, resultaba vejatoria y humillante para sus cuatro subordinadas, la Audiencia acaba entendiendo que estaríamos ante un supuesto de acoso laboral y no de trato degradante, por lo que la conducta debía considerarse atípica, pues la figura del acoso laboral como supuesto de atentado contra la integridad moral solo resulta punible a partir de la reforma del C. Penal por LO 5/2010.

Establecida en esos términos la tesis absolutoria de la sentencia recurrida, es claro que no puede compartirse por esta Sala. En primer lugar, porque resulta incoherente con la interpretación que hace del art. 175 del C. Penal, pues si considera que la norma permite la punición de los atentados menos graves debió

expresar las razones por las que en este caso ni siquiera se da un atentado de esa entidad.

Y en segundo término, porque, tal como se expondrá a continuación, estimamos que aquí se da un supuesto de trato degradante del art. 173.1 del C. Penal. En cambio, entendemos que no concurre el supuesto de agravación del art. 175 del C. Penal, por cuanto, aunque el sujeto activo de la conducta delictiva es un funcionario policial, los sujetos pasivos no son ciudadanos ajenos a la función pública, sino unas funcionarias subordinadas del autor de los actos delictivos, supuesto que no puede comprenderse en el art. 175, pues ha de entenderse que la agravación de esta norma solo puede operar cuando la conducta degradante se produce contra sujetos ajenos al ámbito funcional del sujeto activo. Y ese supuesto no se da en el caso enjuiciado.

Esta interpretación del precepto, que favorece al reo, concuerda además con la regulación que se hace ahora del acoso laboral en el innovado art. 173.1 del C. Penal, en el que se especifica que cuando se trate de un trato degradante dentro del ámbito funcional ha de aplicarse el art. 173.1 y no el art. 175 del C. Penal.

Aclarado este punto, se ha de proceder ahora a examinar la posible aplicación del art. 173.1 del C. Penal, en su redacción anterior a la reforma del año 2010, para lo cual habrá que dilucidar si la conducta de Tomás Exxxx Pxxxx puede calificarse como un trato degradante que ha menoscabado gravemente la integridad moral de sus cuatro subordinadas.

4. Los dos ejes sobre los que pivota la conducta penal objetiva descrita en el art. 173.1 del C. Penal son el infligir a una persona un trato degradante y el causarle con ello un menoscabo grave a su integridad moral.

Con respecto al **concepto de trato degradante**, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo viene definiendo como aquellos tratos que pueden *“crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral”* (SSTEDH de Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Soering, c. Reino Unido de 7 de julio de 1989; caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001). Resulta, pues, relevante la creación en la víctima de una situación de envilecimiento y de humillación, y también la susceptibilidad de doblegar la resistencia física y moral de las víctimas. En estos casos se considera que concurre una violación del art. 3 del Convenio Europeo, que dice: *“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

El Tribunal Constitucional afirma al respecto que los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE (torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes) se caracterizan por la irrogación de *“padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”* (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; 196/2006, de 3 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero). Cada tipo de conducta prohibida se distingue por *“la diferente intensidad del*

sufrimiento causado" en "una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante" (SSTC 137/1990, de 19 de julio; 215/1994, de 14 de julio; y 34/2008, de 25 de febrero), para cuya apreciación ha de concurrir "un umbral mínimo de severidad" (conforme a la SSTEDH caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982; y caso Castello-Roberts c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993). Tales conductas constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, de 2 de noviembre).

En cuanto al bien jurídico de la **integridad moral** que ha de ser menoscabado gravemente, la doctrina viene conceptuándolo como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores.

La **jurisprudencia de esta Sala** ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda de que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica propia, autónoma e independiente de aquellos derechos; y tan evidente es así que los arts. 173 y 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos (SSTS 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3).

De todas formas, no cabe identificar la integridad moral con la dignidad humana ni considerar esta como el bien jurídico que autonomiza el tipo penal del art. 173. Pues, como tiene reiterado la doctrina, la dignidad humana, más que un bien jurídico diferenciado, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. Por lo tanto, opera como un principio regulativo que funcionaliza a todos y a cada uno de los derechos fundamentales, constituyendo el núcleo o punto de referencia del que fluyen todos ellos.

En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia de esta Sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" (SSTS 1061/2009, de 26-10; 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3, entre otras).

Por último, como elementos de este delito se han señalado los siguientes:
a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito;
b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4).

(...)

6. Pues bien, ponderando todo ese cúmulo de datos relativos a la conducta del acusado Tomás Eugenio, ha de concluirse, en contra de lo que afirma la Audiencia, que se está ante unos actos vejatorios que deben ser **incardinados en el concepto de trato degradante** que menoscaba gravemente la integridad moral de las funcionarias municipales denunciadas.

En efecto, aun siendo cierto que el criterio de la gravedad de la conducta degradante muestra un grado importante de relatividad e indeterminación que debilita la taxatividad que exige el principio de legalidad penal, sin embargo, para resolver y decidir sobre esa baremación de la gravedad de la conducta de los acusados ha de estarse a las pautas que marca la jurisprudencia, tanto en el ámbito internacional como en el interno de nuestro país.

A este respecto, el TEDH establece en reiteradas sentencias que para sopesar la gravedad de un hecho susceptible de violar el art. 3 del Convenio Europeo ha de estarse al conjunto de las circunstancias de cada caso, entre las que cita *“la duración de los malos tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”* (SSTEDH caso Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978; caso Tyrer c. el Reino Unido, de 25 de abril de 1978; caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989; caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982; caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001; caso Mouisel c. Francia, de 14 de noviembre de 2002; y caso Gennadi Naoumenko c. Ucrania, de 10 de febrero de 2004).

Al aplicar esos parámetros sobre la gravedad de los actos degradantes al supuesto que se juzga, resulta claro que se cumplimentan algunos de ellos. En efecto, la duración de los malos tratos por parte de Tomás Exxxx sobre las víctimas que tenía subordinadas se extendió por un periodo de tiempo que abarca desde el año 2002 hasta octubre del 2006, según se recoge en la sentencia recurrida. Además, el sexo femenino de las víctimas tuvo, como alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, una influencia importante en la conducta atentatoria de su superior, a tenor de las palabras que profería contra ellas y de algunos improperios que les dirigía con un contenido y un tono con connotaciones claramente *“machistas”*. Y por último, sobre la gravedad de los efectos generados por las vejaciones verbales y gestuales del referido acusado tampoco cabe albergar duda alguna, toda vez que les ocasionó lesiones psíquicas que tardaron en curar periodos de 386 días, 64 días y 122 días, teniendo que recibir tratamiento médico

psiquiátrico para curar los padecimientos psíquicos que habían sufrido como consecuencia de los actos reiterados de su superior.

En cuanto a la naturaleza y enjundia de los actos ejecutados contra las denunciadas, el Tribunal sentenciador, según ya se anticipó, se refirió al trabajo que realizaban diciéndoles que daban "pérdidas", que eran ineptas o inútiles, enmarcándose todo ello con respecto al rendimiento del trabajo que realizaban en la Unidad Administrativa las denunciadas, profiriendo para ello gritos en público de forma reiterada y en un tono y sentido vejatorio. Destacó la Audiencia las expresiones humillantes proferidas por Tomás Exxxx relativas al aspecto físico, inquiriendo a una denunciada para que se pintara, o para atribuir lo que consideraba falta de acierto en el trabajo a que "venía de follar con el nota". Igualmente descalificaba el trabajo de las agentes policiales en público profiriendo gritos, y reaccionaba airadamente con amago de usar la violencia ante el disgusto de lo que pudiera escuchar o hacer alguna agente policial. Las amenazaba repetidamente con revelar el expediente personal de las denunciadas o de echarlas a la calle. Todas estas conductas en su conjunto, dice el Tribunal sentenciador, se prolongaron en el tiempo, con un persistente clima de tensión y sostenida hostilidad, que propiciaron temor en las denunciadas al sufrir humillaciones de modo reiterado.

También se dice en la sentencia que de manera sistemática y continuada en el tiempo las agentes policiales denunciadas sufrieron la conducta del acusado Tomás Exxxx, quien, con desprecio, les decía que eran "unas pérdidas" por, a su juicio, falta de rendimiento en el trabajo, llamándolas "!archivo, archivo!" a algunas de ellas en atención al lugar a que fueron destinadas a partir de mayo de 2006, de forma que a través de sus improperios acababa cosificándolas. Y en algunas ocasiones se dirigió a gritos a María Jxxx Mxxxx Bxxxx cuando descolgaba el teléfono para hablar con su hermana, recriminándole las llamadas que realizaba, a sabiendas de que tenía una hermana con cáncer terminal.

Asimismo refiere la Sala que a consecuencia de tales reprimendas constantes hizo llorar en alguna ocasión a las víctimas, produciéndoles miedo, sobresalto y ansiedad.

Tanto la extensión de estos actos en el tiempo, como su claro contenido vejatorio y humillante, así como los graves efectos que generaron en la salud psíquica de las víctimas, a tenor de las lesiones referidas, permiten, vistos los criterios aplicados por el TEDH, hablar de malos tratos subsumibles en el concepto de trato degradante que genera un grave perjuicio en la integridad moral de las víctimas.

A este respecto, la jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que la expresión "trato degradante" parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la

integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (SSTS 1061/2009, de 26-10; y 629/2010, de 10-10).

Así pues, atendiendo a lo que se ha venido razonando, es claro que concurren los elementos objetivos del tipo penal, habida cuenta que el acusado Tomás Exxxx ha venido realizando durante un periodo de varios años actos claramente vejatorios y humillantes para las víctimas que son catalogables, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, como actos degradantes que generan un perjuicio grave para la integridad moral. Tanto, como se ha dicho, desde la perspectiva de la reiteración como de su contenido y de sus efectos. Y es que ha generado en ellas sentimientos de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarlas y de quebrantar su resistencia física y moral.

Concurre así el desvalor de la acción: actos vejatorios reiterados que integran un trato degradante; y el del resultado: menoscabo grave de la integridad moral, al sufrir las víctimas sensaciones de dolor y sufrimiento psíquicos humillantes y envilecedores. Y es que conviene tener presente que para perpetrar los actos degradantes no se precisa siempre el uso de la fuerza física, sino que también cabe apreciarlos cuando se producen reproches continuos, comportamientos desconsiderados o uso de medios idóneos para producir angustia y temor.

En la sentencia recurrida se amortigua la gravedad de la conducta del acusado Tomás Exxxx con el argumento de que los actos, aisladamente considerados, integran solo faltas de injurias, amenazas o vejaciones injustas. Sin embargo, conviene resaltar que la reiteración de esas infracciones de carácter leve durante un extenso periodo de tiempo acaban adquiriendo el carácter de trato degradante, al generarse un cambio cualitativo de la conducta debido a su intensidad y a los graves efectos vejatorios y humillantes que producen en las víctimas, menoscabándoles así su integridad moral y materializándose incluso en unas lesiones psíquicas.

De otra parte, y en lo que respecta al elemento subjetivo, no cabe duda que se da en la conducta del acusado Tomás Exxxx el dolo del delito del art. 173.1 del C. Penal, pues era sabedor de que con sus malos tratos reiterados con palabras y gestos estaba vejando y humillando a sus subordinadas. Máxime si se pondera que también conocía que estaba ocasionándoles bajas laborales precisamente por padecimientos psíquicos que su trato degradante les generaba. Era consciente, pues, del alcance de sus actos denigratorios y los ejecutaba voluntariamente, pese a saber sus graves consecuencias». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.

Coautoría: vigilancia en el exterior del local para prevenir de cualquier incidencia (no es complicidad).

Recurso: Casación nº 1017/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 370/2013 de fecha 30/04/2013

«El motivo no respeta el factum en el que existe un reparto de actuaciones entre ambos condenados: Francisco Javier materializa la venta del hachís en el locutorio que regenta, en tanto que José Manuel desarrolla funciones de vigilancia y control en el exterior para facilitar la normalidad de las ventas llevadas a cabo en el interior del locutorio.

En tal reparto de roles, es patente la condición de coautor del recurrente y no la de cómplice, porque su actividad está en el núcleo de la acción delictiva. La sentencia en el f.jdco. tercero rechaza la tesis de la complicidad. Se comparte tal decisión que es correcta.

Procede la desestimación del motivo». (F. J. 8º)

Criterio para determinar la cuantía del porcentaje de riqueza de la sustancia aplicado al “margen de error”.

Recurso: Casación nº 1179/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 308/2013 de fecha 26/03/2013

«El recurrente maneja erróneamente en una interpretación *pro domo sua* el margen de error que suelen contener los informes periciales de análisis de las sustancias, situado habitualmente en un “más/menos 5%”. Es verdad que ese factor de corrección se ha de interpretar en favor del reo según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 413/2007, de 9 de mayo que cita a su vez las SSTS 217/2003 de 18 de febrero; 911/2003, de 23 de junio; y 570/2005, de 4 de mayo). Pero ese margen de error, rectamente entendido, se refiere al porcentaje mismo de pureza, opera sobre él y no sobre el 100% de la sustancia. Es un margen de error referido directamente a la riqueza ya especificada y no al total. Esa es su correcta inteligencia y así ha tenido ocasión de precisarlo esta Sala saliendo al paso de una superficial aplicación sobre el tanto por ciento total. Así lo especificaba la STS 993/2011, de 11 de octubre: “**Asimismo en el fundamento jurídico primero in fine aplica de forma correcta el posible margen de error del 5% que se advierte en dicho informe. Dicho margen lo es sobre el grado concreto de pureza resultante 82,7% -y no sobre el 100% como se pretende en el motivo restándolo de aquel grado-** lo que supone una variación del 4,13% de dicho porcentaje, esto es el 78,57%, y una cantidad de cocaína pura de 764,48 gramos , cantidad significativamente semejante a la que resultaría de aplicar a los 804,67 gramos de cocaína pura (82,7% de 973

gramos) el margen de error del 5% (40,23 gramos): 764,44 gramos, y que excederían igualmente de aquel límite cuantitativo de los 750 gramos.”

Habría que reducir del tanto por ciento fijado pericialmente la cantidad resultante de multiplicar ese porcentaje por 0,05. Las SSTS 161/2010, de 25 de febrero y 136/2013, de 12 de febrero recuerdan esas pautas.

En el presente caso si operamos en exclusiva con la droga entregada a Alma María, tendremos que la cantidad total ocupada teniendo en cuenta ese margen de error (5 % referido al 36,8 % que supone una disminución en 1,84) vendría representada por 0,15 gramos con una riqueza del 34,96 %, es decir 0,05244 gr. de cocaína, monto que está por encima de la cifra fijada como mínimo de dosis psicoactiva (0,05 gr).

No sobra completar estas estimaciones con reflexiones tomadas de algunos antecedentes jurisprudenciales que, por un lado, recuerdan las líneas maestras de esa doctrina; y, por otro, la enmarcan en términos adecuados enfatizando su excepcionalidad y que no se trata exclusivamente de una cuestión de rigidez cuantitativa o matemática.

La STS 794/2009, de 29 de junio es buen exponente de la filosofía que se agazapa tras esa doctrina». (F. J. 3º)

Delito provocado y agente encubierto. No ha existido en el caso de autos delito provocado.

Recurso: Casación nº 39/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 427/2013 de fecha 10/05/2013

«El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.»

El delito provocado se integra por tres elementos:

a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.

b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.

c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.

Como se afirma en la STS 571/2008, el delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad.

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas.

La policía está para impedir la comisión de delitos y detener a los autores pero no para inducir a terceros a delinquir --SSTS 1114/2002; 848/2003; 1110/2004; 1154/2006; 975/2007, 571/2008 ó 313/2011--. (F. J. 2º)
(...)

El estudio de la primera operación descrita y la que se estudia actualmente ofrece una nota de identidad y una nota de diferencia.

En ambos, la iniciativa de delinquir partió exclusivamente de la persona concernida, sin intervención de agente policial alguno. No se injertó el dolo de delinquir por los agentes encubiertos ni en los absueltos en la sentencia ni en los tres recurrentes cuyo recurso se estudia.

La nota de diferencia está en que en el primer caso --camión cisterna-- hubo un proyecto que por ser irrealizable se consideró impune.

En el presente caso, ciertamente hubo una actividad tendente a la realización del fin delictivo --la traída del hachís, con la utilización del yate Willies Toys--, pero la intencionalidad delictiva de los recurrentes era absolutamente irreal, se trataba de un deseo irrealizable, y como tal merece, también ser calificado como impune, por más que existieran actos externos tendentes a su realización, pero fueron los agentes encubiertos los que con su decisiva aportación trataron de dar efectividad a lo que sin su aporte se hubiera quedado en deseo. Fueron ellos mismos los que facilitaron el yate, los que iban como tripulantes del yate y los que decidieron por sí y ante sí el regreso a puerto por el estado de la mar.

La única diferencia con el delito provocado, es la inexistencia de la inducción engañosa en el provocado por parte del agente provocador, pero el resto de los elementos coinciden, porque ni existió riesgo para el bien jurídico protegido porque los recurrentes carecieron de todo dominio del hecho y la finalidad de conseguir la detención de los implicados e incautación de la droga era obvia. Fueron los propios agentes encubiertos los que tuvieron el dominio del hecho en el doble sentido de facilitar los medios imprescindibles para la operación, y de desistir de ello por el estado de la mar.

En esta situación, se impone la conclusión absolutoria para los tres recurrentes.(F. J. 2º)

Descarga de droga: coautoría.

Recurso: Casación nº 671/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1842/2013 de fecha 07/02/2013

«Tampoco puede convertirse en complicidad la coautoría. Una reiterada jurisprudencia se erige en un muro contra el que está condenada a estrellarse esa pretensión. Como es sabido, de manera muy excepcional y pese a la amplitud de los verbos típicos que maneja el art. 368. la jurisprudencia ha admitido casos de complicidad (vid, por todas, SSTS 1234/2005, de 21 de octubre, 198/2006, de 27 de febrero, 16/2009, de 27 de enero, 1041/2009, de 22 de octubre o 933/2009, de 1 de octubre). La conducta de los recurrentes desborda los singularísimos supuestos en que puede considerarse viable la complicidad en un tipo tan abierto como es el art. 368. Conductas como la aquí enjuiciada son catalogadas insistentemente por la jurisprudencia como "coautoría". Una cosa es que los acusados puedan actuar por cuenta y cumpliendo encargos y al servicio de otros y que ocupen un escalón no directivo, sino auxiliar o muy secundario, de meros peones (lo que serviría para excluir en su caso alguna de las agravaciones del art. 370); y otra muy distinta es que las actuaciones conjuntas y concertadas con pluralidad de partícipes obliguen a separar a los principales, para considerarlos coautores; de los subalternos, que serían cómplices pese a que su contribución objetivamente implica actos que el art. 368 considera de autoría. Son actividades que, sin duda alguna "facilitan y favorecen" el consumo ilegal de drogas tóxicas. Una consolidada línea jurisprudencial avala estas conclusiones: SSTS de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992, 9 y 19 de febrero de 1993 632/1993, de 15 de marzo, 435/1995, de 21 de marzo, 38/1996, de 26 de enero, 10 de marzo de 1997, 1226/1997, de 10 de octubre, 219/1998, de 17 de febrero, 6 de marzo de 1998, 1219/1998, de 15 de octubre ó 1213/2003 de 24 de septiembre.

La condición de mero peón contratado para tareas secundarias pero directamente relacionadas con la droga (descarga) integra un supuesto encajable en el art. 28 CP. En el plano de la individualización penológica podrá y deberá distinguirse entre el papel desempeñado por quienes aparecen como organizadores de la operación, o en unos niveles superiores; y aquellos cuyo aporte se mueve en un estadio muy secundario: descargadores, vigilantes...». (F. J. 3º)

Envío de la droga por correo: casuística.

Recurso: Casación nº 767/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1072/2012 de fecha 11/12/2012

«Abordemos por tanto esa cuestión de carácter sustantivo. En un plano jurídico y desde un punto de vista abstracto cabe imaginar tres situaciones posibles en relación a supuestos como el presente de envíos postales de droga.

a) Que el receptor de la droga estuviese en connivencia con los remitentes antes del envío. Es la hipótesis más frecuente. Es la mecánica normal de operar. Si no, no se envía la droga. Es lo que ha supuesto la Sala de instancia y da como real en los hechos probados al referirse al concierto de los dos condenados con tercera o terceras personas “no identificadas residentes en Paraguay para recibir de éstas una determinada cantidad de la sustancia estupefaciente cocaína”. Si la sustancia se introduce efectivamente en territorio español y llega a su destinatario en condiciones de relativa disponibilidad y solo después es descubierta u ocupada estaremos ante un delito consumado del art. 369.1.10º del Código Penal (antes de la reforma de 2010); y en la actualidad del art. 368 (ó 369 si concurre alguna otra agravación). Respaldo jurisprudencial a estas consideraciones encontramos, entre muchos otros pronunciamientos de los que el Ministerio Fiscal se hace eco en su dictamen ante esta Sala, así como algunos más recientes que en la instancia en el momento del informe invocó también la representante en aquél acto de la acusación pública, en la STS 2104/2002, de 9 de diciembre: *“Se alega que al tratarse de una entrega controlada, los acusados en ningún momento tuvieron la posesión mediata o inmediata ni la disponibilidad real de la sustancia contenida en el paquete recogido, por lo que el delito de no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa. Sobre este extremo decíamos en la sentencia 835/2001, de 12 de mayo, que la regla general en el delito de tráfico de drogas es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Y que concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro, se considera que desde que uno de los partícipes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que han de recibirla (ver sentencia 1435/2000, de 29 de septiembre)”*.

b) Un segundo supuesto imaginable es el que describen los hechos probados de la sentencia. Existe esa connivencia previa, pero la droga ha sido detectada antes de llegar a territorio nacional de forma que los autores no han llegado a tener su disponibilidad efectiva en nuestro país. En ese caso estamos ante un delito de tráfico de drogas consumado en virtud de las razones y jurisprudencia expuestas. La duda surgía bajo la legislación anterior en relación a la circunstancia 10ª del art. 369, hoy desaparecida. Eso hace inútil elucubrar con esa discutida cuestión.

c) Una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el

momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos. En el presente caso los hechos probados afirman con rotundidad la existencia de un acuerdo previo y la prestación de una ayuda también previa se facilita una dirección y se asume un compromiso de recepción. Eso hace inaplicable esa doctrina». (F. J. 6º)

La dosis mínima psicoactiva se determina teniendo en cuenta el total de papelinas intervenidas.

Recurso: Casación nº 435/2012
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 822/2012 de fecha 31/10/2012

«En este sentido la STS. 1276/2009 de 21.12, precisó que ha de tenerse en cuenta la cantidad total imputable a los acusados. No cabe dividir el número de papelinas halladas, sino que han de sumarse todas con las debidas precauciones para determinar su pureza.

2ª) -porque individualmente consideradas, tres de ellas –la tercera- 57,2 mg; la novena 50,1 mg. Y la décima 51,9 mg. superarían también dicho límite.

3ª) -y porque en todo caso, una de las papelinas la tercera, superaría por sí sola –incluso aplicando el margen de error que aplica la sentencia impugnada, margen de error que ni siquiera aparece consignado en el informe pericial (folios 65 y 66)- el límite de la dosis mínima psicoactiva.

Consecuentemente el motivo debe ser estimado por cuanto atendida la cantidad y la pureza de las papelinas intervenidas, no puede sostenerse que no entrañarían un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, y los hechos constituyen por ello un delito art. 368 CP, sustancias que causan grave daño a la salud». (F. J. 2º)

Pluralidad de sujetos activos: codelincuencia, organización y grupo criminal. Diferenciación

Recurso: Casación nº 11151/2012 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 309/2013 de fecha 01/04/2013

«1. El art. 570 bis define a la organización criminal como: "*La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como *"la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas"*.

A la vista de tales conceptos se impone en el supuesto de pluralidad de sujetos activos la diferenciación entre codelinquencia, grupo criminal y organización criminal. (STS nº 239/2012).

La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad.

El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinquencia se apreciaría en los casos de

agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

2. En el caso, el Tribunal de instancia declara probado que el recurrente vendía sustancias estupefacientes que le guardaba el coacusado Luis Fxxx Lxxx en un piso; que cuando se iba de viaje a su país de origen (República Dominicana) le sustituía en esa clase de transacciones el coacusado Juan Fxxx Fxxx, quien también recogía la droga en el citado piso; que entre febrero y noviembre de 2011, reclutaron a otras personas para que transportaran droga hasta España, hechos por los que se siguen piezas separadas; que en ocasiones utilizaban para sus transacciones de cocaína al coacusado Luis Fxxx Lxxx, quien además los tenía como proveedores; que cambiaron el almacén de la droga del piso antes mencionado a una habitación en la vivienda de la madre de Luis Fxxx que aquella alquiló a Juan Fxxx Fxxx; y que el tráfico de drogas constituía su actividad habitual y su único medio de vida.

De todo ello resulta la concurrencia de los elementos consistentes en la agrupación o unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos en forma concertada. Y, aunque el Tribunal de instancia entienda que no concurre el elemento de estabilidad requerido para la organización criminal, tal como recoge en la fundamentación, lo cierto es, no solo que ese carácter estable resulta sin dificultad de los hechos probados, cuando así se declara que actuaron en la forma que describen, al menos entre febrero y noviembre de 2011 y que el tráfico de drogas “constituía su actividad habitual y su único medio de vida”, sino también que el propio Tribunal reconoce su concurrencia, aunque de forma matizada, al aceptar que “la actividad concertada y coordinada era mientras les durara el depósito de cocaína que atesoraban”, lo cual, por otra parte es una expresión de la prolongación temporal de la existencia del grupo para la ejecución de continuos actos de tráfico de drogas, aunque a causa de las particularidades del tipo descrito en el artículo 368 del Código Penal se consideren constitutivas de un solo delito, eso sí, integrado por múltiples actos. En cualquier caso, de los hechos probados resulta que no se trata de la agrupación o unión de más de dos personas formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito». (F. J. 2º)

Subtipo atenuado. “Escasa entidad”.

Recurso: Casación nº 1124/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 270/2013 de fecha 05/04/2013

«Ha de estimarse, en consecuencia, que los supuestos de escasa entidad en los casos de ventas aisladas de papelinas en la vía pública que pueden identificarse con el último escalón del tráfico, abarcan, conforme a los casos ya resueltos por la doctrina de esta Sala, supuestos de ocupación de cocaína que van, en su margen mínimo, desde una cantidad ligeramente superior a la dosis mínima sicoactiva (0,05 gramos), pues por debajo de dicha cifra el hecho es atípico, y en su margen más elevado, hasta un límite máximo de 2,5 gramos netos, es decir aproximadamente diez papelinas de 0,5 gramos, equivalente a 50 veces la dosis

mínima sicoactiva, dependiendo, en todo caso, del conjunto de circunstancias concurrentes». (F. J. 9º)

Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): incompatibilidad con la utilización habitual de establecimiento abierto al público para realizar los actos de tráfico (art. 369.1.3ª CP).

Recurso: Casación nº 1017/2012
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 370/2013 de fecha 30/04/2013

«El motivo incurre en causa de inadmisión al no respetar el *factum*. El subtipo agravado de venta en establecimiento público encuentra su explicación en la mayor facilidad que para la comisión de este delito su ofrecimiento en establecimiento abierto al público pues sus autores, parapetados en la apariencia de legalidad que da la normal explotación de un negocio, ponen tal ventaja al servicio de su ilícito negocio facilitando las ventas de manera indiscriminada a todo aquel que quiera adquirirlos, lo que supone un plus de impunidad que justifica el plus de punibilidad. SSTS 722/2008; 928/2007 ó 806/2011 de 19 de Junio, entre otras.

En el presente caso no se está ante una venta esporádica en el locutorio sino que el locutorio ha sido puesto al servicio del tráfico de drogas, lo que se acredita por la numerosa "clientela" que está acreditado por las vigilancias policiales previas y el hecho de ir una persona a comprar hachís mientras se llevaba a cabo el registro, así como el lugar donde estaba el hachís, parte en el interior de una de las cabinas que tenía el cartel de "no funciona".

Por lo que se refiere a la no aplicación del tipo privilegiado del párrafo 2º del art. 368 Cpenal, es patente la incompatibilidad conceptual de aplicar tal tipo privilegiado cuando se aplica el subtipo de venta en establecimiento público precisamente porque tal subtipo exige una cierta habitualidad como ya se ha dicho y no una mera venta episódica.

Procede el rechazo del motivo». (F. J. 3º)

Tentativa.

Recurso: Casación nº 615/2012
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 110/2013 de fecha 12/02/2013

«En la reciente Sentencia 20/2013, de 10 de enero, se expresa que se ha dicho en relación con el delito de tráfico de drogas previsto en el art. 368 del CP, que se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión. De ahí que su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, dificulte sobremanera la

apreciación del delito en grado de tentativa, en la medida en que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas). La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, no ha negado la singularidad de algunos supuestos relacionados con el transporte de droga realizado a través del correo u otro sistema de envío. La STS 989/2004, 9 de septiembre, se refiere a un supuesto de entrega vigilada, precisando que es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre, 383/94, 23 de febrero, 947/1994 5 de mayo, 1226/1994, 9 de septiembre, 357/1996, 23 de abril, 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994, 12 de septiembre, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico.

Las Sentencias de esta Sala que el Ministerio Fiscal señala en apoyo del recurso, también parten de una integración en el plan conjunto. Así, en la Sentencia 672/2010, de 5 de julio, se declara, entre otros extremos, que ha de matizarse la consideración de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009) si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa. Y en la sentencia de esta Sala, asimismo mencionada en el recurso, 66/2012, de 9 de febrero, igualmente se declara que por ello ha de matizarse la afirmación de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009), si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa. Y más adelante se dice en esta misma sentencia que tal

descripción excluye tanto el pacto previo para la importación de la droga como el carácter de destinatarios finales en los tres acusados penados. Ni siquiera deriva un compromiso de los penados que fuera necesariamente previo y esencial para que la operación pudiera tener lugar. Estamos pues, por el momento de realización de la actividad, en una tentativa de participación.

La jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado expresada es perfectamente aplicable al caso al que se refiere el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, especialmente el supuesto c) señalado por la Sentencia 1072/2012, de 11 de diciembre, en la que se declara que una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos.

Y ciertamente, el supuesto de tentativa que se describe en el apartado c) de esa sentencia es lo que se ha producido en relación a la acusada Mary Pxxx Oxxx, ya que no está acreditado ni se declara probado que esta acusada hubiese intervenido o se hubiese concertado en la operación previa al transporte de la droga desde Barcelona a Tenerife, ni consta que su decisión de intervenir haya sido previa a la intervención policial; tampoco está acreditado que fuese la destinataria de la sustancia estupefaciente de que era portador el coacusado Arturo Cxxx Vxxx; y no se declara probado ni está acreditado que hubiese tenido la disponibilidad de la droga». (F. J. Único del M. Fiscal)

Tentativa: se estima en quien inició la acción delictiva que devino frustrada por la retención policial de la droga enviada.

Recurso: Casación nº 445/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 183/2013 de fecha 12/03/2013

«Desde la perspectiva de la infracción de ley, procede recordar la doctrina tradicional de esta Sala en esta materia específica, recientemente reiterada en la STS 899/2012, de 2 de Noviembre.

Como ha señalado tradicionalmente esta Sala (STS de 26 de marzo de 1997 y STS 899/2012, de 2 de Noviembre, entre otras), si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial advierte de las dificultades de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, cabe admitir excepcionalmente la **tentativa** cuando el acusado, como sucede en el caso actual, **no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata.**

No ha quedado constatado que la intervención de este acusado (Sxxxx) se hubiese realizado antes de que la droga se encontrase ya en nuestro país, sometida al control policial, habiéndose solicitado por el remitente la colaboración del acusado para que participase en la recogida de la droga, pero sin que conste que éste accediese a ello antes de que la droga se encontrase en España, policialmente controlada.

Es decir la participación del recurrente se produce como paso previo a la posterior recepción de la mercancía por sus finales destinatarios, pero sin haber intervenido en la operación anterior destinada a traer la droga desde Argentina, pues no existe prueba específica de su participación en el concierto previo, por lo que debe sancionarse el hecho como **tentativa**, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala. (F. J. 8º)

El acusado tuvo intención de realizar una acción que representaba una colaboración efectiva en el tráfico, e inició la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero su actuación resultó frustrada, dado que las autoridades habían retenido el envío, y le detuvieron en el momento de la recogida del paquete que contenía la droga, antes de que llegase a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga intervenida. (Ver S.T.S. de 26 de marzo de 1997 y 3 de marzo de 1999, y recientemente STS 899/2012, de 2 de noviembre).

Cuestión distinta es la que afecta al otro acusado, que era el destinatario de la operación de importación, pues en tal caso una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida (STS 2108/93 de 27 de septiembre , 2378/93 de 21 de octubre , 383/94 de 23 de febrero , 947/94 de 5 de mayo , 1226/94 de 9 de junio , 1567/94 de 12 de septiembre , 2228/94 de 23 de diciembre , 96/1995 de 1 de febrero , 315/96 de 20 de abril , 357/96 de 23 de abril y 931/98 de 8 de julio, entre otras , o núm. 40/2009, de 28 de enero y núm. 545/2010, de 15 de junio , entre las más recientes). (F. J. 9º)

Como esta Sala ha recordado reiteradamente, el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito y ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, **es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico**

tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Esta posición doctrinal no ha sido compartida por esta Sala (ver STS 899/2012, de 2 de noviembre, entre las sentencias más recientes, cuya doctrina seguimos en el caso actual, y las sentencias que en ella se citan) porque el *art. 16 del Código Penal 1995* ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("*practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*").

Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, **que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.**

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan).

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que **la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto** (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan).

La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado.

Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido recientemente ratificada por el Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que "*El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.* (F. J. 10º)

(...)

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte **(se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada)**, es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, **o bien figurase como destinatario de la misma**, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) **La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.**

El caso actual, se encuentra precisamente en este supuesto, por lo que procede la aplicación de la tentativa». (F. J. 12º)

Tipicidad. Favorecer/facilitar el consumo ilegal de drogas: administración de benzodiazepinas a menores de corta edad. Exclusión de la modalidad agravada (art. 369.4ª CP): "non bis in idem".

Recurso: Casación nº 1869/2012
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 409/2013 de fecha 21/05/2013

«...esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP. y ha adoptado la posición dogmática de definir el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de consideraciones teleológica y ha llegado a la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, y ha venido aplicando de forma mayoritaria, la teoría de los mínimos psicoactivos en multitud de sentencias que constituyen un cuerpo muy sólido de doctrina legal (SSTS. 4/2004 de 14.1; 152/2004 de 11.2; 221/2004 de 20.2; 259/2004 de 20.2; 366/2004 de 22.3; 1215/2004 de 28.10; 1.7.2005), y ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005, en el sentido siguiente **“continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa”**.

Ahora bien esta doctrina que excluye la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuricidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción –por debajo de la dosis mínima psicoactiva es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública o cuando se desconoce la cantidad o pureza de la droga administrada, ello debe entenderse –precisan las SSTS. 1426/2004 de 13.12, y 1312/2005 de 7.11- cuando se trata de personas adultas pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan, (en el presente caso se trata de 8 niños menores de 1 año de edad). Y que ese suministro si genera un favorecimiento de las mismas, ciertamente a no inmediata toxicidad pero si entraña ese potencial riesgo para la salud pública.

En el caso actual, la acción antijurídica consiste no en la administración a un solo niño, sino a ocho todos menores de 1 año, Benzodiazepina –con componente activo alprazolam- a través del fármaco tranqumazin, psicotrópico incluido como sustancia prohibida en la Orden Ministerial de 30.5.84, y en la Lista IV del Anexo del Real Decreto 2829/77 de 6.10, sobre preparados medicinales psicotrópicos (STS. 58/2000 de 25.1).

En efecto, el fármaco tranqumazin contenía desde 0,5 a 3 mgs. De la sustancia conocida como Alprazolam, que tiene la consideración de psicotrópico, pero sus efectos e indicaciones ponen de relieve que no se trata de una sustancia cuyo consumo pueda producir graves riesgos para la salud, salvo en los casos de ingestión masiva y descontrolada. Se trata de un agudo ansiolítico con actividad específica en crisis de angustia. El alprazolam produce menores efectos que el

benzodiazepina especialmente en cuanto a somnolencia, aturdimiento, depresión y confusión. Los efectos secundarios si se producen, se observan generalmente al inicio del tratamiento y normalmente desaparecen con el uso tópico continuado o con disminución de las dosis. En definitiva se trata de un fármaco de análoga naturaleza que el Rohipnol que, por acuerdo de esta Sala, se ha considerado que no perjudica gravemente la salud (SSTS. 1.2.99, 10.9.99, 19.10.99, 206/2000 de 14.2, 215/2002 de 7.5, 1174/2002 de 22.6, 54/2006 de 1.2).

Esta conducta se integra en una de las modalidades comisivas típicas de la acción delictiva que contemplan los verbos nucleares de "favorecer" y "facilitar" el consumo de los productos prohibidos a terceros, no existiendo prueba, atisbo ni indicio de que la ahora recurrente careciera del conocimiento de las acciones que realizaba o de su significación antijurídica, ni de que esos actos no se ejecutaran por su propia decisión y voluntad.

Existió por tanto, una vulneración del bien jurídico protegido: salud pública, dado que la droga se administró a ocho bebés por la persona que los tenía a su cuidado, produciéndoles diversas intoxicaciones constitutivas de cuatro delitos y una falta de lesiones.

Cuestión distinta es que, en virtud del principio non bis in idem se aplique el tipo básico de sustancias que no causan grave daño a la salud del art. 368, y no el subtipo agravado previsto en el art. 369.4 CP, pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios del fármaco, luego si además se aplicare el subtipo agravado, el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica». (F. J. 2º)

Tipo agravado. Concepto de “buque” (Acuerdo del Pleno): no concurre. Inclusión del término “embarcación” posterior a los hechos.

Recurso: Casación nº 10503/2012 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 709/2012 de fecha 03/10/2012

«El acuerdo de pleno de esta sala antes citado reserva la calidad de “buque” para las “embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad”.

Pues bien, el examen de los hechos permite comprobar que la utilizada por el recurrente fue “una embarcación recreativa [...] de 5,43 metros de eslora y 2,16 metros de manga, equipada con un motor Honda de 130 cv”. De estas particularidades la sala de instancia infiere la “capacidad de carga y operatividad en travesías de entidad”, que, a su entender, resultaría también de que “navegó a más de 6 millas náuticas y trató de huir de la patrullera de la Guardia Civil y transportando la mercancía”. Pero, si pudiera haber alguna duda, el examen de las imágenes que existen en la causa tendría que despejarla, pues la motora incautada ni siquiera tiene cabina, y comprende un espacio capaz de albergar la silla del piloto y otra más, detrás de un parabrisas, y, en la parte delantera una muy reducida

superficie totalmente al aire, prácticamente equivalente a la ocupada por los dos asientos aludidos..

El Diccionario de la RACE llama “buque” al “barco con cubierta que, por su tamaño, solidez y fuerza, es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia”. El Diccionario del Español Actual, de Seco, Andrés y Ramos, lo define como “barco de cierta importancia, por su tonelaje o por la misión a que está destinado” y añade que es frecuente asociar al vocablo “un adjetivo especificador: de cabotaje, de guerra, mercante...”.

Pues bien, no hacen falta especiales consideraciones para concluir que la embarcación recreativa de referencia no responde en absoluto a ninguna de esas caracterizaciones y, por consiguiente, no puede considerarse denotada por el término “buque”. En efecto, pues ni por el tonelaje ni por su morfología ni por su envergadura sería apta para “navigaciones o empresas marítimas de importancia”. Dato este cuya concurrencia ha exigido también esta sala, en el pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, para que pueda entrar en juego la agravación de que se trata.

Precisamente, para sortear el carácter restrictivo impuesto al precepto por el uso de esa expresión, el legislador de 2010 se decantó por incluir asimismo en el texto actual del art. 370,3º la de “embarcaciones”, que sí comprendería la de los hechos, pero que, por la fecha de los mismos, no es aplicable, como se ha dicho.

Esta sala, entre otras, en sentencias 191/2010, de 23 de febrero; 932/2009, de 17 de septiembre; y 151/2009, de 11 de febrero, consideró susceptibles de entrar dentro de la categoría de “buque”: un catamarán de 14,80 metros de eslora y 8,2 de manga; un velero de 9 metros de eslora y 2,7 de manga; y un velero de 9 metros de eslora, respectivamente. En supuestos en los que por las características de las embarcaciones se había cuestionado su posible calificación, tomando para ello la capacidad de carga y la aptitud para realizar singladuras de larga distancia.

Así, a tenor de las consideraciones expuestas, el motivo tiene que estimarse». (F. J. 2º)

Tipo agravado: organización criminal.

Recurso: Casación nº 722/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 141/2013 de fecha 15/02/2013

«La nueva regulación introducida por el art. 369 bis se aparta de su inmediato precedente, representado por el art. 369.1.2 del CP. En éste se castigaba la pertenencia a una organización, o asociación “...incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional”. En el nuevo texto legal no se hace referencia a la transitoriedad de las organizaciones puestas al servicio del delito.

Esta novedad, sin embargo, es congruente con el renovado enfoque legislativo abanderado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «*De las organizaciones y grupos criminales*», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, con arreglo al cual, “...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 reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Esta definición, en su esencia, es también acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas, en las SSTS 808/2005, de 23 de junio; 763/2007, 26 de septiembre, 1601/2005, 22 de diciembre, 808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 11 de septiembre, con arreglo a la cual, la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura.

En consecuencia, son elementos definitorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada, con un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito (cfr. STS 112/2012, 23 de febrero).

Desde la perspectiva que centra nuestro interés, esto es, la posible concurrencia entre los tipos penales previstos en el art. 570 bis, 1º -promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir, participar activamente, pertenecer o cooperar económicamente con una organización que tuviere por objeto la comisión de delitos graves- y en el art. 369 bis -tráfico de drogas ejecutado por quienes pertenezcan a una organización delictiva- la relación ha de ser resuelta, con carácter general y sin excluir otras soluciones alternativas en función de la singularidad del caso concreto, conforme a las reglas propias del concurso aparente de normas y la relación de especialidad descrita en el art. 8.1 del CP, con arreglo a la cual, el precepto especial (art. 369 bis) excluiría la aplicación de la norma general (art. 570 bis, 1). Esta conclusión no contradice la regla específica prevista en el art. 570 *quater*, apartado 2, párrafo 2º, en el que se precisa que “...en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4º del art. 8”. Este precepto actuaría a modo de cláusula de cierre para evitar la paradoja de que la nueva regulación, concebida como respuesta a una necesidad de política criminal sentida en nuestras fronteras y sugerida por instancias internacionales, conllevara como indeseable consecuencia, determinada por la relación de especialidad, una rebaja de las penas inicialmente previstas para sancionar tipos agravados en relación con conductas en las que la pertenencia a una organización intensifica la lesión al bien jurídico. Así sucede, por ejemplo, con las penas asociadas a los delitos relacionados con la prostitución y corrupción de menores, previstos en los arts. 187, 188 y 189, o la receptación y blanqueo de capitales del art. 302. 1 del CP. Es en tales casos cuando la regla específica del art. 8.4 -a la que se remite el art. 570 *quater*- adquiere pleno significado.

La STS 207/2012, 12 de marzo, sin mencionar la relación de especialidad entre ambos preceptos, llegaba a la misma conclusión a partir del mandato de imposición de la pena más grave, derivado de los arts. 570 *quater*, apartado 2 y 8.4 del CP. En efecto, recordaba que la reforma introducida por la LO. 5/2010, si bien ha suprimido la circunstancia 2ª del art. 369.1, no ha eliminado la agravación específica, en cuanto ha incorporado un nuevo art. 369 bis, castigando con penas de nueve a doce años y multa a "*quienes realizaren los hechos descritos en el art. 368, respecto de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y pertenecieren a una organización delictiva*", aunque ya no se habla del carácter transitorio o del modo ocasional de la actividad de distribución.

La reforma obliga a tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La agravación se produce exclusivamente cuando quienes ejecutan las conductas descritas en el art. 368 pertenecen a una organización criminal.

b) Ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis: "*A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como...*"

c) La organización ha de estar integrada, en consecuencia, por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos (art. 570 bis del C. Penal).

d) Se ha suprimido de la agravación para la ejecución del delito el consorcio meramente transitorio u ocasional, ajustándose así el subtipo a la exigencia de estabilidad que impone el nuevo art. 570 bis del C. Penal al definir la organización.

e) La agravación no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal, tal como aparece definido en el art. 570 ter.

f) Se amplían las conductas que se especificaban en el antiguo 369.1.2º, pues allí se exigía la pertenencia del culpable a una organización que tuviera como finalidad difundir tales sustancias y productos, mientras que la actual redacción de la agravación del art. 369 bis cubre la totalidad de las conductas previstas en el art 368 (actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal), que van más allá de la simple distribución material. Se recogen, pues, sustancialmente en la definición legal los caracteres que asumía la jurisprudencia supra citada, en cuanto que se requiere una pluralidad de personas (tres o más), estabilidad en el tiempo, y una actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes.

g) Ha de sopesarse también que el nuevo art. 570 bis 1 del C. Penal equipara punitivamente a quienes participan activamente en la organización con los que forman parte de ella o cooperan económicamente o de cualquier otro modo .

h) El nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del CP suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal).

Este criterio ha sido confirmado en las posteriores SSTS 334/2012, 25 de abril y 732/2012, 1 de octubre.

Por cuanto antecede, al describir el factum todos y cada uno de los elementos que integran la agravación prevista en el art. 369 bis del CP, conforme a la definición ofrecida por el art. 570 bis del mismo texto, referida al concepto de organización, se está en el caso de estimar el motivo del Fiscal, con las consecuencias punitivas que describimos en la segunda sentencia». (F. J. 36º)

Tipos de sustancias no gravemente lesivas de la salud: alprazolam.

Recurso: Casación nº 372/2012

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 890/2012 de fecha 15/11/2012

«El Tribunal de instancia, acertadamente, señala que el hachís y la marihuana incautadas al acusado no son sustancias que causan grave daño a la salud. Tampoco lo es el "alprazolam", incluido en la Lista IV del Convenio de Viena, y así lo ha declarado esta Sala en diversas ocasiones, entre otras en la STS nº 109/2001 de 1 de febrero, en la que reiterando lo establecido en otras resoluciones precedentes, como las SS.T.S. de 21 de diciembre de 1995 y 1 de febrero de 1.999, señala que "la sustancia "alprazolam" La sustancia "alprazolam" -que coincide sin duda con la que identifica como "alzaprolam" la última de las sentencias mencionadas- es el componente activo del fármaco "Tranquimazin" que tiene, sin duda, la consideración de psicotrópico aunque sus efectos e indicaciones ponen de relieve que no se trata de una sustancia cuyo consumo pueda producir graves riesgos para la salud, salvo en casos de ingesta masiva y descontrolada. "Se trata - se dice en la S. de 1-2-99- de un agente ansiolítico con actividad específica en crisis de angustia. El Alzaprolam produce menores efectos que el Diazepan, especialmente en cuanto a somnolencia, aturdimiento, depresión y confusión. Los efectos secundarios, si se producen, se observan generalmente al principio del tratamiento y normalmente desaparecen con el uso típico continuado o con disminución de las dosis. En definitiva, se trata de un fármaco de análoga naturaleza que el Rohipnol que, por acuerdo de esta Sala, se ha considerado que no perjudica gravemente a la salud"». (F. J. 4º)

Tráfico de drogas. Autoría y atribución del total aprehendido.

Recurso: Casación nº 1898/2011
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 770/2012 de fecha 09/10/2012

«...el tribunal de instancia está queriendo describir una responsabilidad *in solidum*, propia de la codelinuencia, que atribuye a todos y cada uno de los intervinientes la responsabilidad por toda la droga ocupada, citando a unos como vendedores y a otros como “**fuentes de abastecimiento**”, es decir como *proveedores*. Y si tal extensión universalizada pudiera resultar excesivamente amplia, conforme a la doctrina jurisprudencial antes relacionada, queda claro que corresponde que examinemos hasta donde pudiera alcanzar, caso por caso, acusado por acusado, excluyendo la aplicación del supuesto específico de agravación, cuando de aquélla no resultare.

Y así, por lo que se refiere al coacusado ahora **recurrente**, más allá de la inicial imputación de “*continua comunicación, tenencia en diversos domicilios del estupefaciente*”, y ser “*fuentes de abastecimiento, y de formar parte de la totalidad de acusados que manejaban la droga, distribuyéndose entre ellos conforme a las necesidades del mercado ilícito*”, que pudiera resultar excesivamente genérica, habrá que atender a las drogas halladas en su domicilio, cuyo examen habrá que realizar para determinar si las cantidades halladas, reducidas a pureza, alcanzan las cifras exigidas para integrar la agravante específica de referencia». (F. J. 26º)

Tráfico de precursores (art. 371.1 CP) reducidos ámbito de aplicación; límites respecto de la conspiración para el tráfico de drogas.

Recurso: Casación nº 503/2012
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 34/2013 de fecha 18/01/2013

«La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que se trata de un tipo delictivo de mera actividad, toda vez que el elemento objetivo se realiza por el mero hecho de tener en su poder los equipos, materiales y sustancias referidas, en el que el dolo no solo cubre la acción típica, sino otras a las que sirve de antesala o propósito; a esto se refiere el precepto cuando exige para la integración del tipo que el poseedor actúe a “sabiendas”. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto considerar como objeto del delito no solo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus “precursores”. La respuesta penal se anticipa así al momento de la realización de los actos meramente preparatorios, adelantando las barreras de intervención penal; de modo que así como la posesión de drogas es punible cuando va acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o fabricación de drogas (SSTS 477/2001, de 26-3; y 940/2011, de 27-9).

Por consiguiente, al constar acreditado en el presente caso que los acusados tenían en su poder sustancias catalogadas como precursores y que se dedicaban a distribuir las con su vehículo, es claro que concurre el elemento objetivo del tipo penal, pues “tenían en su poder” las sustancias cuya detentación con

destino a la confección de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas prohíbe el C. Penal.

Y en lo que respecta al elemento subjetivo del tipo penal, ya se argumentó en el fundamento precedente que concurrían indicios claros de que eran sabedores de que la distribución de los precursores tenía como destino final la confección de drogas prohibidas por el art. 368 del texto punitivo. Así lo constatan las medidas de reserva y precaución que adoptaban para transportar los precursores; el contacto con personas vinculadas al tráfico de sustancias estupefacientes; el afloramiento de los beneficios económicos que obtenían con la distribución clandestina; y la inexistencia de datos objetivos que justifiquen la compra de importantes cantidades de sustancias calificadas como precursores y otras destinadas al corte y elaboración de drogas prohibidas, habida cuenta que no aparecen indicios de que la mercancía adquirida fuera dedicada a actividad comercial o industrial de carácter lícito.

Ha de quedar pues excluida la calificación jurídica de conspiración que postula la defensa, dado que la anticipación de la consumación delictiva que se prevé en el art. 371.1 del C. Penal dificulta sobremanera la posibilidad de aplicación de los actos meramente preparatorios, al penar el propio precepto la mera tenencia de precursores sin necesidad de que se lleguen siquiera a distribuir, y mucho menos todavía se exige la elaboración de la sustancia estupefaciente. Ambos aspectos objetivos no son exigidos por el tipo penal, circunstancia que imposibilita que prospere la tesis que postula la defensa, visto el margen estrechísimo que deja abierto el legislador para que opere la tipificación de la conspiración delictiva». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

Inmigración ilegal. Elementos.

Recurso: Casación nº 10395/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 1025/2012 de fecha 26/12/2012

«El art. 318 bis se encuadra en un Título que lleva por rúbrica *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, siendo el único precepto de ese Título. Es indudable que protege también el control del Estado sobre los flujos migratorios, que constituye un interés legítimo que presenta connotaciones supranacionales. Sin embargo su ubicación sistemática no permite prescindir de la consideración del bien jurídico legalmente destacado que son los derechos de los ciudadanos extranjeros. La mención a la *víctima* del delito que se hace en la norma refuerza este criterio, pues no podría hablarse de *víctima* en conductas que solo afectasen al interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería. Por ello el delito incluye el componente de afectación a los derechos de los extranjeros, aunque se trate exclusivamente del peligro de situar a éstos en una posición de vulnerabilidad derivada de la ausencia de un estatus acorde con la legalidad. Es, en

consecuencia, un delito pluriofensivo que ataca a los dos bienes jurídicos referidos.

Por ello la STS 1378/2011, de 14 de diciembre señala que *“...para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. Así hemos dicho en STS 147/2005 y 569/2006 de 19-5 que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10 de noviembre, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable o como dice la STS 635/2007 de 2 de septiembre, en su art. 318 bis 1 "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, **proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales** (STS 1465/2005, de 22 de noviembre, y 1304/2005, de 19 de octubre)".*

En el caso actual es indudable que la acción enjuiciada afecta de modo directo al control de entrada en el territorio español y a los derechos del extranjero afectado, pues aunque éste se haya sometido voluntariamente a la entrada clandestina poniéndose a sí mismo en clara situación de riesgo, no se excluye con ello la lesividad de la conducta del acusado que pretende colocar al extranjero en una **situación de ilegalidad, que le expone a un fácil menoscabo de sus derechos fundamentales.**

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso, salvo en lo que se refiere a la exclusión de la agravación de ánimo de lucro.

Dado que la apreciación de peligro para la integridad física del afectado determina en cualquier caso la aplicación de la agravación prevista en el párrafo segundo del citado art. 318 bis, la exclusión del ánimo de lucro surtirá efecto en la individualización de la pena, una vez aplicada la atenuación prevista en el párrafo quinto». (F. J. 7º)

DELITO DE AMENAZAS.

Actos de hostigamiento intimidatorio.

Recurso: Casación nº 2016/2011

Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 1068/2012 de fecha 13/11/2012

«Los argumentos blandidos en el recurso del Fiscal para combatir esas apreciaciones son convincentes. La reiteración de actos de hostigamiento, la efectiva materialización de las amenazas, lo que avala su apariencia de seriedad *ex ante*, haber conseguido torcer la voluntad de los vecinos impulsándoles a buscar otro lugar de residencia, tal y como les exigía, la gravedad intrínseca de los males con que se conminaba (incendio, muerte...), la exhibición de una actitud agresiva, hostil y asocial que arropaba a las amenazas con un manto de credibilidad... constituyen un racimo de circunstancias que impiden etiquetar como “leves” esas intimidaciones. El contexto agresivo que la Sala de instancia evoca para optar por esa moderada calificación, puede explicar la génesis de las amenazas, pero en nada influye en su intensidad o capacidad intimidatoria. Un ambiente de hostilidad persistente no devalúa las amenazas. Es más, en ocasiones puede operar en el sentido justamente inverso. No son amenazas proferidas en un momento de acaloramiento, sino sistemáticas, ilativas. Por mucho que sea el relativismo y circunstancialidad que ha regir la tarea de discriminar entre las amenazas graves y las leves, y, consiguientemente, su consideración como delito o como falta (SSTS 110/2000, de 12 de junio, 701/2003, de 16 de mayo, 938/2004, de 12 de julio, 1267/2006, de 20 de diciembre, 311/2007, de 20 de abril, 396/2008, de 1 de julio, o 180/2010, de 10 de marzo), en el supuesto contemplado los datos aludidos, bien concluyentes, abonan la calificación que propugnaba el Fiscal. Los males anunciados son constitutivos de delito; el autor es persona que se muestra capaz de cumplir sus amenazas, haciendo ostentación de su carácter agresivo y llegando a ejecutarlas. Con su perseverante actitud intimidatoria consigue doblegar la paciencia y resistencia de sus vecinos que prefieren abandonar la vivienda que soportar la angustia, desazón y desasosiego generados, y alimentados por esa secuencia de daños que se van produciendo en el edificio y que refuerzan la firmeza y seriedad de las amenazas. Esa es la evidencia de que se ha alterado el sistema de motivaciones introduciendo en un terreno que debe modularse por la propia autonomía, ese factor de la aversión al mal anunciado que repudia el ordenamiento. Objetivamente las amenazas eran idóneas para atemorizar y perturbar el ánimo y tranquilidad de un hombre medio. El recurrente logró crear una atmósfera de temor hacia sus posibles reacciones. Son amenazas bien concretas que incluso podrían haber sido llevadas al nº 1º del art. 169, lo que no es factible dado el encadenamiento al tipo jurídico penal invocado por la acusación: amenazas no condicionales de un mal constitutivo de delito (incendio, patrimonio, vida). La apreciación de unas exigencias anudadas a las amenazas, aún no excluyendo en abstracto por sí misma la catalogación como falta (la legislación vigente admite una falta de amenazas condicionales), robustece igualmente la consideración de las amenazas como graves y, por ende, constitutivas de delito». (F. J. 5º)

DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

Apropiación indebida del art. 252 CP en su modalidad de gestión desleal.

Recurso: Casación nº 1098/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 318/2013 de fecha 11/04/2013

«El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas para su administración, no requiere el *animus rem sibi habendi*. En efecto, decíamos en la STS 162/2008, 6 de mayo, que quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del art. 252 del CP. La acción de distraer el dinero que se administra, no es propiamente una conducta de apropiación, sino una conducta de infidelidad.

Desde la STS 224/1998, 26 de febrero, en la que se citaban como precedentes las SSTs 7 y 14 de marzo de 1994 y 30 de octubre de 1997, esta Sala ha venido afirmando que el tipo de infidelidad acogido en el art. 252 del CP, cuando castiga al que distrajere dinero, se caracteriza por tres ideas básicas: a) tiene por finalidad proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión; b) la disposición sin razones que lo justifiquen consume el delito, ya que no es necesario el enriquecimiento del autor; c) no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación». (F. J. 5º)

Concurso normativo y principio acusatorio.

Recurso: Casación nº 1098/2012
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 318/2013 de fecha 11/04/2013

«...aceptando la interpretación jurisprudencial basada en el concurso normativo entre los arts. 252 y 295 del CP, a resolver por la solución ofrecida por el art. 8.4 del CP, es evidente que ninguna indefensión se genera cuando en las conclusiones definitivas se sostiene la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal (art. 252 CP) y el juicio de subsunción definitivo opta, precisamente, por el precepto al que, según esta Sala, ha de otorgarse preferencia aplicativa al prever una pena mayor (art. 252 CP).

(...)

Se hace difícil, a la vista de la minuciosa descripción de esos movimientos y transferencias dinerarios, cuestionar la corrección del juicio de tipicidad proclamado por la Audiencia. En esos actos dispositivos expresivos de una gestión desleal que alcanzó significado delictivo, se mezclan actos ejecutados en beneficio propio, actos que tuvieron por beneficiarios a terceras personas y, en fin, actos contrarios a los fines propios de la fundación. En eso consiste el delito de apropiación indebida del art. 252, en su modalidad de administración desleal, y por este tipo delictivo ha sido condenado el recurrente». (F. J. 3º)

DELITO DE ATENTADO.

Tipo subjetivo: elemento cognitivo

Recurso: Casación nº 11226/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 399/2013 de fecha 08/05/2013

«...encañonar a varios agentes que entran en la habitación al grito de “¡policía!”, uno de los cuales viste el uniforme reglamentario, colma las exigencias objetivas y subjetivas de los preceptos que han sido aplicados (art. 550, 551.1 y 552.1 CP).

En nuestra STS 652/2009, 9 de junio, nos hacíamos eco de la necesidad de formular una precisión acerca del tipo subjetivo en el delito de atentado. En palabras de la STS 22 de febrero de 1991, el propósito de atentar contra la autoridad no requiere una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción. Es decir, no es un elemento volitivo especial, sino un elemento cognitivo, que se da con el conocimiento del carácter de autoridad de la persona intimidada o acometida. El que sabe que intimida o acomete a una persona que ejerce como autoridad tiene, por lo tanto el propósito de atentar contra la misma. Por lo tanto, es erróneo considerar a dicho propósito como un elemento diferente del elemento cognitivo del dolo. En este delito, la doctrina de esta Sala –recuerda la STS 2012/2004, 8 de octubre- habla de ánimo de ofender al funcionario o autoridad con menosprecio o daño del principio de autoridad. Hay que aclarar en este punto que tal ánimo de ofender o causar daño al principio de autoridad no es un elemento del delito diferente al dolo: no se trata de un elemento subjetivo del injusto a añadir al dolo. En este delito de atentado sólo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más». (F. J. 3º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

Irrelevancia, como indicio del blanqueo, de la diferencia entre precio real y precio escriturado en la venta de un inmueble.

Recurso: Casación nº 1247/2012

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 341/2013 de fecha 09/04/2013

«La inferencia de origen delictivo del dinero que asentada sobre la diferencia entre precio escriturado y precio real en la adquisición de un inmueble resulta poco concluyente en la medida en que no puede en absoluto afirmarse que no se trate de una práctica extendida cuya funcionalidad, aún en el caso de ilícita, no puede vincularse inequívocamente de manera concluyente a la ocultación del origen del dinero representativo de aquélla diferente entre precio escriturado y precio realmente satisfecho». (F. J. 5º)

Necesidad de existencia del bien objeto de blanqueo.

Recurso: Casación nº 1247/2012
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 341/2013 de fecha 09/04/2013

«El artículo 301 del Código Penal tipifica unas conductas que se caracterizan por referirse a un objeto concreto descrito con la genérica denominación de **bienes**, sin otra especificación que la que deriva de su **origen**. Pero para que la actividad pueda desarrollarse es ineludible que dichos bienes tengan **existencia real actual**. En su ausencia podrán llevarse a cabo actividades preparatorias o, si se quiere, incluso de tentativa. Pero no se puede considerar que el delito se ha consumado si el bien, por inexistente no puede ser ni adquirido, ni poseído, ni convertido, ni transmitido, ni cabe ocultar o encubrir su origen.

En este caso mal puede decirse que existe cuando se identifica como *beneficio* obtenido en una operación de tráfico de drogas que se dice concluida con la intervención policial que intervino la droga objeto de dicho tráfico». (F. J. 5º)

Prueba del delito antecedente: sentencia previa absolutoria.

Recurso: Casación nº 1247/2012
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 341/2013 de fecha 09/04/2013

«Una cosa es que la existencia del previo delito pueda afirmarse sin previa condena, y otra que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera otros de los elementos del tipo. Ahí puede probarse por prueba directa o indiciaria (...)

Es más, la exigencia del tipo agravado se extiende también a la relación entre ese delito previo y el dinero objeto de la actividad típica, es decir, de la ocultación de su origen, que es la modalidad aquí imputada.

Pues bien, en el caso que juzgamos, no se trata de una *situación particular* por el modo de constatación de ese delito previo, caracterizado por la inexistencia de una condena. Aquí lo relevante es que ha recaído una sentencia previa que, no solamente no condena, sino que proclama que quienes ahora son acusados, deben ser absueltos». (F. J. 2º)

Vinculación del bien a delitos precedentes, por medio de indicios.

Recurso: Casación nº 1247/2012
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 341/2013 de fecha 09/04/2013

«...sin cuestionar la adecuación del tipo penal establecido en el artículo 301 del Código Penal a las exigencias del principio de legalidad y taxativa determinación, puede constatarse partiendo de indicios la vinculación del bien objeto de la actividad típica del blanqueo a delitos antecedentes». (F. J. 2º)

DELITO DE CALUMNIAS.

No concurre. No ofensa a la honorabilidad.

Recurso: Casación nº 672/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1023/2012 de fecha 12/12/2012

«A) Bajo la vigencia del CP ya derogado, las resoluciones de esta Sala exigiendo la concurrencia de un elemento subjetivo añadido al dolo, conformaban una línea jurisprudencial consolidada. La STS 856/1997, 4 de junio, dictada en aplicación del previgente art. 453 del CP, no dudaba en exigir esa concurrencia: *“...en último término ha de precisarse la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de infamar o intención específica de difamar, vituperar o agraviar al destinatario de esta especie delictiva; voluntad de perjudicar el honor de una persona, «animus infamandi» revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, con finalidad de descrédito o pérdida de estimación pública, sin que sea exigible tal ánimo como única meta del ofensor, bastando con que aflore, trascienda u ostente papel preponderante en su actuación sin perjuicio de que puedan hacer acto de presencia cualesquiera otros móviles inspiradores, criticar, informar, divertir, etc., con tal de que el autor conozca el carácter ofensivo de su impugnación, aceptando la lesión del honor resultante de su actuar”*. Se confirmaba así una línea jurisprudencial ya histórica y que tenía adecuado reflejo, entre otras, en las SSTS 23 mayo 1989, 30 enero 1986, 19 abril 1986, 24 diciembre 1986, 4 julio 1988 y 4 octubre 1988, entre otras muchas.

Sin embargo, algunos precedentes dictados en aplicación de los preceptos ya derogados, cuestionaban la procedencia de ese elemento llamado a reforzar el tipo subjetivo. Es el caso de la STS 22 abril 1991: *“...definido, en consecuencia, el «animus injuriandi» como el conocimiento del carácter lesivo del honor y la asunción de las consecuencias dañosas, parece claro que, en realidad, dicho «animus» se confunde totalmente con el dolo del tipo, pues quien sabe que imputa un delito obra ya con todo el elemento subjetivo pues necesariamente sabe también que realiza una acción lesiva del honor de otro y si ante tal representación no inhibe la acción es porque asume las consecuencias dañosas para el bien jurídico”*.

Con la vigencia del CP de 1995, la redacción del art. 205 del CP (“es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”) ha traído consigo una práctica unanimidad doctrinal que excluye la exigencia de un elemento subjetivo que vaya más allá del dolo exigido por la figura. Y este entendimiento del tipo subjetivo ha tenido también acogida en algunas resoluciones que de forma directa, al enumerar los elementos del delito, excluyen en el análisis del tipo subjetivo el *animus difamandi*. Es el caso del ATS 9 septiembre 2009 –recaído en la causa especial núm. 67/2004-. En él

puede leerse: “...en primer lugar es preciso que se haya realizado la imputación de un delito. Por tal hay que entender acusar, atribuir, achacar o cargar en cuenta de otro la comisión de un hecho delictivo. En segundo lugar, la acusación ha de ser concreta y terminante, de manera que, como ha dicho esta Sala «no bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente», añadiendo, «lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debiendo contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, según su descripción típica, aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor» (STS núm. 856/1997, 14 de junio). Y, en tercer lugar, desde el punto de vista subjetivo, la imputación ha de hacerse con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad”. En la misma línea, aunque de forma implícita, otras resoluciones excluyen en el análisis del tipo subjetivo la exigencia de ese especial propósito de difamar al ofendido (cfr. STS 192/2001, 14 de febrero).

En efecto, la descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, que ya sea en la forma de dolo directo – *conocimiento de la falsedad de la imputación*- o en la modalidad de dolo eventual – *temerario desprecio hacia la verdad*-, agotan el tipo subjetivo, sin necesidad de exigir un *animus difamandi* que necesariamente está abarcado ya por el dolo. No existen razones dogmáticas ni derivadas de la literalidad del precepto para defender lo que en expresión bien plástica se ha calificado como un tipo subjetivo tan robusto y pleno de exigencias que conducía a debilitar la protección penal del honor.

En ausencia de ese elemento subjetivo del injusto artificialmente sumado al dolo que exige el tipo, carece de sentido el debate acerca de la posibilidad de hacer compatible la embriaguez –apreciada como alteración de la imputabilidad y valorable, por tanto, en el momento del examen de la culpabilidad- y un singular ánimo de difamar que, como venimos insistiendo, no es exigible.

B) De conformidad con el factum, el acusado manifestó a su vuelta a la unidad, en visible estado de embriaguez, después de haber provocado un incidente con su compañero José Antonio HXXXX, y en presencia del agente núm. ZXXXXH (Chavero), que en aquellos momentos se hallaba en funciones de guardia del cuartel de Premio de Mar, lo siguiente: “*dónde está el chulo ese, se va a enterar, le voy a decir al Capitán que él y MXXX se quedan con una parte de lo que cogemos y la venden en complot con los camellos*”.

La Sala entiende, en coincidencia con el Fiscal, que esa afirmación no supone la infamante atribución de un hecho delictivo a sabiendas de su falsedad. Si bien se mira, lo que expresa la locución que el Tribunal de instancia da por probada es el anuncio de que se va a poner en conocimiento del capitán una actividad ilícita con el exclusivo objeto de que “ese chulo” se entere. Ese enunciado no sirve de vehículo a una ofensa a la honorabilidad, antes al contrario, expresa un mensaje intranquilizador que sólo busca amenazar con una venganza basada en la puesta en conocimiento del superior común de un hecho que ni siquiera se identifica con una conducta que es objeto de imputación. Repárese en que el acusado no dice a su interlocutor que José Antonio HXXX esté quedándose con droga que luego reintroduce en el mercado negro valiéndose de otros traficantes. Lo que le

comunica es que él va a decírselo al capitán. Ni siquiera existe un juicio de atribución. No se imputa la autoría de un delito contra la salud pública. No se mancilla la honorabilidad del compañero que le ha abandonado durante el servicio. Lo que se anuncia es que se va a decir al capitán que HXXX y MXXX están quedándose con droga y lo que se persigue no es otra cosa que atemorizar con ese anuncio al querellante.

Exigencias elementales asociadas al principio acusatorio determinan que la frase imputada a Juan Manuel JXXX, no pueda ser subsumida en un delito distinto de aquel por el que se ha formulado acusación. De ahí que su posible encaje en la falta de amenazas a que se refiere el art. 620.2 del CP ha de ser descartado en casación. Todo ello sin perjuicio, claro es, del tratamiento disciplinario que esa expresión puede tener en el ámbito que es propio de las infracciones de aquella naturaleza». (F. J. 4º)

DELITO DE COACCIONES.

Modalidades: traslado forzoso.

Recurso: Casación nº 737/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 63/2013 de fecha 07/02/2013

«Tiene razón el recurrente en que el relato fáctico no señala expresamente que participase materialmente en la acción violenta de introducir forzosamente a las víctimas en el vehículo que él conducía, pues de los hechos probados se deduce que fueron los otros dos acusados los que lo hicieron.

Pero ello no le exime de su participación en el delito de coacciones. En el caso actual, **la coacción consiste, precisamente, en impedir que las víctimas pudiesen utilizar su propio vehículo para ejercer su derecho de acudir inmediatamente a la Comisaría a denunciar la agresión, y obligarlas a introducirse en el vehículo del recurrente para trasladarlas forzosamente a donde no querían ir, sin pasar previamente por la Comisaría.** Y en esta acción la participación del acusado recurrente no solo fue relevante sino decisiva, pues era él quien conducía el vehículo que llevó a las víctimas a un lugar a donde no querían ir, alejándolas del lugar de los hechos e impidiendo que pasasen por la Comisaría. Además el recurrente participó de forma omisiva, con su presencia y asentimiento, sin realizar actuación alguna impeditiva, en el reforzamiento de la coacción que se produjo precisamente en el interior de su vehículo, cuando Abraham llegó a esgrimir un cuchillo para atemorizar más a sus víctimas, en el momento en que el lesionado, fuertemente conmocionado por el golpe recibido, fue acosado por las náuseas llegando a vomitar en el coche». (F. J. 4º)

DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.

Protección de datos incorporados al archivo de hospital.

Recurso: Casación nº 2343/2011
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 990/2012 de fecha 18/10/2012

«Esta acción no queda desvirtuada por la naturaleza del fin u objetivo perseguido por la recurrente en última instancia. Uno u otro pudiera tener relevancia para operar como móvil de su acción y para activar su voluntad, pero como tales son un factor externo que no excluyen el conocimiento y voluntariedad de su acción. Se daban pues los elementos propios del dolo -en este sentido, STS 890/2010, de 8 de octubre, o STS 85/2009, 6 de febrero-. En tal sentido, hemos indicado que los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión, y a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal (STS 1106/06, de 10 de noviembre). En consecuencia, la consideración de los motivos es irrelevante a efectos penales, salvo cuando se recoge como elemento del tipo penal o se tiene en cuenta en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (STS 1479/98, de 30 de noviembre; STS 46/2009, de 27 de enero).

En realidad, el recurso efectúa una valoración subjetiva de la situación desde parámetros ajenos a cualquier objetividad, donde mezcla juicios de justicia material y de protección de menores, con sentimientos familiares cargados de parcialidad, que justificarían, a su parecer, la liberación del derecho penal respecto de la conducta descrita en los hechos probados. Pero, en ningún caso niega su comisión, tal y como son descritos en la sentencia y de ellos se deduce que la recurrente obró con conocimiento de que existía una norma que le prohibía el acceso a los datos y su divulgación.

Por otro lado, respecto al posible perjuicio que dicha acción pudo causar al titular de los datos revelados, cabe resaltar que, según la doctrina establecida por esta misma Sala, en STS 1142/2009, de 30 de diciembre, lo que se protege a través de las conductas previstas en el apartado segundo del artículo 197 del Código Penal, es “la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido”.

Para su comisión, según esta misma resolución, los datos objetos de las mismas ha de estar “recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”; siendo un fichero a estos efectos, “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso” (art. 3 b. LPDP). Además, dado el carácter reservado de los datos, continúa dicha resolución, “los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad, de informaciones de carácter

personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informáticos porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”.

Según la resolución indicada, citando a su vez la sentencia de esta Sala 123/2009, de 3 de febrero, tres formas comisivas se recogen en el párrafo segundo del artículo 197.2 del Código Penal: a) el apoderamiento, utilización o modificación de los datos que hemos descritos; b) el mero acceso; y c) la alteración o utilización.

Sólo con relación a la primera y a la tercera de ellas, menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso. Pero como decíamos en la resolución ya mencionada, es necesario realizar una interpretación integradora del precepto, en el sentido de que como en el inciso primero se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

La solución sería -partiendo de que en el termino "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilidades o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2 CP y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Partiendo de la doctrina expuesta, hemos de afirmar que, en el caso de autos, este perjuicio existió claramente, porque la recurrente, con su acción, puso al descubierto los datos obrantes en la historia clínica de Sonia VXXX FXXX, cuyo carácter reservado está, por otro lado, fuera de toda duda, dañando con ello su derecho a mantenerlos secretos u ocultos.

Es irrelevante pues la mayor o menor entidad de la patología clínica descubierta a través del acceso; como lo es el hecho, también destacado en el recurso, de que la recurrente se limitara a comunicar a su hermana que Sonia VXXX había tenido cuatro ingresos en el Hospital de la Ribera, uno de ellos por un posible intento de suicidio, y omitiera el resto de la información descubierta. Estos datos, que según la recurrente comunicó a su hermana, en sí mismos, ya formaban parte de la historia clínica, y por tanto eran tan reservados como los que afirma no haber revelado. Además, en cualquier caso, con carácter previo a la revelación ya se había consumado el acceso a los datos, y con ello el delito.

Alega también la recurrente que, al incoarse este procedimiento penal, a iniciativa de la Sra. VXXX FXXX, los datos clínicos sobre sus posibles patologías psiquiátricas fueron puestos al descubierto en sede judicial por ella misma, su titular, a la que poco importó entonces su divulgación; pero de nuevo resulta evidente que el delito para entonces ya se había consumado, y con ello dicha divulgación ya se había producido extraprocesalmente.

Por último, y con relación a la alusión que hace la recurrente al Código de Ética y Deontología de las Enfermeras de la Comunidad de Valencia, cabe decir que ésta no actuó en el caso de autos en su condición de profesional, sino que se aprovechó de dicha condición para, actuando como tía de los menores, y hermana de la madre de éstos, acceder a la historia clínica de la pareja del padre de ellos. Por tanto, no actuó ni en el ejercicio de su profesión ni la persona a la que se referían los datos era su paciente, sino que su actuación fue a título exclusivamente particular y privado». (F. J. 1º)

DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL.

Tipo penal: interpretación

Recurso: Casación nº 901/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 307/2013 de fecha 04/03/2013

«... siendo la definición del delito en cuestión que ofrece el art. 467.2 más precisa y respetuosa con el principio de legalidad que la del art. 360, aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo. Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un abogado o procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, que el agente, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Este es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional.

El tipo penal, pues, requiere como elementos integradores: a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial; b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, según se expone en la Sentencia citada anteriormente, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del art. 360 del CP/1973 la mención «perjudique de forma

manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese plus en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos.

En orden al perjuicio, será ordinariamente patrimonial o que pueda tener una traducción en este orden, y así se recoge en la jurisprudencia de esta Sala, pero puede ser también ser moral (Sentencia de 17 de diciembre de 1997, con cita de las de 4 de julio de 1968, 3 de abril de 1974 y 11 de abril de 1977).

En este caso, esto es lo que sucede, pues la falta de iniciación del proceso, dada la materia sobre la que versaba el mismo, supone un plus de antijuridicidad, que colma las exigencias de un perjuicio manifiesto». (F. J. 8º)

DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL.

Absorción de amenazas previas. Excepcionalidad del concurso de delitos.

Recurso: Casación nº 11226/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 399/2013 de fecha 08/05/2013

«Sin descartar a priori la existencia de ejemplos en los que las amenazas y la detención ilegal puedan presentarse como un concurso de delitos (cfr. ATS 1177/2004, 23 de septiembre), parece evidente que en la generalidad de los casos, las amenazas (art. 169.1 CP) quedarán absorbidas por el mayor desvalor del delito de detención ilegal (art. 163.1 CP), sobre todo, en aquellos supuestos en los que el menoscabo de la libertad de la víctima se oriente de modo inequívoco a dobligar todo intento de recuperación de la libertad perdida.

En el supuesto de hecho que centra nuestra atención, las amenazas vertidas por el acusado, asociadas a la utilización de una pistola de 9 milímetros, en perfecto estado de funcionamiento, eran indispensables para que Sxxxx desistiera de cualquier tentación de abandonar el inmueble en el que estaba encerrado en contra de su voluntad. Sobre todo, si la inmovilización de la víctima no estuvo siempre presente durante todo el tiempo por el que se prolongó la detención. Es decir, la amenaza no tenía otro objetivo que asegurar el encierro al que estaba siendo sometida la víctima, de ahí la necesidad de entender absorbido aquel delito en la porción de injusto que ofrece la detención ilegal (art. 8.3 CP).

Esta solución es acorde, además, con el criterio de esta Sala, expresado en otros precedentes. Es el caso, por ejemplo, de la STS 255/2012, 29 de septiembre, en la que razonábamos en los siguientes términos: *"...en el caso de las amenazas, aunque en esencia el delito también ataca a la libertad en el proceso de deliberación (autodeterminación) con él además se protege la seguridad del sujeto, esto es, el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida. [...] Trasladando estas ideas al caso que nos ocupa se puede afirmar, con el Fiscal, que "si las amenazas constituyen un medio típicamente normal para colocar a la víctima en situación de privación de la libertad ambulatoria o para mantenerla en ella, deberían quedar consumidas en el delito de detención". [...] Pero cuando la amenaza no se halle vinculada al delito*

consumente, el consumido recobrará vigencia, apreciándose un concurso de delitos. Pues bien, en nuestro caso la amenaza no surge para conseguir forzar la privación de libertad o para mantener al sujeto en la misma, sino que desvinculada de la detención, se profiere para que surta efectos tras la puesta en libertad del detenido. Nos hallamos ante un concurso real de delitos, en cuanto se ataca a dos parcelas diversas de la libertad, complementadas en la amenazas por la lesión de otros intereses jurídicos ligados a la libertad, como la tranquilidad y seguridad de la víctima. No sancionar este hecho, que debe surtir efectos a partir del agotamiento de la detención ilegal, supondría dejar sin reproche punitivo ciertos aspectos antijurídicos, que no hallarían la adecuada respuesta, ni se solaparían en la condena por detención ilegal”.

Con idéntica inspiración, la STS 1080/2010, 20 de octubre, recuerda que *“...las citadas amenazas, no puede escindirse de su conducta dirigida a garantizar que la víctima no se desplazara del lugar en que, contra su voluntad, le había ubicado la acción del acusado. [...] De tal suerte que, más que de un concurso de acciones valoradas autónomamente, se trata de un comportamiento cuyos actos pueden entenderse subsunibles en varios tipos pero dando lugar a una situación de concurso de normas a resolver por el cauce indicado en el artículo 8.3ª del Código Penal. [...] En efecto, aquella conducta como una unidad atenta contra la libertad de las víctimas. Pero la más grave sanción de la detención ilegal tipificada como delito en el artículo 163 por atacar a la libertad de deambulación, absorbe en este caso concreto el ataque a la seguridad, que la libertad del individuo contiene, del delito de amenazas”.*

En definitiva, procede la estimación del motivo y dejar sin efecto la condena por el delito de amenazas por el que el recurrente ha sido condenado». (F. J. 3º)

DELITO DE INCENDIO.

Consumación. Catalogación penal de los daños causados.

Recurso: Casación nº 2016/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1068/2012 de fecha 13/11/2012

«El delito de incendio queda consumado tan pronto el fuego pasa del medio incendiario al objeto que se desea prender (STS 1457/1999, de 2 de noviembre, 753/2003, de 26 de abril 218/2003, de 18 de febrero). Es patente que el delito quedó consumado. Solo cabe imaginar formas imperfectas en relación al tipo agravado cuando la acción idónea para producir peligro a la integridad física o vida no provoca ese riesgo por causas ajenas a la voluntad del autor (STS 1263/2003, de 7 de octubre, ó 1068/2009, de 4 de noviembre). Pero habiéndose prendido el fuego y no habiéndose aplicado el tipo del art. 351.1, al excluirse el riesgo por la vida o la integridad, es inviable la tentativa.

En lo atinente a la reconducción de los hechos a una falta de daños, podría tener razón el recurrente: la sentencia niega que exista prueba sobre el valor de los daños ocasionados por el fuego, pero parte de un entendimiento a tenor del cual

todo daño causado mediante incendio merecería la pena del art. 266 CP, con independencia de su alcance, por mor de la remisión efectuada por el art. 351.2. No puede aceptarse esa exégesis. El reenvío al art. 266 no es meramente penológico sino también material, por lo que han de cubrirse todos los requisitos del art. 266 que a su vez ha de integrarse con el tipo básico de daños del art. 263: daños en propiedad ajena por valor superior a 400 euros.

Pese a ello no puede acogerse en este punto la oculta impugnación del recurrente en la medida en que el segundo motivo del recurso del Fiscal lo impide. En efecto el Fiscal, saliendo al paso de esa eventual objeción, ha articulado un segundo motivo apoyándose en el art. 849.2º LECrim para alterar un dato fáctico de la sentencia: pretende adicionar con la base de los informes periciales obrantes al folio 147 de la causa y 67 a 85 del rollo de la Sala que los daños ocasionados rebasaron la cuantía de cuatrocientos euros. Ambos informes periciales, cuyas conclusiones ha ignorado sin razonamiento alguno el Tribunal *a quo*, abocan a esa afirmación. El Fiscal ha entablado ese segundo motivo de forma cautelar pues a la vista de la calificación de la sentencia carecía de gravamen en ese punto. Pero justifica su actuación ante la eventualidad de un recurso del acusado, como efectivamente ha sucedido, aunque hay que insistir que en esta cuestión, como en casi todas, es poco explícito. Podría igualmente el Fiscal haberse adherido al recurso del acusado de acuerdo con la más reciente jurisprudencia que viene admitiendo ese tipo de adhesiones o recursos supeditados también en casación. Pero la naturaleza del motivo (art. 849.2º que exige una preparación específica) hacía muy aconsejable la estrategia elegida por el Fiscal.

Así las cosas y en este escenario, la forma implícita, escondida y casi camuflada no abierta en que el recurrente efectúa esta petición y la prosperabilidad del segundo motivo del recurso del Fiscal, supeditado a la eventual alegación de tal extremo por el acusado, conducen a rechazar ambos motivos pues carecerían de toda relevancia práctica. Uno neutraliza el otro. La relevancia de lo que en el recurso del acusado queda solo insinuado, ha sido bloqueada por un cautelar motivo contenido en el recurso del Fiscal. La renuncia a las indemnizaciones hace intrascendente la cuantificación de los daños; y la tipificación y penalidad permanecerían inalteradas de estimarse de consuno ambos motivos». (F. J. 4º)

DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Malversación de uso: destino a uso ajeno a la función pública.

Recurso: Casación nº 2486/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 914/2012 de fecha 29/11/2012

«Las expresiones relativas al futuro destino particular de los fondos retenidos constituyen inferencias excesivamente abiertas y carentes de suficiente fundamento que, como ya hemos expresado, deben suprimirse del relato fáctico.

Con el relato fáctico inicial, y de modo más concluyente con el corregido en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede estimarse cometido el delito objeto de condena.

En efecto, como señala la STS num. 497/2012, de 4 de junio, en su artículo 433, nuestro Código Penal castiga a "*la autoridad o funcionario público que **destinare a usos ajenos a la función pública** los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones*", reconduciendo en su segundo inciso las penas imponibles a las del artículo 432 en el caso de que el autor "no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso".

Este segundo precepto, el art. 432, castiga más severamente a "*la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones*". La distinción entre ambos preceptos ha sido analizada en la STS núm. 222/2010, de 4 de marzo, remitiéndose a su vez a la STS núm. 657/2004, de 19 de mayo, para afirmar: "*La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, **integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público distraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido «animus rem sibi habendi»**, y será aplicable el art. 433 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de *disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio («animus utendi»)* (véanse SSTs de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas)".*

Es por esa razón que el art. 432 se refiere a la acción de sustraer mientras que en el art. 433 CP habla de usar (destinar al uso). La sustracción requiere siempre que el autor tenga el propósito de desapoderar al titular del patrimonio administrado en forma definitiva (al menos en la forma de dolo eventual). (F. J. 6º)

Ahora bien, para la aplicación del art 433 CP es necesario en todo caso que concorra el elemento esencial del tipo que es el **destinar a usos ajenos a la función pública** los caudales o efectos puestos a disposición de la autoridad, funcionario o asimilado, por razón de sus funciones. La figura delictiva existente en el CP 73 que sancionaba la conducta de modificar el destino público de los caudales o efectos, fue despenalizada en el CP 95, por lo que **el hecho de dar a los caudales públicos un fin público**, aun cuando no fuese el que expresamente estuviese previsto en la correspondiente partida presupuestaria, o expresamente autorizado por la autoridad de la que en definitiva dependiesen los fondos, es decir atender necesidades públicas con fondos públicos pero modificando el destino inicialmente previsto, constituye una infracción administrativa, de la que se pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables, pero que no está específicamente tipificada como delito tras la reforma de 1995, ni tiene encaje en el art. 433 del CP vigente. (F. J. 7º)

En el caso actual, el relato fáctico señala que el acusado dedicaba parte del dinero ingresado por servicios prestados en la Residencia que dirigía, a abonar

gastos que tenía la Residencia por encima del presupuesto, sin someterlos al debido control administrativo, es decir realizaba una desviación formal o aplicación pública diferente de los fondos ingresados como Director de la Residencia, de modo que en lugar de hacer entrega íntegra de los mismos a la Diputación General, sufragaba determinados gastos, no previstos en los presupuestos, con parte de dichos ingresos. Gastos que, en todo caso, eran de carácter público, por lo que tras la derogación del antiguo art. 397 CP 73, su conducta es atípica, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en la que pudiese incurrir.

La Sala sentenciadora le condena sin embargo, por haber retenido en su poder una determinada cantidad de dichos ingresos, que una vez iniciado el procedimiento administrativo se reintegró a la Diputación. Estos fondos **no llegaron a destinarse a sufragar ningún gasto ni público ni privado**, pero la Sala sentenciadora estima que el mero hecho de haberlos usufructuado integra el tipo objeto de sanción.

Este criterio no puede ser compartido, pues **si no se ha acreditado que el acusado hubiese destinado parte alguna de dichos fondos a un uso ajeno a la función pública**, y el patrón de conducta anteriormente referido conduce a inferir que el acusado retenía los fondos con la finalidad de atender gastos de la Residencia que no estaban específicamente presupuestados, constituye una aplicación extensiva del tipo sancionar penalmente dicha conducta a través del art 433 CP 95, cuando la propia Sala sentenciadora declara en el relato fáctico que no le consta acreditado si al hacer tal retención el acusado tenía intención de hacer suyo ese dinero o usarlo para sus propios fines (que, en lo acreditado **son en todo caso fines públicos, aunque fuera de presupuesto**) con la intención de devolverlo posteriormente a la Diputación, como así hizo cuando se le inició expediente disciplinario.

En definitiva, **el art. 433 CP vigente exige en todo caso que el agente haya dado a los caudales un uso ajeno a la función pública**. Si no consta la realización de gasto alguna ajeno a la función pública, y únicamente la retención de determinados fondos, **previsiblemente para atender gastos no presupuestados, pero en todo caso públicos**, la conducta debe ser sancionada disciplinariamente, y no tiene encaje en el art. 433, **siendo contrario al principio de legalidad aplicar extensivamente el tipo a conductas no abarcadas por el mismo, aun cuando nos parezcan reprochables**». (F. J. 8º)

Subtipo agravado: cuantía y daño al servicio público.

Recurso: Casación nº 2509/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 784/2012 de fecha 05/10/2012

«Para ello ha de partirse de que la **jurisprudencia de la Sala** tiene declarado de forma reiterada que la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 del C. Penal requiere que se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el *valor de las cantidades sustraídas* y el *daño o*

entorpecimiento producido al servicio público (SSTS 616/2002, de 13 de abril; 381/2007, de 24-4; 1094/2011, de 27-10; y 429/2012, de 21-5, entre otras). De modo que han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente el segundo (STS 1394/2009, de 25-1-2010; se trataba de 3.816.667.656 pesetas, o sea, 22.938.083 euros).

En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades suficientes para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. —33.321 euros— (STS 1519/97, de 1-12); 43 millones de ptas. —258.435 euros— (STS 722/97, de 22-5); 99 millones de ptas. —595.001 euros— (STS 771/99, de 10-5); 71 millones de ptas. —426.718 euros— (STS 616/2002, de 13-4); 43 millones ptas. —258.435 euros— (STS 1615/2002, de 1-10); 40 millones ptas. —240.404 euros— (STS 950/2003, de 1-7); 33 millones de ptas. —198.333 euros— (STS 1706/2003, de 17-12); y 65 millones de ptas. —390.657 euros— (STS 44/2008, de 5-2).

En cambio, no se apreció el subtipo en los supuestos de las siguientes cantidades: 153.000 euros (STS 381/2007, de 24-4); 127.505 euros (STS 1094/2011, de 27-10); y 2.705.000 euros (STS 429/2012, de 21-5).

En el caso que ahora se enjuicia todo indica, pues, que la cifra de 831.621 euros (138.373.418 pesetas) debe incardinarse en las cuantías de especial gravedad, a tenor de las cifras con que se suele operar.

En algunas sentencias se hace referencia a la agravación del delito de estafa por razón de la cuantía, establecida ahora en 50.000 euros, y se argumenta que no hay razones para que se incremente sustancialmente esta cifra cuando se trate de caudales públicos en vez de patrimonios privados (STS 1706/2003, de 17-12).

Sin embargo, los baremos del delito de estafa no son totalmente extrapolables al delito de malversación de caudales públicos, pues lo cierto es que en el delito de malversación, tal como se reseñó, la norma y la jurisprudencia no sólo atienden al criterio de la cuantía malversada, sino que operan también con el concepto de daño o entorpecimiento del servicio público. Y es en este criterio concreto donde se acumulan las dudas interpretativas, hasta el punto de que la doctrina lo considera un concepto indeterminado excesivamente distorsionador. Pues si bien parece claro que cuando se trata de una cantidad desmesurada el entorpecimiento del servicio sobreviene probablemente de forma inevitable, y también, en sentido contrario, debe quedar excluido cuando la cantidad es nimia, en las cuantías ubicadas en una zona intermedia la incertidumbre interpretativa que se genera es, en cambio, muy difícil de solventar.

Por otra parte, también debe sopesarse que en el tipo básico de malversación la pena mínima privativa de libertad alcanza el triplo de la que corresponde a la estafa agravada.

En la sentencia 616/2002, de 13 de abril, se argumenta que el efecto negativo para el servicio público que tenga la acción depredadora será normalmente proporcional al monto del caudal sustraído y la importancia relativa de este estará, a su vez, determinada por el nivel económico de la entidad pública afectada y por las necesidades que la misma deba atender. La relatividad de los conceptos y su interdependencia —señala esta sentencia— dificulta inevitablemente la interpretación del tipo en términos abstractos y generales y por ello en su aplicación tendrán los jueces que decidir caso por caso orientados únicamente por los dos criterios ofrecidos en el precepto.

En el caso ahora enjuiciado el Tribunal de instancia operó con un criterio cuantitativamente erróneo, pues da a entender que concurría un desfase patrimonial del veinte por ciento del presupuesto anual de la empresa pública perjudicada, extremo que no se ajusta al cálculo correcto, que se fija en un porcentaje real de un 3,7%, aproximadamente.

Sin embargo, la cantidad malversada supera los 600.000 euros, cuantía a partir de la cual algunas sentencias han considerado que genera ya de por sí necesariamente un entorpecimiento del servicio público (SSTS 2/1998, de 29-7; 616/2002, de 13-4; y 381/2007, de 24-4).

Además, la Sala de instancia también opera con otros criterios, según ya se señaló: el destino dado a los bienes malversados; la dedicación de los trabajadores de la empresa a actividades ajenas a esta durante un veinte por ciento del horario laboral; y también dice que el dinero sustraído podía dedicarse anualmente a comprar nueva maquinaria, contratar mas personal a fin de ganar en eficiencia, rapidez y calidad en el servicio, o, lo que es esencial en la gestión de toda administración pública, aminorar la cuantía de la aportación presupuestaria a Lxxxxx por parte del Ayuntamiento de Lorca, reduciendo el déficit municipal.

El destino dado a los bienes malversados no se considera un criterio relevante en relación con el elemento del entorpecimiento del servicio público, y presenta además ciertas connotaciones de reproche moral que impide operar con él. Sin embargo, los otros criterios que se acaban de citar sí son atendibles por tener relación con la obstaculización del servicio público y el interés del patrimonio municipal.

Así las cosas, se estima que, dada la elevada suma total malversada y su repercusión que en el caso concreto tuvo para el desarrollo del servicio de limpieza municipal y los intereses generales de los ciudadanos del Ayuntamiento de Lorca, se considera que los criterios utilizados por la Sala de instancia se ajustan a derecho y que ha de ser confirmada la aplicación del subtipo agravado». (F. J. 6º)

DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.

Diferencias entre delito y falta: gravedad.

Recurso: Casación nº 572/2012

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 27/2013 de fecha 21/01/2013

«2. A la vista de la doctrina jurisprudencial oportunamente invocada resultaría que los tipos penales citados en una relación gradatoria de mayor a menor gravedad serían los siguientes:

- a) Art. 550: resistencia activa grave.
- b) Art. 556: resistencia pasiva grave y resistencia activa no grave o simple.
- c) Art. 634: resistencia pasiva leve.

Proyectando tales referencias al caso que nos ocupa, el relato probatorio excluiría claramente el delito de atentado, por el que era acusado por el Mº Fiscal y los dos agentes policiales en funciones de acusación. Los empujones, aunque se califiquen de resistencia activa es claro que carecen de gravedad, y en cualquier caso no fue consecuencia de la iniciativa del ciudadano particular, sino de la orden que emitieron los agentes, a cuyo cumplimiento aquél se resistía.

Todavía quedaría en la duda la determinación de la línea divisoria entre el delito del art. 556 resistencia pasiva grave o activa simple de la resistencia y desobediencia leve. Sobre este particular una jurisprudencia tradicional de este Tribunal viene apuntando los siguientes criterios, que pretenden establecer tal línea divisoria, tenue y sutil, señalando como los que deben determinar la calificación del delito, entre otros:

- a) La reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes.
- b) Grave actitud de rebeldía.
- c) Persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato.
- d) La contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden.

3. Trasladando los criterios expuestos y partiendo del relato probatorio, complementado y desarrollado en la fundamentación jurídica, se comprueba que la negativa del acusado fue rotunda y contumaz. Los agentes le explicaron una y otra vez las consecuencias de su actitud desobediente. Se ordenó la búsqueda de otro alcoholímetro, y en todo momento persistía y reiteraba su absoluta e inmodificable voluntad de incumplir la orden, pero además lo hizo en tono violento, insultando, amenazando y dando empujones a los agentes». (F. J. 7º)

DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS O INFORMACIONES POR FUNCIONARIO PÚBLICO.

Elementos.

Recurso: Casación nº 467/2012
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 68/2013 de fecha 27/01/2013

«Argumenta concretamente la defensa que no concurren los elementos del tipo penal de **revelación de secretos** (art. 417.1 del C. Penal) previstos por la jurisprudencia, ya que considera que la infracción en que incurrió el acusado es de índole administrativa y no penal, por lo que debió quedar fuera del marco punitivo, especialmente si se atiende a la escasa trascendencia que pudo tener en la causa por tráfico de drogas el hecho de que el testigo Francisco Javier SXXX tuviera conocimiento de las vigilancias policiales y de la intervención de su teléfono.

La tesis del recurrente se centra, pues, en este caso en considerar que no se ha evidenciado que la conducta del acusado hubiera irrogado un perjuicio concreto sobre el funcionamiento correcto de la Administración Pública a la hora de prestar el servicio consistente en la investigación de actos delictivos. Entiende la defensa que no ha sufrido menoscabo la averiguación del delito porque el denunciado fue finalmente detenido, constando en contra del mismo además algunas conversaciones telefónicas. Ello significa que, a criterio de la parte, la entidad del perjuicio solo cabe insertarla en la infracción administrativa prevista en el art. art. 7.1.j) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, apartado en el que se castiga como falta grave “no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio”, siendo objeto, en tal caso, de la potestad sancionadora de la Administración.

La argumentación y conclusión del recurrente no pueden, sin embargo, compartirse. Pues en el presente caso el acusado informó al testigo vendedor de cocaína que estaba siendo sometido a vigilancias por los funcionarios de la Guardia Civil, y también de que su teléfono era objeto de una intervención con el fin de escuchar el contenido de sus llamadas. Visto lo cual, resulta incuestionable que sí concurren los elementos del tipo penal de revelación de secretos en la modalidad básica que se le imputa.

En primer lugar, porque el acusado cuando divulgó tales informaciones era funcionario de la Guardia Civil y tuvo conocimiento de lo informado con motivo del ejercicio del cargo, ya que desempeñaba sus funciones en el Grupo de Información de la Comandancia de Lugo.

Tampoco resulta cuestionable que esa información estaba sometida cuando menos a reserva o sigilo, dada su relevancia para la investigación de los presuntos delitos contra la salud pública que podía estar cometiendo el ahora testigo Francisco Javier SXXX. Es más, la causa penal tenía que estar declarada secreta puesto que se había ordenado una intervención telefónica.

El daño para la causa pública que genera divulgar una información de esa índole es relevante, dado que se trata de obstaculizar, entorpecer o bloquear incluso el resultado de la investigación policial de un delito, menoscabando así la prestación de un servicio público de suma importancia para el bien de la

comunidad. Tan es así que un porcentaje elevado de las condenas por el tipo penal del art. 417 del texto punitivo están relacionadas con revelaciones de secretos o informaciones por funcionarios públicos que tienen como labor la investigación de delitos (SSTS 1239/2001, de 22-6; 1027/2002, de 3-6; y 111/2009, de 12-11, entre otras). Y es que, dada la enjundia de los bienes jurídicos que tutelan las normas penales, el entorpecimiento del servicio público que presta la policía con motivo de la investigación delictiva tiene una especial trascendencia para el interés general, lo que excluye inevitablemente la posibilidad de que prospere la tesis del recurrente de que el ilícito ocasionado con su conducta se subsuma en la norma administrativa y no en la penal.

En el caso enjuiciado la conducta del acusado ha sido incardinada en el tipo básico del delito de revelación de secretos del art. 417.1 del C. Penal, y no en el subtipo agravado del apartado 2, previsto para los casos en que se ocasiona un grave daño para la causa pública o para un tercero. A pesar de lo cual, el impugnante pretende que se inaplique también ese tipo básico y que se imponga una mera sanción administrativa, alegando la inanidad del perjuicio concreto producido en el supuesto contemplado.

El argumento carece de consistencia alguna, pues, aparte de lo ya razonado, lo cierto es que el comunicar a un sujeto implicado en una investigación sobre tráfico de drogas que la policía lo está vigilando y siguiéndole sí ocasiona un perjuicio en el caso concreto, ya que le permite adoptar al implicado precauciones más intensas y eficaces que las que ya suele tomar normalmente con motivo de ejecutar los actos delictivos. Y ello obstaculiza y entorpece sin duda la investigación y desde luego genera un daño o perjuicio específico en el servicio de investigación al debilitar y desactivar en mayor o menor medida las averiguaciones policiales. Si bien la Sala de instancia no consideró grave a efectos punitivos el daño ocasionado al servicio público, ya que no apreció el subtipo agravado del art. 417.2 del C. Penal.

Y en lo que respecta a la advertencia que el acusado hizo a Francisco Javier S. de que tenía el teléfono “pinchado”, si bien es cierto que en la causa consta que le han escuchado algunas conversaciones relacionadas con el tráfico de drogas, ello no excluye que a partir del aviso la eficacia de la intervención telefónica fuera, en buena lógica, menor.

Los argumentos precedentes permiten concluir que el comportamiento ilícito del acusado sí ocasionó a la Administración Pública el perjuicio propio contemplado en el tipo básico del delito de revelación de secretos (art. 417.1 del C. Penal), al resultar afectada la imparcialidad, objetividad y la eficacia de un relevante servicio público: la labor investigadora de la policía judicial. De ahí que deba rechazarse este tercer motivo del recurso». (F. J. 3º)

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS.

(Artículos 177 bis y 318 bis CP)

Recurso: Casación nº 678/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 1029/2012 de fecha 21/12/2012

«En el caso presente a la vista del factum la comisión del delito básico del art. 318 bis 1 no ofrece dudas, pero si la aplicación del subtipo agravado del apartado 2, redacción anterior LO. 5/2010.

En efecto es cierto que en STS. 145/2005 habíamos dicho que el art. 318 bis no absorbía la conducta de explotación de la prostitución describen el art. 188.1 CP, por cuanto la conducta típica del art. 318 bis se consume con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, **sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella.**

Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1º requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual.

Siendo así mientras que el delito del art. 318 bis aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal, en el delito del art. 188.1 hay tantos delitos como sujetos a los que se determina a la prostitución (STS. 152/2008 de 8.4), e incluso es posible que el sujeto activo en uno y otro delito sean distintas personas.

La jurisprudencia de esta Sala reafirma la anterior doctrina en los Plenos no jurisdiccionales de 24.4.2007 *«la concurrencia de comportamientos tipificados como constitutivos del delito del artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos»*, y de 26.2.2008 *“en relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP. en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia de un concurso real de delitos”*, pero tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis.1, descartando la aplicación del art. 318 bis 2 al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo. Acuerdo este, que complementa el anterior de 22.4.2007 al que se refiere la STS. 152/2008 de 8.4, que en su caso como el que nos ocupa, en el que se **atribuye a los mismos sujetos** las dos figuras delictivas, estimó la

existencia de concurso real, si bien, se debe evitar efectuar una doble consideración de la “intención de explotación sexual”. Y ello porque en el art. 318 bis. 2 está presente tal intención a realizar en el futuro en el art. 188.1 viene a materializarse de forma expresa la misma intención. Por ello la solución ha de consistir en aplicar el art. 188.1 CP. junto con la figura básica no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura (SSTS. 330/2010 de 2.3, 688/2010 de 2.2).

No obstante –como hemos dicho en STS. 378/2011 de 17.5- en sede de tipicidad esta polémica ha quedado en cierto punto solventada por la reforma operada en el art. 318 bis por LO. 5/2010, que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2, por considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos, y en cuyo art. 177 bis, se castiga la trata de seres humanos, entre otras finalidades, con la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, esto es la prostitución coactiva del art. 188.1, hechos que tal como se ha precisado en el motivo precedente no han quedado acreditado al no constar que la testigo protegido que ejerció la prostitución hubiera sido engañada con tal fin, ni que la ejerciera en contra de su voluntad, ni que Philomena empleara contra ella cualquier género de violencia o coacción para obligarla a ejercer la prostitución.

Postura ésta que ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Segunda, STS. 790/2011 de 27.6: “como consecuencia de la reforma introducida por la LO 5/2010, que ha modificado el art. 318 bis, suprimiendo el subtipo de su apartado 2, que desde la reforma de la LO 11/2003 agravaba la pena cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas. Previsión legal que ha sido trasladada al delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis donde el fin de explotación sexual se integra, no como subtipo agravado respecto de otro básico, sino como elemento de éste junto con otras exigencias típicas que no son del caso examinar por ser ese delito ajeno al objeto de este proceso.

STS. 196/2011 de 23.3: “Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2º del art. 318 bis CP, por el que han sido condenados la recurrente..., viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo el epígrafe de “La trata de seres humanos”. Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.

Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, “se les

exigía la cantidad de 2.000 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada”.

Por ello, no pudiendo ser aplicado el apartado 2 del art. 318 bis CP, procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1º del mismo artículo -que continúa vigente-, y que castiga “al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...”.

STS. 385/2012 de 10.5: “En la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el C.Penal de 1995, se afirma en el epígrafe XII que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, concluye diciendo la exposición de motivos de la LO 5/2010, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis. 2.

Así pues, con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: “De la trata de los seres humanos”).

El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios

internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad.

Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina”.

Y de forma más explícita la STS. 550/2011 de 2.6, concluye que “...la cuestión que queda superada con la ya antes mencionada publicación de la LO 5/2010 que, entre otras numerosísimas modificaciones del Texto punitivo, suprime la figura del apartado 2 del artículo 318, trasladándola, aunque con la exigencia de nuevos y distintos requisitos, al novedoso artículo 177 bis, dentro de los delitos referentes a la trata de seres humanos.

De modo que, en consonancia con principios tan básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento como el acusatorio o el de irretroactividad de la norma posterior más desfavorable para el reo, y teniendo en cuenta que la descripción contenida en el “factum” de la resolución de instancia incorpora todos los elementos integrantes del tipo básico del apartado 1 del tan repetido artículo 318 bis, procede la aplicación de este tipo básico, con la correspondiente penalidad inferior a la inicialmente impuesta, **careciendo de razón en este extremo el Ministerio Público cuando sostiene la inmodificabilidad de dicha pena al resultar, tras la reforma, igualmente “aplicable” a la nueva tipicidad, pues no nos encontramos, en esta ocasión, ante un supuesto de revisión de la condena ya impuesta ni de aplicación de una alteración de los márgenes punitivos de una misma infracción, sino frente a la supresión de una concreta figura delictiva que obliga a la aplicación de otra distinta con previsiones sancionadoras más benévolas**». (F. J. 4º)

DELITO DE USURPACIÓN.

Requisitos.

Recurso: Casación nº 2215/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 897/2012 de fecha 14/11/2012

«2.- Como una modalidad de falsedad, con capítulo específico, regula el Código Penal la conducta de quien *aparenta* la titularidad de una potestad o función pública de la que se carece, de tal suerte que suscite error en los demás al respecto. Los requisitos del delito son pues:

a) El comportamiento típico exige que el autor lleve a cabo "**actos**", en plural, es decir con una cierta *persistencia*, siquiera mínima, para que la calidad simulada pueda ser tenida por existente en realidad.

b) Los actos cuya ejecución consuma el delito se caracterizan porque cabe predicar de ellos que son "**propios**" de una autoridad o funcionario. Y propio significa según el Diccionario de la RAE *Pertenciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello*.

c) Y además han de concurrir otras dos circunstancias. Una, negativa, de la que depende la antijuridicidad, cual es la de que ese actuar **no sea legítimo**, es decir que no concorra ningún elemento que autorice a aquella ejecución de tales actos aún cuando el sujeto activo no tenga la cualidad de autoridad o funcionario de la que tales actos son propios. Otra que delimita la condición del sujeto activo del delito y atañe a la forma o modo de ejecución de los actos. En cuanto a lo primero **no ser** autoridad o funcionario y, en cuanto a lo segundo, que la ejecución de los actos implique **atribuirse el carácter oficial** que no se ostenta.

d) Esa configuración del presupuesto objetivo del tipo penal implica, en lo subjetivo, que solamente cabe la actuación dolosa, no estando tipificada la modalidad culposa. El sujeto ha de realizar los actos consciente de que se "atribuye" una calidad y de que "no la ostenta", es decir que actúa con consciencia y causando *engaño* a los demás». (F. J. 3º)

DELITO ELECTORAL

(Art. 146.1. LOREG).

Recurso: Casación nº 1954/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 731/2012 de fecha 25/09/2012

«En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia que los hechos, incluso tal como se declaran probados, no pueden calificarse como constitutivos del delito del artículo 146.1.a) de la LOREG.

Como razones de tal discrepancia en la subsunción de aquellos hechos en el tipo penal se esgrimen: **a)** que en definitiva nada tiene de dádiva la contratación para trabajar, pues el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario; **b)** que uno de los receptores del requerimiento no era elector cuando se le requirió y **c)** que la recompensa o dádiva solamente resultaría típica si el beneficiado es precisamente quien es elector y no un tercero, por lo que no hay delito si el elector es solamente familiar de quien se beneficia de la oferta.

En cuanto al argumento a) no cabe sino considerarlo próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutaban de una relación laboral

retribuida. Pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o remuneración, incluso dádiva, es irritante.

En cuanto al argumento b), además de que solamente excluiría uno de los múltiples actos de solicitud de voto que la sentencia imputa, olvida que, en todo caso, no consta que el requerido, en ese caso, no fuera elector al tiempo de emitir el voto aunque no tuviera la edad para votar días antes.

En cuanto al argumento c) lo relevante es que un elector (*algún* elector, dice el precepto penal especial) ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir, forzándola, en la voluntad del titular del derecho de voto.

Por otra parte el delito imputado se consuma por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho.

Así lo hemos declarado en la Sentencia de esta Sala Segunda de este Tribunal Supremo nº 485/2006 de 28 de abril». (F. J. 3º)

Incomparecencia a mesa electoral no justificada. Incapacidad no invalidante.

Recurso: Casación nº 447/2012

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 11/2013 de fecha 16/01/2013

«Pues bien, es claro que la sala de instancia se ha atendido a este canon, al concluir, de la inasistencia del acusado y del tenor de su disculpa, que no existiendo una imposibilidad material de contar con la ayuda necesaria —ya que no hizo manifestación alguna al respecto, que, en otro caso, sin duda habría sido tomada en consideración— lo que hubo, en la opción más favorable, fue la omisión, por parte de Daniel Cxxx, de las previsiones necesarias para trasladarse al colegio electoral.

Tal es la conclusión racional y fundada que se expresa en la sentencia, y, por tanto, el motivo no puede acogerse. (F. J. 2º)

Con apoyo en el art. 849,1º Lecrim, se ha aducido inaplicación indebida de la eximente de estado de necesidad, del art. 20,5ª Cpenal.

El motivo es de infracción de ley, y, por ello, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en un precepto penal. Y lo cierto es que en estos no figura, más allá del dato de la incapacidad, que por sí mismo no produjo la imposibilidad objetiva para efectuar el desplazamiento a la sede de la mesa electoral, ningún otro apto para integrar el supuesto de hecho de la eximente que se pretende. Prueba de ellos es que en el planteamiento de la

impugnación no se hace la menor indicación al respecto. Consecuentemente, tiene que desestimarse.

Por otro lado, y, en fin, la Audiencia, que dio a este asunto un tratamiento jurídico-formal impecable, del que no cabe disentir, ha sido, al mismo tiempo, sensible a la particular situación del ahora recurrente, acordando proponer el indulto. De este modo, ha trasladado, con buen criterio, el asunto que subyace al planteamiento de este tercer motivo al único terreno en el que debe ser abordado». (F. J. 3º)

DELITO SOCIETARIO.

Denegación del derecho de información a los socios.

Recurso: Casación nº 739/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 330/2013 de fecha 26/03/2013

«El derecho de información a los socios que con carácter general se regula en los arts. 48-2º y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas conceden expresamente al socio el derecho de solicitar información relativa a los puntos contenidos en el Orden del día, bien con anterioridad a la Junta, bien en el momento de su celebración, con la única excepción de que la publicidad de tales datos solicitados perjudique los intereses sociales.

En el art. 293 del Cpenal no se precisa cuales sean los concretos actos de denegación de información que puedan resultar típicos penalmente, el artículo referido cita simplemente "*...el ejercicio de los derechos de información...*", ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de "*última ratio*" que tiene la sanción penal y unido a ello, el principio de mínima intervención que tiende a reservar al sistema de justicia penal la retaguardia en la defensa de los bienes jurídicos atacados por el infractor, ha de concluirse que no toda negativa de información puede constituir *sic et simpliciter* la acción típica del delito del art. 293 Cpenal, por ello solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal.

Es pacífico en la doctrina científica y en la Jurisprudencia de la Sala estimar que los derechos mínimos de información del socio tienen una doble naturaleza: a) económico patrimonial y b) político-personal. Pertenecen al primer grupo el derecho a participar en los beneficios, en la cuota de liquidación y en el derecho de suscripción preferente, son derechos del segundo grupo los de información y asistencia y voto en las Juntas Generales.

En relación al derecho de información es evidente su naturaleza de derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Ello supone que los accionistas pueden solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que, correlativamente los administradores están

obligados a proporcionárselos. En definitiva, como actos típicos que integran el delito del art. 293 Cpenal son los indicados en los arts. 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, derecho de los socios a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de obtener cualquier documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta --STS 9 de Mayo de 2003--. Igualmente tiene declarado esta Sala que debe tratarse de una negativa clara y rotunda por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada. Por ello tampoco se exige que la negativa sea reiterada, el tipo no lo exige pero qué duda cabe que la reiteración en la negativa facilita la acreditación de la conculcación del derecho --SSTS de 26 de Noviembre 2002 ó, más recientemente, 532/2012 de 26 de Junio--. Por otra parte el tipo penal que se comenta no exige perjuicio patrimonial alguno pues el legislador no lo exige pero sí se exige una idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido.

Pues bien, desde esta doctrina, y desde el respeto a los hechos probados que actúan como presupuesto para la admisión del cauce casacional, verificamos en este control casacional que el Tribunal sentenciador aplicó correctamente el tipo penal cuestionado a la conducta obstruccionista del recurrente en relación a concretas informaciones solicitadas en dos de las Juntas por vía notarial». (F. J. 2º)

DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.

No concurren. Diferencia con violación de secretos.

Recurso: Casación nº 1041/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 377/2013 de fecha 03/05/2013

«2. El recurrente sostiene el carácter delictivo de los hechos probados sobre dos bases diferentes. En primer lugar, al afirmar que la remisión al Comisario Jefe de la Unidad Central, Sr. Hxxxx, del archivo policial en el que constaban algunas circunstancias relativas al hallazgo del cadáver del subinspector fallecido, se había efectuado previo el acceso no autorizado a dicho archivo, de forma innecesaria y con la intención de desacreditar a aquel. En segundo lugar, porque la remisión del citado fichero a todos los Tedax de España no se realizó inadvertidamente, sino de forma consciente.

En cuanto al primer aspecto, el recurrente prescinde del hecho de que los aspectos relevantes contenidos en el referido fichero policial, es decir, los relativos a la aparición de sustancias, al parecer estupefacientes, cerca del cadáver, ya habían sido remitidos a través del correo electrónico por el Coordinador de Servicios de Sevilla, como era habitual, a los superiores jerárquicos, a los jefes de brigadas, y a los comisarios de distrito y locales, y a nivel interno estaba a su disposición en el sistema informático de la policía según se recoge en la sentencia, por lo que no puede achacarse una intención de desacreditar si esa misma información, ya conocida en numerosos ámbitos internos, era además comunicada al Comisario Jefe de la Unidad Central.

Además, a esos efectos, tampoco puede entenderse probado, en contra de lo razonado por el Tribunal de instancia, que no estuviera autorizado el acceso a esa información, dadas las circunstancias que se acaban de expresar, a las que debe añadirse que la única razón del acceso, en ese momento, era efectuar la comunicación con esa información, ya divulgada a nivel interno, al Comisario Jefe de la Unidad Central.

3. En cuanto al segundo aspecto, en la sentencia se declara probado que el acusado, al remitir el correo a los Tedax comunicando el fallecimiento del subinspector jubilado, lo hizo “sin percatarse de que también remitía el archivo con la información policial”, por lo que no es posible ahora entender, por la vía del artículo 849.1º de la LECrim, que lo hizo conscientemente, modificando por esta vía los hechos que el Tribunal de instancia declaró probados de forma razonada. (F. J. 1º)

En el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia, subsidiariamente, la indebida inaplicación del artículo 417 del Código Penal. Sostiene que, en caso de no ser aplicable el artículo 197, al haber divulgado el acusado datos reservados de un particular conocidos por razón de su cargo de forma legal, registrados en archivo informático, estaríamos en la infracción del artículo 417 del Código Penal.

1. La diferencia esencial entre las conductas contempladas en los artículos 197 y 198 y el 417, cometidas por un funcionario o autoridad, se centra en la legalidad del acceso a la información reservada a la que se refieren dichos preceptos. El artículo 197 parte de la exigencia de que el autor no esté autorizado para el acceso, el apoderamiento, la utilización o la modificación en relación a los datos reservados de carácter personal o familiar, castigándose en el artículo 198 a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior. Mientras que el artículo 417 castiga la revelación de secretos o informaciones que no deban ser divulgados, y de los que la autoridad o funcionario público haya tenido conocimiento por razón de su oficio o cargo.

2. El recurrente considera que, en el caso de que se entienda que el acceso a los datos luego divulgados fue lícito, el precepto aplicable sería el artículo 417.

Para ello parte de la misma alteración de los hechos probados a que ya se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico: la remisión del fichero a los Tedax se hizo consciente e intencionadamente. Sin embargo, como se ha dicho, el Tribunal de instancia ha declarado probado que tal remisión se efectuó sin que el acusado se percatara de ello, lo cual, siendo imposible la modificación del relato fáctico por esta vía de impugnación, determina su absolución al no estar prevista la comisión culposa». (F. J. 2º)

DERECHO DE DEFENSA.

Derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Límites. Excesos en el ejercicio del derecho que lesionan bienes jurídicos penalmente protegidos.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 65/2013 de fecha 29/01/2013

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

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano (art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado nuestra jurisprudencia (vid. a tal fin STS de 29/09/1994 ó SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en *“la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva”* (STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculgado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

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

Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en

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

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

Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa -al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes- ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse -como hacen los recurrentes- que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi

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

DERECHO PENITENCIARIO.

Objetos no autorizados en el establecimiento penitenciario.

Recurso: Casación nº 20495/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 167/2013 de fecha 28/02/2013

«Como se señala por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, el artículo 51 del Reglamento Penitenciario señala los artículos y objetos no autorizados e incluye, entre otros, a todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad así como los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento. Y el Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad, aplicable en los Centros Penitenciarios, aprobado mediante la Instrucción 3/2010, por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, establece en su Introducción que nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología contribuyen a crear espacios de inseguridad y en el apartado 2.2 de su articulado, referido al control de objetos prohibidos, se dice que se considerarán prohibidos los relacionados en el ANEXO II, y examinado tal ANEXO puede comprobarse que dentro del apartado C) que lleva como epígrafe “APARATOS ELECTRÓNICOS” se incluye como prohibidos, en su número 8º, las videoconsolas y los videojuegos, y en su número 5º los reproductores y/o grabadores de imagen.

Fue precisamente la posible quiebra de la seguridad del Centro Penitenciario lo que determinó que el Auto recurrido, de fecha 11 de abril de 2012, y los que vino a confirmar, no autorizasen la introducción de una videoconsola modelo “PlayStation II”, decisión que se presenta acorde con lo que se dispone en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario y con la relación de objetos prohibidos a los que se refiere la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes mencionada». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES.

Cacheo. Persona no detenida.

Recurso: Casación nº 10437/2012 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 941/2012 de fecha 29/11/2012

«4. En cuanto a la imposibilidad absoluta de proceder a un registro con desnudo integral de una persona no detenida, es una afirmación que, sin precisiones relativas al consentimiento, no encuentra soporte legal. La invasión de la intimidad que supone un cacheo o reconocimiento con desnudo integral, requiere, dentro del ámbito en que aquí se examina, de una habilitación legal; un fin constitucionalmente lícito, como lo es la persecución de delitos graves; una justificación basada en sospechas razonables de la comisión de un delito; y la autorización judicial en defecto del consentimiento del interesado afectado. Y, en cuanto a su práctica, que ésta se desarrolle en lugar reservado, con la mínima afectación de los derechos del sospechoso. Ningún ciudadano puede ser requerido a someterse a un cacheo, superficial o integral, de forma arbitraria, es decir, sin una causa justificada. Pero, concurriendo los anteriores requisitos, nada impide que, dadas las circunstancias, un ciudadano que se encuentra en situación de libertad consienta voluntaria y libremente en la realización de un registro corporal con desnudo integral, sin necesidad de esperar a la autorización judicial, que solo sería necesaria en caso de negativa a someterse a esa diligencia». (F. J. 2º)

Derecho a la intimidad. Derechos Tributarios.

Recurso: Casación nº 2216/2011
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 974/2012 de fecha 05/12/2012

«En armonía con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha venido describiendo casuísticamente una serie de supuestos en que, con independencia de las libertades tradicionales antes mencionadas, ha podido sobrevenir una injerencia no admisible en el ámbito de la vida privada e íntima de la persona. Así se ha afirmado que el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma (SSTC. 70/2009 de 23.3, y 159/2009 de 29.6). También se ha dicho que “no hay duda de que, en principio los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida” (STC. 233/99 de 16.12), que “en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos” (STC. 97/2001 de 15.2); y que la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario no solo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o lo que es lo mismo, en los aspectos más básicos de la autodeterminación personal del individuo” (STC. 233/2005 de 26.9).

La solicitud de datos a la administración tributaria no está solo relacionado con posibles delitos contra la Hacienda Pública, sino que es también una forma de investigación de los delitos de blanqueo de capitales, delitos que se perseguían también en la causa. Los indicios existentes de comisión de delitos de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública eran claros, y se trata de delitos graves. En este caso se suma a lo anterior que indiciariamente el ahora recurrente en casación, D. Fernando del Valle Vergara, proporcionaba estructuras societarias que permitían la adquisición y disposición de bienes con ocultamiento de los propietarios últimos, estructuras muy interesantes para quienes querían cometer o habían cometido alguno de esos tipos delictivos que se investigaban, como resultaba de casos concretos investigados.

Resultaba así indiciariamente clara la existencia de un específico *modus operandi* empleado por personas concretas para cometer los delitos mencionados (con el nexo de unión del despacho de D. Fernando del Valle), que convenía investigar porque podía haber sido empleado por otras personas con la misma finalidad.

La existencia de estos indicios es suficiente para, como correctamente realizó el Juez de Instrucción al que se solicitó, pedir los datos tributarios de las personas que se había podido descubrir que empleaban esas estructuras de sociedades y las sociedades correspondientes.

El artículo 18.4 CE no defiende una intimidad distinta que el resto del artículo 18. Se refiere a la única intimidad de la persona, que deriva de su dignidad (reconocida en el artículo 10 CE). El contenido del artículo 18.4 CE es conjurar un posible riesgo (el derivado del uso de la informática) a través de la previsión de su sujeción a un desarrollo legal, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del derecho (artículo 53.1 CE). Este desarrollo legal se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pero referido a la tenencia y gestión de bases de datos personales. La regulación específicamente aplicable aquí es la que menciona el recurrente, y que se encuentra en el artículo 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, donde al tratar del carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, se establece la prohibición de cesión de datos con las excepciones, entre otras, de los apartados **a)** “*La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada*”; **d)** “*La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal...*”; e **i)** “*La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias...*”. Precisamente los dos tipos de delitos que se estaban investigando (respecto a los que se prevé la posibilidad de colaborar directamente con otras administraciones), y la autoridad judicial que solicitó la colaboración para la investigación de estos delitos (que son perseguibles de oficio).

En conclusión, la cesión de datos que ataca el recurrente está prevista legalmente en estos supuestos, y existían suficientes indicios de comisión de delitos de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública así como de un *modus operandi* que permitía la comisión de estos delitos, que justificaba sobradamente la

solicitud de los datos tributarios, datos que no forman parte del núcleo de mayor protección del derecho a la intimidad». (F. J. 4º)

Derecho a la intimidad. No se vulnera por obtención de listado histórico de llamadas y SMS.

Recurso: Casación nº 10457/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 884/2012 de fecha 08/11/2012

«Que el contenido de los mensajes SMS está constitucionalmente protegido no es cuestionable. El art. 2.h) de la *Directiva 2002/58CE, 12 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*, proporciona un concepto legal de correo electrónico. Por tal debe entenderse “*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*”.

A la vista de esa delimitación conceptual no puede existir duda alguna acerca de la catalogación del mensaje SMS como correo electrónico. Es cierto que no todos los contenidos imaginables de mensajería mediante teléfono móvil pueden aspirar al mismo grado de protección constitucional. No faltan casos en que el SMS se utiliza con una finalidad distinta a la transmisión de un pensamiento o de una imagen. Pensemos en su extendida utilización como forma de aviso, de comunicación, de participación en concursos, como receptor de alarmas o de titulares de un medio de comunicación. Pero lo que no es cuestionable –más allá de los matices que podrían hacerse en función del momento en el que se produce la injerencia, si ésta tiene lugar cuando el texto ya ha sido leído y simplemente está archivado- es que el mensaje de texto (*Short Message System*) entra de lleno en el contenido de la inviolabilidad de las comunicaciones. También participa de la misma naturaleza el MMS (*Multimedia Messaging System*), esto es, el mecanismo técnico que permite el envío de imágenes entre teléfonos móviles.

Sin embargo, una cosa es el *contenido* de las llamadas y de los mensajes SMS y otra bien distinta el *historial* de esas mismas comunicaciones. Lo que el auto de fecha 19 de julio de 2007 autorizó no fue el acceso incontrolado al contenido de las llamadas telefónicas y mensajes SMS, sino una relación detallada de su historial. La Ley 25/2007, 18 de octubre, en su art. 3.2 señala, sin margen para la duda, que “*ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley*”. Quiero ello decir que la petición dirigida por los agentes a la operadora *Movistar*, respaldada por la resolución judicial habilitante, nunca podía tener por objeto acceder a unos contenidos que, por definición, no pueden ser objeto de conservación o custodia.

El acceso de los agentes facultados al historial de llamadas y SMS tiene por objeto una información que ha podido ser generada hasta 12 meses atrás (cfr. art. 5.1 Ley 25/2007). De ahí que, por su propia naturaleza y, sobre todo, por el momento en el que se produce, se integraría, no tanto en el contenido del derecho a

la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE), cuanto en el que sería propio del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Pues bien, la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del acusado se habría producido si ese acceso se hubiera obtenido sin autorización judicial. Ello supondría una flagrante contradicción de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que en su art. 6.1 exige la autorización judicial a petición de cualquiera de los agentes facultados. Sin embargo, en el presente caso nada de eso ocurrió. El auto de fecha 19 de julio de 2007 contenía en su parte dispositiva una referencia expresa a la cesión de esos datos electrónicos asociados a las comunicaciones telefónicas y telemáticas mantenidas por el recurrente.

La Sala no puede identificarse con el razonamiento del recurrente, según el cual toda investigación retrospectiva del historial de llamadas y SMS ha de implicar una vulneración del derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de las comunicaciones. Por el contrario, la solicitud judicial de esa información de acompañamiento o, lo que es lo mismo, el acceso justificado a los datos electrónicos a los que se refiere el art. 2.b) de la *Directiva 2002/58/CE* –citada *supra*–, forma parte del significado mismo de la obligación impuesta a las operadoras de telefonía de conservar aquellos datos electrónicos durante un período de tiempo determinado. Esta obligación de custodia a disposición del Juez de instrucción tiene precisamente como fundamento su extraordinaria utilidad para la investigación del delito. De hecho, en el apartado 9 de las consideraciones que integran el Preámbulo de la *Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE*, puede leerse: “...dado que la conservación de datos se ha acreditado como una herramienta de investigación necesaria y eficaz para aplicar la ley en diferentes Estados miembros, en particular en asuntos de gravedad como la delincuencia organizada y el terrorismo, es necesario garantizar que los datos conservados se pongan a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad durante un determinado período de tiempo, con arreglo a las condiciones establecidas en la presente Directiva. Por consiguiente, la adopción de un instrumento de conservación de datos que cumpla los requisitos del artículo 8 del CEDH es una medida necesaria”.

En consecuencia, existiendo la precisa cobertura normativa para justificar el acto de injerencia, no en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino en el de la protección de datos (art. 18.4 de la CE) y habiendo obtenido los agentes facultados la preceptiva autorización judicial, mal puede hablarse de vulneración de cualquiera de los derechos proclamados por el art. 18 del texto constitucional. Cuestión distinta es que la no incorporación de esos datos al proceso judicial pudiera haber tenido una negativa incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Sin embargo, tiene razón el Fiscal cuando recuerda que el resultado del oficio a *Movistar* interesando el listado de llamadas telefónicas efectuadas no dio resultado positivo de cargo. No fue valorado, por tanto, como elemento de prueba. Su hipotética nulidad sería intrascendente para el fallo.

En definitiva, habiéndose ajustado la reclamación de esos datos a las exigencias normativas impuestas por la Ley 25/2007, 18 de octubre, concurriendo la exigida autorización judicial para su reclamación a la operadora de telefonía y, sobre todo, no habiendo sido valorado su hipotético resultado como potencial prueba incriminatoria, no se han vulnerado los principios de contradicción y defensa que están en la base del derecho a un proceso justo». (F. J. 2º)

Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Legitimidad del rastreo informático para localizar situación de terminales telefónicos.

Recurso: Casación nº 12048/2011 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 777/2012 de fecha 17/10/2012

«Antes de nada, debe señalarse que no existe vulneración del art. 22.3 de la Ley de Protección de Datos, ni del art. 35 de la Ley General de Comunicaciones, pues la especialidad en esta materia la constituye la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Los datos que utilizó la policía judicial con autorización judicial fueron los relacionados en su art. 4º, y ello con las restricciones y con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo, según se regula expresamente en el art. 8º de la Ley 25/2007. Del propio modo, esta ley modifica el art. 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en aspectos que son cuestionados por los recurrentes, cuando su finalidad precisamente es la de posibilitar investigaciones como la presente, utilizando datos conservados que pueden arrojar indicios relevantes para la identificación de un terminal telefónico, aun sin titularidad nominal, que permita extraer elementos de localización o de conectividad, es decir, sin afectar al contenido de la conversación, y que ayuden a dirigir inicialmente una investigación delictiva. Este cruce de datos será extremadamente útil en la investigación de una serie de delitos, de importante impacto social, y que pueden verse facilitados en su esclarecimiento a través de estas nuevas técnicas en el cruce de conectividades, ya que no se trata de contenidos concretos y accesibles, ni titularidades nominales, que obviamente por ello no se ven afectados, ni han de incidir, ni en el invocado derecho constitucional a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones (apartados 1 y 3 del art. 18 de nuestra Carta Magna).

De igual forma, conviene salir también al paso de ciertas citas referidas a un rastreo de datos, sobre las que el Tribunal Supremo Alemán se ha pronunciado, pero que no constituyen un simple cruce de datos sin acceso al contenido de la comunicación, sino una serie de claves activadas de forma automática, mediante procedimientos informáticos, que alertan de la constatación en la información tratada de ciertos datos o claves en la comunicación referidos a ciertas actividades delictivas de gran alcance social, que individualizan tal conectividad y el contenido de la propia comunicación, lo que en este caso, desde luego, no ha sucedido.

Varios puntos han sido, pues, objeto de análisis por los recurrentes. Primero, como ya hemos dejado expuesto, la invasión de la intimidad por la utilización de tal rastreo de datos. Pues, bien, ninguna vulneración puede predicarse

de la utilización de un método que lo único que pretende es conseguir, en un radio de acción prefijado, la activación de unos mecanismos de comunicación, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de unos pocos sospechosos que respondan a la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios y que, como hemos visto, se han obtenido a través de informaciones directas, comprobables y legítimas. Esto es lo que ha sucedido en el caso sometido a nuestra revisión casacional. Y en este sentido este Tribunal Supremo, ya ha declarado que cuando «esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia» (STS 906/2008, de 19 de diciembre). En el misma línea, la STS 706/2006, de 14 de junio.

Se ha reprochado también que se trataba de una investigación prospectiva. En absoluto puede calificarse así a una medida que, tras la ocurrencia de unos graves hechos –un asesinato–, trata de iniciar una línea de investigación para conseguir alguna pista que revele a aquella persona que ha sido visto, mediante cámaras de vigilancias, hablando por un teléfono móvil. La prospección que se rechaza por la jurisprudencia es la que utiliza medios de investigación cuando no se persigue propiamente un delito en concreto, sino a la búsqueda de potenciales acciones delictivas.

En el caso enjuiciado, nos encontramos ante un asesinato, en el que los intervinientes ocultaban sus rostros, contactaban telefónicamente con terceros, una vez ejecutado el hecho, de manera que la única línea de investigación posible para identificar a los autores pasaba necesariamente por el estudio de las llamadas efectuadas, entrantes o salientes, producidas en un radio de acción y en una franja horaria, que cubren las exigencias del principio de proporcionalidad y de especialidad, necesarias para la autorización judicial de la injerencia.

Los recurrentes han rechazado también la legalidad constitucional de esta medida, al reprocharse la investigación que se lleva a cabo del contenido de uno de los teléfonos, concretamente el de Alexander Sxxxx Cxxxx, al averiguarse de forma ilegal tal interceptación y su utilización para esta causa. Nada de ello puede ser afirmado. En efecto, tras la comprobación de un número significativamente muy reducido de teléfonos que habrían entrado en comunicación en la franja horaria investigada, y en el lugar donde se comprobó mediante las imágenes, que se habían utilizado los terminales –lo que exclusivamente constituye ese primer acotamiento derivado de la utilización de la técnica del cruce de datos, mejor que rastreo de llamadas–, se pudo averiguar, por medios propios de la policía judicial, que confrontó tales datos con sus bases, que uno de ellos estaba siendo objeto de una escucha judicial, por delito de tráfico de drogas, en el curso de unas diligencias previas por un Juzgado de Instrucción de Jaén. Nada hay, pues, reprochable en que la policía utilice sus bases de datos para la averiguación de tal elemento de investigación, máxime cuando la interceptación no era un asunto del pasado, es decir, no era un caso cerrado (que tampoco lo hubiera impedido, por cierto), sino un caso «abierto» –y en marcha–, razón por la cual, ante la constatación de tal información, la policía se dirige a ambos jueces, el del Madrid (Juzgado de

Instrucción nº 17) y el de Jaén (Juzgado de Instrucción nº 1), y ambos les pide que se permita consultar tales fuentes, al haberse constatado que el propio día 8 de enero, el día del asesinato, existían llamadas entrantes y salientes que pudieran estar relacionadas con el hecho investigado en Madrid, y a las que en su día no se habría dado importancia, por no estar vinculadas al tráfico de drogas. El juez de Jaén autoriza la consulta de las transcripciones, mediante Auto de 19 de febrero de 2009 (folio 452), uniéndose a la causa tales documentos, que, por cierto, fueron después oídas en el plenario. Por consiguiente, esta censura tampoco puede prosperar». (F. J. 2º)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Exención de la obligación de declarar. No alcanza a testigo cuando el hecho es posterior a ruptura de relación. Acuerdo del Pleno.

Recurso: Casación nº 1462/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 304/2013 de fecha 26/04/2013

«En el primer motivo parece invocarse, al mencionarse el artículo 24 de la Constitución, que el Tribunal de instancia habría podido vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías al alegarse que la denunciante quiso acogerse al derecho a no declarar no obstante lo cual fue compelida, se dice indebidamente, a hacerlo, lo que provocó, a juicio del recurrente, que su declaración estuviera viciada y que ello dio lugar a la nulidad de actuaciones.

Examinado el acta del juicio oral puede comprobarse que el Presidente exigió a la testigo y víctima de los hechos enjuiciados que declarase ya que no estaba dispensada para hacerlo en cuanto estaba rota la relación de pareja que mantenía con el acusado y además los hechos enjuiciados igualmente se habían producido cuando esa relación ya no existía.

Esta Sala se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance de la dispensa a la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se trate de parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 (los que no están obligados a denunciar). Al existir sentencias con distintos alcance interpretativo del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de lograr la debida unificación en la interpretación de las normas legales, la cuestión fue sometida a un pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el día 24 de abril de 2013, en el que se examinó la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tras el debate correspondiente se tomó, por mayoría, el siguiente acuerdo:

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

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

Los hechos enjuiciados imputados al acusado Aboubocan Kune consistieron en el incumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación y comunicación con quien había sido años atrás su pareja sentimental, por lo que se le acusaba de delito de quebrantamiento de condena, estando ya ejecutoriamente condenado por hechos similares acaecidos con anterioridad, y todo ello pone en evidencia que ya había cesado, años atrás, la relación de pareja cuando se produjeron los hechos ahora enjuiciados, por lo que acorde con jurisprudencia de esta Sala, ratificada en el pleno no jurisdiccional antes mencionado, la testigo y víctima de los hechos no estaba dispensada de su deber de declarar y actuó correctamente el Presidente del Tribunal de instancia cuando así lo entendió, exigiéndole que prestase declaración como testigo». (F. J. 1º)

Derecho al Juez Ordinario predeterminado por la ley. Competencia y normas de conexión procesal: no hay vulneración constitucional.

Recurso: Casación nº 413/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 413/2013 de fecha 10/05/2013

«...hemos de insistir en que la simple vulneración de normas de competencia territorial no genera, por sí sola, el menoscabo del derecho al Juez predeterminado por la ley. Ni siquiera es causa de nulidad de los actos procesales, que conforme al art. 238.1 de la LOPJ, sólo se genera en los supuestos de falta de competencia objetiva o funcional. La defensa suma a su desacuerdo el hecho de que dos delitos que no presentan lazos de conexión entre sí hayan sido enjuiciados por la misma Audiencia Provincial. Sin embargo, obligado resulta insistir en que la vulneración de las normas de conexión carece de la trascendencia para derivar una infracción de alcance constitucional. La proclamación del art. 300 de la LECrim, conforme al cual, cada delito dará lugar a un único proceso es compatible con la excepción representada por los delitos conexos a que se refiere el art. 17 de la LECrim. Pero este último precepto a su vez, vuelve a excepcionar su contenido en el art. 762.6º, que permite *desconectar* lo que, en principio, aparece como susceptible de *conexión*. En él se tolera el enjuiciamiento de delitos conexos con independencia, autorizando al Juez instructor a formar las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento. Y por si fuera poco, el art. 988 de la LECrim, en su párrafo 3º, al fijar las reglas para la refundición de condenas, parte de la hipótesis de que delitos conexos hayan sido enjuiciados con independencia y este hecho sea advertido cuando las sentencias dictadas sean ya firmes. En definitiva, las reglas de conexión procesal están al servicio de un enjuiciamiento más ágil y conveniente, orientado a evitar que hechos de similar naturaleza puedan tener como desenlace pronunciamientos contradictorios. Pero la inobservancia de esas reglas tiene, como regla general, un alcance relativo si se pretende enlazar su vigencia con dictados de relieve constitucional». (F. J. 2º)

Derecho al secreto de las comunicaciones: adopción de la intervención en diligencias indeterminadas.

Recurso: Casación nº 593/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 301/2013 de fecha 18/04/2013

«Es cierto que una doctrina tradicional de esta Sala ha considerado que aunque la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas constituye una grave irregularidad procesal, no **necesariamente** determina la nulidad de la medida (SSTS núm. 20/1996, de 28 de marzo, y núm. 467/1998, de 3 de abril, entre otras),

Esta Sala viene recordando reiteradamente a los Instructores, desde hace más de quince años, (STS núm. 273/1997, de 24 de febrero, entre otras), que lo ortodoxo es dictar el auto habilitante de la intervención en diligencias previas, al no estar previstas específicamente en nuestra Legislación las llamadas indeterminadas, y que, por ello, **estas diligencias no constituyen un proceso legal hábil para adoptar una medida de esta naturaleza.**

Es, por tanto, procesalmente incorrecto adoptar medidas tan relevantes para los derechos fundamentales como la intervención de comunicaciones en “diligencias indeterminadas”, que **deben ser desterradas a estos efectos de la práctica judicial**, aun cuando esta irregularidad, por si sola, no necesariamente determina la nulidad de las intervenciones.

Asimismo el Tribunal Constitucional estimó inicialmente que el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, *per se*, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues **lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial (ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE), como de otro posterior (esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla) (SSTC núm. 49/1999, de 5 de abril; 126/2000, de 16 de mayo).**

Pero ha de tenerse en cuenta que el problema de las diligencias indeterminadas es, precisamente, que su incoación no se notifica necesariamente al Ministerio Fiscal, a diferencia de las diligencias previas, lo que impide el ejercicio por éste de la relevante función de control que le corresponde desempeñar, y a la que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, por lo que **en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en diligencias previas, o se incorporan a un proceso legal ya incoado, notificándose la intervención telefónica al Ministerio Público para posibilitar el eventual recurso y el control externo de la medida, y por el contrario se continúa practicando el desarrollo de la intervención en absoluto secreto, se está vulnerando el derecho constitucional y se impone necesariamente la nulidad de la prueba.** (F. J. 16º)

La reciente STS 69/2013, de 31 de enero, insiste como requisito esencial para la constitucionalidad de la intervención telefónica en que la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, **rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas.**

De forma expresa la STS 35/2013, de 18 de enero, reitera, que la intervención telefónica, como fuente de prueba y medio de investigación, debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, **cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.** En este sentido los requisitos son tres: 1) Judicialidad de la medida. 2) Excepcionalidad de la medida. 3) Proporcionalidad de la medida.

Y de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes: a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. c) **Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas.**

Este criterio se reitera expresa y literalmente en numerosas sentencia de esta Sala, como las núm. 639/2012, de 18 de julio, 726/2012, de 2 de octubre, 776/2012, de 9 de octubre o 69/2013, de 31 de enero, entre las más recientes.

De forma aún más contundente, la reciente STS 934/2012, de 28 de noviembre, considera "**proscritas**" las diligencias indeterminadas, al señalar que el Tribunal Constitucional exige la notificación del auto habilitante al Fiscal con valor de exigencia fundamental para entender limitado legítimamente el derecho al secreto de las comunicaciones, **en procesos irregularmente iniciados por las proscritas "Diligencias indeterminadas".** (F. J. 17º)

En efecto estima el TC que **no se quiebra la garantía constitucional cuando las diligencias indeterminadas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control a través, obviamente, de la notificación al Ministerio Fiscal,** que es preceptiva en la incoación de las diligencias previas, pero que no se realiza en las indeterminadas.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional, en esta materia (STC 197/2009, de 28 de septiembre y STC 72/2010, de 18 de octubre, entre otras), se puede concretar:

1º.- El auto de intervención telefónica ha de ser dictado en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial.

2º.- Las diligencias indeterminadas no constituyen en rigor un proceso legalmente existente.

3º.- La falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, vulnera el art 18 3º en la medida en que dicha ausencia impida el control inicial de la adopción, desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos.

4º.- Esta vulneración constitucional no se produce cuando la medida se adopta en diligencias previas, pues con independencia de la notificación formal, el Ministerio Público está personado y tiene conocimiento de las actuaciones.

5º.- Pero si se produce la vulneración constitucional cuando la intervención se ha adoptado en diligencias indeterminadas, pues la incoación de estas diligencias no se ponen en conocimiento del Fiscal, por lo que la medida se acuerda, se ejecuta y se mantiene en un secreto constitucionalmente inaceptable, ya que no se realiza en el seno de un auténtico proceso que permita el control de su adopción, desarrollo y cese.

De todo ello se deriva, necesariamente, que, por imposibilidad de recurso y control externo, la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas es inconstitucional, a no ser que de manera inmediata y previa al desarrollo o ejecución de la medida, se incorpore a unas diligencias previas o a otro proceso legalmente admitido, del que necesariamente se tiene que dar cuenta al Ministerio Público para posibilitar el recurso y el control.

La ejecución, desarrollo y cese de la intervención en diligencias indeterminadas, con absoluto secreto incluso para el Fiscal, determina en todo caso la nulidad de la prueba». (F. J. 18º)

Derecho al secreto de las comunicaciones: doctrina general.

Recurso: Casación nº 593/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 301/2013 de fecha 18/04/2013

«La solicitud de nulidad de las escuchas telefónicas constituye una cuestión habitual en los recursos de casación contra sentencias dictadas por delitos graves de tráfico de estupefacientes, por lo que es conveniente reproducir sintéticamente la doctrina de esta Sala en esta materia, que recientemente ha sido recogida, sistematizada y resumida en la Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Como recuerdan las recientes sentencias de esta Sala números 248/2012, de 12 de abril, 446/2012, de 5 de junio, 492/2012, de 14 de junio, 635/2012, de 17 de julio y 644/2012, de 18 de julio, entre otras muchas, la doctrina jurisprudencial parte del principio de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18, párrafo tercero de la Constitución de 1978.

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17º, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8º y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art 7º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el *fundamento del orden político y de la paz social* (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero).

El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad (SSTC núm. 70/2002, de 3 de Abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre).

Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial (STS núm. 246/1995, de 20 de febrero, entre otras muchas). (F. J. 3º)

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar

a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales (STS núm. 248/2012, de 12 de abril).

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS núm. 635/2012, 17 de julio).

Sin embargo, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca y carece de la calidad y precisión necesarias, por lo que debe complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por esta misma Sala, como por el TC (SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero, 184/2003, de 23 de octubre, 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH (SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España y de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras contra España). La Lecrim dedica a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, **que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica.**

Deben tomarse en consideración en los supuestos procedentes, la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Y en el ámbito de la Unión Europea, las Directivas 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico y 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE. (F. J. 4º)

En cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias

ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992 ; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997 ; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998; caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003, etc). (F. J. 5º)

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre, núm. 1018/1999, de 30 de septiembre , núm. 1060/2003, de 21 de julio , núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio, entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio ,165/2005, de 20 de junio, 261/2005, de 24 de octubre, 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre, entre otras, y SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004, 13 y 20 de junio de 2006, 9 de abril de 2007, 248/2012, de 12 de abril y 492/2012 , de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril).

La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre). (F. J. 6º)

En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del

investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio).

Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio) .

Han de ser objetivos *"en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona"* (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que *"permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse"* (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual *art. 579 Lecrim*, en *«indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa»* (*art. 579.1 Lecrim*) o *«indicios de responsabilidad criminal»* (*art. 579.3 Lecrim*)" (STC 167/2002, de 18 de septiembre).

En definitiva, **el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).** (F. J. 7º)

Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance **datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso**, no debe ir más allá, y **no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18 2º) otorgó al Magistrado competente**, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada trasnacional, que en un Estado social

y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones. (F. J. 8º)

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009. En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los **elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad** y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: 1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y 2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

"La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009. (F. J. 9º)

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, **y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación** , ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Sobre esa base, **el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste**

pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que *"la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que **el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia**. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa"*.

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. (F. J. 10º)

De esta doctrina puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita (STS núm. 635/2012, de 17 de julio):

A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad.

B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.

C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.

D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.

E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.

F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que

deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (STS núm. 635/2012, de 17 de julio). (F. J. 11º)

Tomando en consideración estos criterios, emanados de la doctrina constitucional anteriormente referenciada, y reiterando la doctrina ya expresada en la STS núm. 635/2012, de 17 de julio, **ha de concluirse que el principio esencial del que parte la doctrina constitucional es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.**

En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada.

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal Constitucional indique, como es lógico y natural, que no es suficiente que el propio servicio policial que interesa la intervención fundamente su solicitud en la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, **porque es necesario que la policía actuante indique una fuente de conocimiento cuya fiabilidad el Instructor pueda valorar racionalmente**, no implica que ello exija en cualquier caso la presentación detallada al Instructor de la indagación en su integridad, identificando la absoluta totalidad de las diligencias practicadas y relacionando minuciosamente las fuentes utilizadas a lo largo de toda la investigación, pues dicha exigencia ni ha sido establecida en estos términos por el Tribunal Constitucional, ni es necesaria cuando el Instructor dispone de datos objetivos suficientes, ni es posible en todos los casos, por ejemplo en operaciones internacionales en las que han intervenido fuerzas policiales de otros países que en su mecánica operacional habitual no acostumbran ni pueden ser obligadas a informar minuciosamente sobre sus fuentes ni a relatar detalladamente su mecánica operacional.

En definitiva, lo esencial y lo que excluye la vulneración constitucional, es que la intervención sea acordada judicialmente en una resolución que **explícite los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior**». (F. J. 12º)

Derecho al secreto de las comunicaciones. Escuchas telefónicas. Impugnación al comienzo.

Recurso: Casación nº 10616/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 44/2013 de fecha 24/01/2013

«...cuando, como consta expresamente en el caso actual, la parte acusada ha cuestionado expresamente al comienzo del juicio oral, como cuestión previa, la validez de las escuchas telefónicas, invocando precisamente como causa de nulidad la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales al no constar en la causa los oficios policiales a los que se remiten, es claro que dicho cuestionamiento, expresado en tiempo hábil, impone a la acusación la carga de aportar la documentación pertinente al proceso, para acreditar que la injerencia en el derecho fundamental de los acusados se ha producido motivadamente». (F. J. 9º)

Derecho al secreto de las comunicaciones: órgano judicial competente para acordar la injerencia.

Recurso: Casación nº 593/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 301/2013/2013 de fecha 18/04/2013

«En la STC 72/2010, de 18 de octubre, recuerda el Tribunal Constitucional que desde la STC 49/1999, de 5 de abril, dictada por el Pleno de dicho Tribunal, ha venido señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del Ordenamiento español, el Juez de instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), **sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial.**

En ese contexto —y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas «diligencias indeterminadas», **que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente**— posteriores resoluciones han declarado contraria a las exigencias del control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, **en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos** (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre; 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre; 146/2006, de 8 de mayo).

Por tanto, lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, **pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese.** (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7)». (F. J. 14º)

Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Aparato de escucha en vehículo policial. Hallazgo casual.

Recurso: Casación nº 1616/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 419/2013 de fecha 14/05/2013

«Se ignora si técnicamente hubiese sido posible la singularización de la grabación de las conversaciones habidas en el interior del vehículo policial para concretarlas en las habidas por los dos agentes investigados, pero como se sabe, siempre que se acuerda una intervención telefónica se produce una recogida "*de arrastre*" de todas las conversaciones mantenidas a través del teléfono intervenido, sean de salida o de entrada, con la consecuencia de captar conversaciones ajenas al objeto de la investigación criminal que justificó la autorización judicial de la injerencia. De ahí no puede seguirse sin más la violación del derecho a la intimidad de las terceras personas cuyas conversaciones sean captadas. Lo procedente es efectuar una selección de lo relevante a la investigación y ocultar el resto, de suerte que no existe publicidad de esa parte privada. Eso es lo que ha ocurrido aquí, en donde no constan las conversaciones ajenas al concreto delito descubierto casualmente.

Ya la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado indica que:

"...La propia naturaleza de la intervención determina que afecta no solo al titular de la línea sino también a sus interlocutores --SSTS 1001/2005 y 1717/1999-- . La intervención autorizada de las conversaciones alcanza no solo a aquel cuya línea telefónica es observada, sino también al interlocutor que se relaciona con el primero.... una intervención telefónica puede afectar los derechos de terceros ajenos a la investigación, sin que ello genere nulidades...."

Esto es cabalmente lo ocurrido en el presente caso en el que estaba acordada la escucha de las conversaciones que se llevaron a cabo dentro del vehículo, especificándose en el auto que ello era en referencia a las que mantuvieran los dos guardias investigados. El hecho de que en este caso, solo iba uno de los investigados con otro ajeno, y que al estar activado el mecanismo, se grabase la conversación concernida al delito de torturas supone un hallazgo casual derivado de una medida de injerencia válidamente adoptada y justificada aunque uno de los interlocutores de la conversación no fuera sospechoso del delito, inicialmente investigado. Por eso se trata, precisamente, de un hallazgo casual.

No existió ninguna nulidad de tal conversación ni violación del derecho a la intimidad.

En relación a la falta de control judicial por la demora de un año es poner en conocimiento del Juez tal hallazgo, el rechazo es claro pues el Juez que acordó la intervención --Instrucción nº 14 de Valencia-- temporáneamente fue informado de tal hallazgo, pero para no perjudicar el delito inicialmente investigado, mantuvo hibernada tal conversación, y posteriormente la remitió al Juez competente

territorialmente para investigar el delito casualmente descubierto --el de Instrucción de Moncada--». (F. J. 4º)

Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas: interceptación de conversaciones de quien no es titular de la línea judicialmente intervenida.

Recurso: Casación nº 416/2012
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 156/2013 de fecha 07/03/2013

«...esta Sala tiene dicho con reiteración (vid. STS de 29 de Diciembre de 2009, por ej.) que lo importante es que se identifique correctamente, para otorgar la debida autorización, la titularidad de la línea telefónica, resultando a partir de ahí indiferente, para la validez probatoria de las informaciones posteriormente obtenidas, el que sea el propio titular o una tercera persona quien haga uso de esa línea en sus comunicaciones con terceras personas, siempre que los contenidos de esas conversaciones resulten, a la postre, de interés para el esclarecimiento de los hechos investigados». (F. J. 7º)

Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Valor de las “informaciones anónimas”.

Recurso: Casación nº 975/2012
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 339/2013 de fecha 20/03/2013

«Recapitulando:

I) Una información confidencial en la que se preserva el anonimato de la fuente no basta nunca por sí sola para acordar una intervención telefónica. El juez al decidir no puede hacer dejación de las funciones que le atribuye la Constitución. Ha de ser él quien pondere la suficiencia de los indicios; no puede apoyarse en el puro criterio policial. Si el Juez no tiene posibilidad de acceder a la fuente, carece de un elemento imprescindible para decidir. El juicio sobre la fiabilidad de la fuente no puede descansar exclusivamente en la policía.

II) Esas informaciones sí pueden ser el desencadenante de una investigación policial en la que se recaben datos que permitan contrastar su fiabilidad.

III) Cuando esos datos parecen confirmar lo apuntado por la fuente confidencial, podrá conformarse una base indiciaria suficiente para la medida. El instructor ha de valorar objetivamente los elementos aportados distinguiendo lo que son juicios de valor u opiniones de los agentes, de lo que son circunstancias objetivas. Está obligado a una interpretación autónoma de esos datos sin confiar sin más en la explicación que se le ofrece. Por eso es tan aconsejable y muchas veces imprescindible que en la solicitud se consignen sobre todo los elementos objetivos y no sencillamente la interpretación que les dan los investigadores. Afirmar que se

sospecha que una persona se dedica a distribuir droga en un bar es una opinión o una deducción personal. Lo correcto es exponer no solo las inferencias o las deducciones sino sobre todo los datos neutros que las fundamentan (visitas al parking, estancia en el bar, contactos breves con diferentes personas con finalidad de intercambio). En los supuestos en que la solicitud de intervención sea prolija en juicios de valor o interpretaciones y parca en datos objetivos que permitan al Instructor realizar su propia valoración de los indicios, no será legítimo constitucionalmente un mandamiento de intervención telefónica. El Juez no sería como quieren la Constitución y la ley el garante de que no se procede a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones sin motivos suficientes. Abdicaría de esa función convirtiéndose en un mero convalidador de la valoración policial. En este caso es de subrayar que en el oficio inicial, sin perjuicio de determinadas interpretaciones, no se sustraen al Instructor, expuestos a veces de forma minuciosa, los datos externos que respaldan esas opiniones policiales.

IV) Esas informaciones confidenciales pueden sumarse al resto de indicios recabados durante esa investigación que confirmen su fiabilidad. Algunas conductas externas pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Su valoración será ambivalente (signos externos de nivel económico, maniobras aparentemente evasivas en la conducción). Pero cuando confluyen varias y adquieren plena coherencia y explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, éste no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación. Mantener relaciones con una persona con antecedentes policiales por tráfico de drogas, o trabajar en un línea aérea son datos inaptos para determinar una injerencia como la aquí examinada. Pero si esa persona antes ha sido señalada por una fuente confidencial como alguien que está valiéndose de su profesión para introducir droga, cobran una nueva dimensión». (F. J. 2º)

Diligencia de cacheo. No vulnera derechos fundamentales.

Recurso: Casación nº 416/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 156/2013 de fecha 07/03/2013

«**A)** El denominado cacheo consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir para la prueba de un delito, STS. 11.11.97.

El cacheo, acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su practica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectuó o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por lo agentes actuantes, o incluso en la integridad

corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicado en su práctica.

Respecto a su cobertura legal, con carácter general se encuentra en los arts. 11.1 f) y g) de la LO. 2/86 de 13.3 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (STS. 9.4.99), y en los arts. 18 a 20 LO. 1/92 de 21.2 sobre Protección de la Seguridad ciudadana (STS. 31.3.2000).

En cuanto a sus garantías el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria o "strictu sensu", tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención, pues en efecto es cuantitativamente reducido y por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la LECrim, para la detención.

Por ello se dice que el cacheo es una actuación inmediata sobre el detenido que **no exige asistencia letrada** por las siguientes razones:

1) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia;

2) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), la jurisprudencia afirma que queda preservado si se cumplen tres condiciones:

1.- Que el cacheo se realice por persona del mismo sexo.

Así en STS. 29.9.97 se afirma que "la práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aún contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la integridad corporal proclamado en el art. 15 de la C.E. concurriendo en las condiciones concretas de su práctica la adecuación cualitativa y cuantitativa para la obtención del fin perseguido, que le hace respetuosa con el principio de prohibición del exceso, existiendo, asimismo, una correlación en términos de proporcionalidad entre su finalidad y el sacrificio del derecho".

2.- Que se haga, según su intensidad y alcance, en sitio reservado.

3.- Que se eviten situaciones o posturas degradantes o humillantes (STS. 31.3.2000).

En cuanto al derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado.

En SSTS. 352/2006 de 15.3 y 473/2005 de 14.4, en supuestos en que no existió propiamente una intervención corporal sino la extracción por el propio acusado de la bolsa que portaba en su ropa interior a requerimiento de uno de los agentes a quien le resultó sospecho comprobar como trataba de ocultar algo en los genitales. El tribunal razona que aún en el supuesto de que hubiera sido registrado por los agentes tal actuación estaría amparada por la Ley de seguridad ciudadana, como cacheo del detenido, sujeto a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido.

Con ese mismo criterio se expresa la Sentencia de 21 de noviembre de 1999, en la que se declara que en los supuestos de cacheos externos no operan las garantías constitucionales del art. 18 C.E. y esas injerencias policiales se encuentran legitimadas por la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado 2/1986, de 13 de marzo, cuyo artículo 11.1, f) y g) impone a sus miembros el deber y otorga la facultad de realizar esta clase de actuaciones siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes, esas diligencias no revistan caracteres de desproporcionadas o arbitrarias, sino racionalmente adecuadas a la prevención de actividades delictivas y a la seguridad de la colectividad.

Y en la Sentencia 1.393/2002 de 24/07 se expresa que esta Sala, en reiterados precedentes, ha declarado la acomodación legal y constitucional de los cacheos. Concretamente la STS 1605/99, de 14 de febrero de 2000 declara que *«las diligencias de cacheo suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad»*. (Sentencias, entre otras, de 7 de julio de 1995 y 23 de diciembre de 1996). Por otra parte, la actuación queda amparada por el artículo 11.1, f) y g) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En el mismo sentido las SSTS 1519/2000, de 6 de octubre, que declara que el cacheo constituye una diligencia policial legalmente amparada en el art. 19.2 de la L.O. 1/92, de 21 de febrero, un comportamiento policial de averiguación absolutamente proporcionado, razonable y lícito en el que el agente actuó dentro del ámbito legítimo de su funciones.

La sentencia del Tribunal Supremo nº 510/2002 de 18-3, afirma que la diligencia de cacheo "deberá practicarse siempre con el necesario respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, no es propiamente una detención, sino una restricción de la libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna sin que afecte al derecho fundamental a la libertad de quien se ve sujeto a ella, por lo que

no le son aplicables las exigencias derivadas de las previsiones del art. 17 de la Constitución. Concretamente, ya hemos dicho que para el cacheo no se exige asistencia de letrado ni información de derechos y del hecho imputado (STS núm. 432/2001, de 16 de marzo). Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial."

B) Los agentes de policía que intervinieron en los hechos efectuaban labores de control del tráfico de estupefacientes en una calle donde habitualmente se trafica con tales sustancias. El cacheo vino motivado por la actitud del recurrente que permanecía en la calle, sacaba algo de su pantalón y vigilaba cuando se le acercaba la gente.

El cacheo se realizó de forma adecuada por cuanto se respetó la intimidad del recurrente al realizarse en un portal cercano. Así mismo, se realizó de una manera proporcional y ajustada a las circunstancias que suponen la ocultación de la droga entre las ropas e indumentaria de las personas investigadas por la comisión de estos delitos. De hecho, la droga se hallaba oculta en el interior de su pantalón, en su ropa interior, y distribuida en varias bolsas.

La actuación policial fue proporcionada y ajustada a las circunstancias del hecho delictivo investigado y se realizó respetando, en la medida de lo posible, la intimidad del acusado». (F. J. 1º)

Intervención y registro de ordenadores: volcado de datos personales; autorización judicial; obtención de la dirección IP y de información complementaria: cautelas.

Recurso: Casación nº 1461/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 342/2013 de fecha 17/04/2013

«A) La decisión de la Audiencia de incorporar al procedimiento ese CD, no es una resolución extravagante o carente de cobertura. Antes al contrario, tiene pleno encaje en el art. 729.3 de la LECrim, que exceptúa de la regla general de que en el plenario sólo se practicarán las diligencias de prueba que hayan propuesto las partes, la de aquellas otras que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

Tiene razón la defensa cuando exige todas la cautelas precisas para la cesión de los datos que debían llevar a la identificación del usuario de dos determinadas cuentas del programa de mensajería instantánea ofrecido por *Microsoft*. Esa información, pese a su aparente neutralidad técnica, es susceptible de protección en el ámbito de la LO 15/1999, 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales. Conviene recordar que, conforme a su art. 3, dato personal es "...cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". Y para despejar cualquier duda, el art. 5 del Decreto 1720/2007, 21 de diciembre, incluye en el concepto de dato personal "...cualquier información

numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

El carácter de la dirección IP como dato personal ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas resoluciones (cfr. por todas, SSTS 249/2008, 20 de mayo; 236/2008, 9 de mayo; 680/2010, 14 de julio y 292/2008, 28 de mayo).

Es entendible, por tanto, que el Juez instructor, a raíz de la denuncia que está en el origen de la presente causa, formulada por Vanessa Rxxx Nxxxx, con fecha 2 de julio de 2008, acordara dirigir mandamiento a la entidad *Microsoft Corporation* con el fin de que facilitara al Grupo VIII de la Brigada Provincial de Policía Judicial Madrid, *“...cuantos datos obren en sus archivos sobre los datos aportados voluntariamente en la generación de las cuentas de correo electrónico shu_nxxx_golfa@hotmail.com> y nany_axxxx@hotmail.com, así como las IP de las conexiones a dicha cuenta de correo electrónico en su generación, accesos a bandejas de correo electrónico más recientes que se conserven, así como IPs de conexión a servicios <passport”.*

Una vez obtenida la información requerida, la Policía Judicial se dirigió al Juez instructor solicitando mandamiento judicial, dirigido a las operadoras *Telefónica* y *ONO-Cable* con el fin de que facilitaran a los agentes comisionados *“...cuantos datos dispongan del usuario o usuarios a los que se les asignaron las direcciones IPs que se relacionan a continuación en hoja aparte, debiendo incluir en esa información los momentos exactos de inicio y finalización de asignación de dicha dirección IP al usuario, así como, en su caso, de las líneas telefónicas de conexión desde las que se produjeron los accesos, el titular y ubicación de las mismas. Para el caso de no haber sido asignada alguna dirección IP en la fecha y horas señaladas, se informe de los más próximos en el tiempo por posibles desajustes horarios en las máquinas implicadas en la transmisión”* (folio 22, tomo I).

A raíz de los datos proporcionados por las operadoras, fue posible la identificación de la persona que, desde esa IP, accedía a la red y utilizaba el programa de mensajería instantánea, como vehículo para contactar con menores y adolescentes y, en la mayoría de las ocasiones, como instrumento de chantaje.

En consecuencia, la obtención de las direcciones IP y de la información complementaria se ajustó a las exigencias legales impuestas por la especial naturaleza del derecho que iba a ser sacrificado. Las garantías exigidas por la Ley de Protección de Datos (LO 15/1999, 13 de diciembre) y la Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones (Ley 25/2007, 18 de octubre), fueron preservadas, sin que pueda derivarse de la concreta actuación de los agentes facultados, vulneración constitucional alguna de carácter relevante.

B) La defensa pone el acento en que la incorporación del CD en el que constaban los datos que habían permitido a los agentes de policía llegar a la identificación del acusado, fue exhibida por uno de los declarantes en el plenario e incorporada a la causa. La concesión por el Presidente del Tribunal de un término

de 30 minutos para poder acceder a su contenido habría generado indefensión, en la medida en que “...privó a la defensa de contra peritar el rastro de las IPs”.

La Sala no puede coincidir con esa línea de razonamiento.

De entrada, el argumento de que en ese CD se encontraba “...la fuente de toda la investigación”, exige algún matiz. Si por *fuentes* entendemos el origen cronológico de las investigaciones, la afirmación puede ser compartida. En efecto, la información ofrecida por *Microsoft* era clave para asociar a los datos tecnológicos que obraban en su poder, la identificación de un determinado usuario. Pero la verdadera *fuentes* probatoria, el genuino material incriminatorio sobre el que se sustenta la condena de Jorge Mxxxx Cxxxx, no está encerrado en el CD al que se refiere el recurrente, sino en el informe pericial acerca de la existencia, autenticidad y contenido de las conversaciones mantenidas por el acusado con sus víctimas. Y este dictamen pericial (folios 201-417, tomo II), fue objeto de debate, filtrado por el principio de contradicción en el plenario, habiendo aportado la defensa su propio perito informático para contradecir cuantas conclusiones técnicas aparecían allí proclamadas.

El CD ofrecido por el agente de policía en el momento de su declaración en el plenario, por sí solo, carecía de genuino significado incriminatorio. La información que en el mismo se contenía sólo era un punto de partida para obtener los datos electrónicos que, una vez contrastados con los obrantes en poder de las operadoras, permitieran obtener la identificación del usuario. No quiere con ello decirse que el proceso de obtención de esa información sea indiferente para el proceso penal. En el apartado A) de este mismo fundamento jurídico ya hemos apuntado la necesidad de integrar esa información, en apariencia limitada a una dimensión exclusivamente técnica, en el régimen jurídico de la legislación reguladora de la protección de datos. Desde este punto de vista, también hemos descartado *supra* cualquier vulneración que pudiera generar una exclusión probatoria (art. 11 LOPJ).

En el ámbito de la indefensión que se habría generado por la imposibilidad de elaborar una contrapericia, tampoco la Sala puede identificarse con el criterio del recurrente. La información proporcionada por la empresa que gestiona el programa de mensajería utilizado por el acusado –en este caso, *Microsoft*- no subordina su validez al hecho de que un perito de la defensa constate la integridad de los datos ofrecidos. Ello no significa, claro es, que esa información goce de una presunción de autenticidad inatacable por cualquiera de las partes. Pero no podemos olvidar que ese CD no era sino la respuesta, en soporte digital, al requerimiento cursado por la policía española –con la debida autorización judicial- a la empresa *Microsoft*. Si lo que se quería cuestionar era la fiabilidad de la identificación de la dirección IP, en atención a la metodología con la que la empresa requerida obtuvo esos datos, ningún obstáculo existía para extender el informe pericial propuesto por la propia defensa a ese extremo. La cesión de los datos obrantes en poder de *Microsoft Corporation* puede ser atacada pericialmente a partir de una discrepancia técnica en cuanto a los protocolos de identificación. Pero nada de eso se dice en el motivo. Es más, si la defensa hubiera querido transmitir alguna duda al Tribunal acerca de la integridad y exactitud de los datos ofrecidos por *Microsoft*, podía haberlo hecho a

través de su propio perito y, lo que es más importante, sin necesidad de esperar a la sobrevenida aparición de un CD.

Sea como fuere, quien ahora alega, en el legítimo ejercicio de su derecho constitucional, indefensión por no haber podido practicar una contrapericia, no mantuvo ese mismo criterio en el desarrollo del juicio oral. Es más, se opuso a que ese CD, en el que, según sus palabras, se alojaba la fuente de la incriminación contra Jorge Mxxx, tuviera acceso a la causa. En efecto, la Sala ha leído, al amparo del art. 899 de la LECrim, el acta del juicio oral. En él puede leerse lo siguiente: *“...en este acto por el M. Fiscal se manifiesta que el documento tan interesante para la defensa, lo tiene en su poder dicho testigo, y que conforme al art. 729.2 de la LECrim, en caso de que el Tribunal lo considere como documento que pueda ayudar a comprobar los hechos objeto del escrito de calificación de acusación, interesa que se aporte dicho documento al sumario”* (sic). La letrada de la acusación particular se adhirió a ese criterio y la defensa hizo constar lo siguiente: *“...se opone a lo manifestado por el Ministerio Fiscal. Es una prueba con la que no ha contado el Fiscal para calificar su escrito de acusación, y ayer se tenía que haber planteado presentar dicho documento. Aportarse el mismo tendría que pedir la suspensión y protesta, por considerar que es extemporánea su aportación en la fase de juicio que estamos. Produciría una indefensión a esta parte”* (sic).

Como puede observarse, la indefensión se situaba entonces, por el ahora recurrente, en la posibilidad de que ese CD fuera incorporado a la causa. Una vez aportado, la indefensión se identifica con no haber tenido oportunidad de aportar una segunda pericia. El Tribunal *a quo*, una vez preguntado el testigo acerca del porqué de la existencia de ese CD y aclarado por el agente de policía que *Microsoft* siempre ofrece sus respuestas en ese formato y que los datos de conexión de las dos cuentas de correo fueron impresos, resolvió suspender la sesión durante el período de 30 minutos para que la defensa pudiera instruirse acerca de su contenido.

El acta da cuenta de la reanudación de las sesiones del plenario y de la protesta de la defensa, que sólo ha podido imprimir parte de los archivos, habiéndole resultado imposible abrir el archivo que se investiga.

Ante esa alegación, la Audiencia acordó la continuación del juicio, sin ofrecer una respuesta definitiva a la queja del recurrente. Se hizo constar que para el día 22 de marzo estaba acordada la práctica de la prueba pericial, incluyendo el visionado del archivo multimedia, momento en el que podrían formularse por las partes las alegaciones que se consideren oportunas.

La transcripción en el acta del desarrollo de la prueba pericial es de especial interés. Concurren los peritos de ambas partes. Por el agente de policía núm. 87854 se describe el mecanismo formal de solicitud y cesión de los datos, primero a *Microsoft*, luego a *Telefónica* y a *ONO-central*. Se recuerda la cobertura de ambas peticiones con los correspondientes mandamientos judiciales. Describe el perito que, una vez en su poder el CD ofrecido por la empresa que gestiona el programa de mensajería, *“...se abre con la contraseña y estudian las IPs de conexión, junto con su fecha y hora, datos muy importantes en las IPs dinámicas”*.

Ese CD viene protegido por contraseña “...para evitar que, dado que se envían por correo, cualquier persona lo pudiera consultar”.

Ante la oposición de la defensa, que puso en duda la cadena de custodia, pues habían pasado más de cuatro años, sin que se tenga noticias de dónde ha estado ese CD y quién haya podido manipularlo, la Audiencia acordó “...que se proceda a la apertura del CD para comprobar su contenido. En este acto por el perito policía nacional se procede a la apertura del dicho CD, con utilización de medios informáticos aportados por el mismo. Y manifiesta que contiene las IPs. Tiene tres partes: una consistente en la explicación de cómo funciona. Las IPs están en otro contenido, tipo compresor, que en este caso tiene contraseña. Para ver su contenido, pide una contraseña a Microsoft. Se descomprime y hay un botón que dice hacer click; nany_axxx y shu_nxxx_golfa eran 2 cuentas por las que se habían enviado las amenazas. Siempre tiene ese formato” (sic).

El perito de la defensa considera “...que no se ha verificado de dónde vienen las IPs. No está acreditado cómo se ha hecho (...). Habría que ver si las IPs corresponden a alguna de las víctimas” (sic).

Como puede observarse, la forma de identificación de esas IPs fue objeto de un expreso debate promovido por el Tribunal a quo ante las quejas de la defensa. La vigencia del principio de contradicción en la práctica de la prueba pericial no puede ser cuestionada. La queja referida a la posible falta de garantías en la cadena de custodia carece de relevancia. En el presente caso, no se trataba de iniciar una identificación de los datos asociados a una IP cuatro años después de haber sido obtenida aquélla. El resultado de la información proporcionada por *Microsoft* ya había sido incorporado a la causa. De hecho, fue puesto a disposición del Juez instructor en los Anexos I y II, incorporados al informe que la Brigada de Investigación Tecnológica dirigió al Juez de instrucción con fecha 4 de agosto de 2008, esto es, pocos meses después de la denuncia que dio origen a la presente causa y antes incluso de obtener el mandamiento dirigido a *Telefónica* y *ONO-central*. De hecho, constan ambos anexos en los folios 17 a 20 del primer tomo. Ahí se identifican las direcciones IPs desde las que se han conectado las cuentas de mensajería *nany_axxx@hotmail.com* y *shu_nxxxx_gxxx@hotmail.com*. Se expresa la fecha y hora de conexión y el proveedor de servicios que hizo posible la conexión.

Pues bien, esa información está en la causa desde los primeros momentos de la investigación. El motivo ahora formalizado no hace mención a impugnación alguna, durante la fase de instrucción, de la validez e integridad de esas direcciones IPs. Tampoco menciona discrepancia técnica respecto del protocolo técnico mediante el que *Microsoft* proporciona la información requerida.

No existió, por tanto, indefensión y los motivos primero y decimoséptimo han de ser desestimados (art. 885.1 LECrim). (F. J. 2º)

(...)

El recurrente somete a un tratamiento sistemático unitario los motivos decimoquinto, decimosexto, decimoctavo, decimonoveno y vigésimo primero.

La línea argumental que inspira estos motivos puede sistematizarse, siguiendo al propio recurrente, conforme a los siguientes enunciados: a) el primer auto de entrada y registro al domicilio del interesado no especifica la autorización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para intervenir los ordenadores; b) Pese a ello, los agentes intervinieron el ordenador del acusado, en su presencia, siendo este material el que sirve de base al informe policial que ha sido clave para la condena; c) el volcado de todo ese material fue realizado sin presencia del secretario judicial ni, por supuesto, auto habilitante. Pese a la petición expresa de los agentes de la Brigada de Investigación Tecnológica de que el volcado de información se hiciera a presencia judicial, no intervino fedatario alguno; d) ese volcado se verificó, además, sin presencia del interesado ni de su defensa; e) no consta la herramienta utilizada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para proceder a ese volcado.

Ninguno de estos motivos puede llegar a prosperar.

A) El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar –de hecho, normalmente albergará– información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

(...)

La defensa pone el acento en el hecho de que el acta en el que fue recogida la diligencia de volcado no aparezca debidamente firmada por la Secretaria. Es cierto que se trata de una irregularidad formal que debió haber sido subsanada. Pero no olvidemos que no estamos en presencia de un documento ajeno al proceso que se incorpora al mismo para su valoración probatoria. Se trata de un documento judicial, unido formalmente a la causa, que describe la presencia de los dos agentes de policía en las dependencias judiciales para la práctica de un acto de volcado que había sido previamente autorizado por el Juez. Dudar de la integridad de ese documento por la falta de firma del Secretario ante el que se practica la diligencia carecería de sentido. A esa diligencia siguen otras muchas a lo largo de la instrucción, sin que nadie haya cuestionado –ni siquiera denunciado– la validez formal de ese acto procesal por la ausencia de firma del fedatario judicial ante el que se desarrolla. Pero aun en el caso en que se pretendiera extraer de esa falta de firma algún efecto en orden a la validez del acto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez la intervención del Secretario judicial. La STS 15 noviembre 1999, rec. núm. 3831/1998, aborda una

alegación referida a la nulidad de la diligencia practicada por ausencia del Secretario en los siguientes términos: *“...en lo que se refiere a lo que se denomina «volcaje de datos», su práctica se llevó a cabo con todas las garantías exigidas por la ley. En primer lugar, la entrada y registro se realizó de forma correcta y con la intervención del secretario judicial que cumplió estrictamente con las previsiones procesales y ocupó los tres ordenadores, los disquetes y el ordenador personal. Lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia.*

De obligada cita resulta la STS 256/2008, 14 de mayo. Razonábamos entonces en los siguientes términos: *“Por idéntico cauce procesal, se ha alegado vulneración de los derechos garantizados en los arts. 18,3, 18,4 y 18,1 CE, con el resultado de que debiera declararse nula la diligencia consistente en el volcado de datos del ordenador intervenido a este recurrente. Ello debido a que no existiría una resolución motivada ad hoc, y porque en la realización de esa diligencia se habrían conculcado normas esenciales de procedimiento. En idéntica línea se objeta un defecto en la identificación de los ordenadores; y también que la pericial realizada sobre el contenido de los mismos no contó con la fe del secretario judicial ni su resultado fue llevado a juicio como tal pericia; todo con el consiguiente perjuicio para el derecho de defensa. (...) La sala de la Audiencia se ocupó de esta misma objeción en el tercero de los fundamentos de derecho, para desestimarla. Y lo hizo en atención a que el auto de 21 de septiembre de 2005 (folio 894) acordando la entrada y registro en el domicilio del que ahora recurre habilitaba a la policía para la incautación, entre otras cosas, del material informático que allí pudiera encontrarse; y fue con esta cobertura como por providencia del día 23 del mismo mes se ordenó el análisis de la información de los ordenadores que ya estaba a disposición del juzgado. (...) Es cierto que esta última actividad no fue practicada ante el secretario judicial, sino por los técnicos policiales en su propia sede. Pero también lo es que, como razona la Audiencia, esa presencia que se reclama habría sido, de facto, tan inútil -y, por tanto, innecesaria- como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas imaginables en cuya técnica el fedatario judicial no fuera experto.*

Por eso, no habría nada que objetar a la intervención de los ordenadores y tampoco al modo en que fueron examinados”.

Esta solución inspira también la STS 480/2009, 22 de mayo.

En definitiva, la presencia del fedatario judicial en el acto del volcado de datos no actúa como presupuesto de validez de su práctica. Lo decisivo es que, ya sea mediante la intervención de aquél durante el desarrollo de la diligencia de entrada y aprehensión de los ordenadores, ya mediante cualquier otro medio de prueba, queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención y la que se obtiene mediante el volcado.

C) El motivo también reprocha la ausencia del interesado y su Letrado en el acto del volcado, así como la falta de expresión de los instrumentos técnicos empleados por los agentes para hacer realidad ese volcado.

Ninguna de estas objeciones tiene alcance constitucional.

El acusado no estaba detenido, ni en el momento del registro que permitió la intervención de los ordenadores, ni cuando se verificó el volcado. La posibilidad de designar a un perito que esté presente en ese acto (art. 476 de la LECrim) forma parte de las facultades que le asisten en su calidad de imputado. Sin embargo, esa presencia no es presupuesto de validez del acto. Nada de ello se desprende de la literalidad de aquel precepto. Y, lo que es más importante, el acusado contaba con la posibilidad –formalmente ejercida en el plenario- de proponer su propio perito para cuestionar todos aquellos aspectos del volcado que considerara oportuno. Forma parte ya de la valoración probatoria atribuir al dictamen pericial elaborado por los agentes a partir del volcado, la virtualidad incriminatoria que la Audiencia le ha adjudicado.

Lo propio puede decirse respecto de la falta de mención de la metodología técnica que presidió el volcado. No se trató, en modo alguno, de un volcado clandestino. Se verificó en dependencias judiciales, en presencia de la Secretaria judicial y pudo ser contradicho en el plenario mediante el interrogatorio de los agentes de policía que lo verificaron y con el dictamen del perito aportado por la propia defensa». (F. J. 8º)

Inviolabilidad del domicilio. El registro abarca a toda la vivienda.

Recurso: Casación nº 1086/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 122/2013 de fecha 15/02/2013

«El motivo cuarto está referido exclusivamente al acusado Israel Guillermo Nxxxx Cxxxx, y en él se invoca la infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente proclamado en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna.

En su desarrollo, exclusivamente se alega que la policía judicial ya conocía la implicación, a título indiciario, de este recurrente, hermano de Arístides, y cuando se solicita el mandamiento judicial nada se dice de ello, pero se termina registrando toda la vivienda, que ambos compartían, involucrando entonces al censurante, siendo por tanto nulo, en tesis del recurrente, tal registro.

De nuevo del estudio de la causa (art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede deducirse que mediante oficio policial fechado el día 31 de julio de 2008, en donde se expone ciertamente la presunta participación de Arístides y de Carmelo, y se da cuenta de la transacción observada en un vehículo con el conductor de una motocicleta, que se les pierde, se solicita la autorización para registrar ambos domicilios, lo que el juez concede con esa misma fecha, mediante resolución judicial suficientemente motivada, particularmente en su segundo

fundamento jurídico, en donde se narra dicha venta, y la ocupación debajo del asiento del copiloto de cuatro mil euros, fruto de tal actividad delictiva, así como el reconocimiento que hicieron los detenidos de que en su domicilio tenían sustancia estupefaciente. No podían esgrimirse más razones para fundamentar la medida interesada por la policía judicial.

Y con respecto al registro en la habitación de Israel Guillermo Nxxxx Cxxxx, es lo cierto que cuando la comisión judicial asiste a tal diligencia, se encuentran con él en casa, y el registro se practica igualmente en su habitación, a su presencia. El contenido de la resolución judicial lo era para la vivienda en su integridad, sin apartados ni dependencias, lo que permite su registro integral, sin que pueda detenerse la práctica del mismo ante tales invocaciones, ya que ello iría contra el principio de celeridad y podría producir la destrucción u ocultación de pruebas, razones que abundan sobre su legitimación y regularidad procesal. Cuando un mandamiento para registrar una vivienda no establece restricciones, la autorización comprende la totalidad de la misma, sin compartimentos estancos, y tanto desde el punto de vista de la flagrancia delictiva, como de la necesidad de realizar el registro con la celeridad que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide que pueda alegarse por los demás ocupantes de la vivienda la restricción de su derecho fundamental (art. 18.2 de nuestra Carta Magna)». (F. J. 4º)

Inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro: interesados. Presencia del conviviente.

Recurso: Casación nº 439/2012
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 1029/2012 de fecha 24/12/2012

«...concedido el mandamiento judicial, el registro tiene lugar a las 14:50 horas del propio día 29 de enero (folios 28 y siguientes), a presencia de la comoradora del mismo, Laura Cxxx Cxxx, quien dice ser pareja de Federico Pxxx Dxxxx, conforme se lee en el acta firmada por ella misma, y autorizada bajo fe del Secretario judicial. Como resultado de tal diligencia, se halla una considerable cantidad de cocaína, que arroja un peso de 170,02 gramos (y pureza en principio activo del 66,44 por 100), así como una balanza de precisión, con restos de polvo blanco, una escopeta, cartuchos, relojes y joyas y otros objetos de no acreditada procedencia.

De modo que la regularidad del registro en su aspecto motivacional es impecable, conforme ya lo declaramos anteriormente, y desde el plano de la legalidad ordinaria, la presencia de tal señora, que dice ser la pareja sentimental del recurrente, es inobjetable, y no estando detenido el ahora censurante, no tenía por qué estar presente en el momento de la práctica del mismo, sino la persona que moraba la vivienda junto a Federico. No sabemos exactamente si lo que quiere decir el recurrente es que, en tal circunstancia, y antes de conocer qué evidencias pueden comprometer al otro conviviente, ha de ser éste detenido para llevarle a presenciar un registro, del que se desconocen aun sus pormenores fácticos, bajo un argumento que no es precisamente el más razonable desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En este sentido, la STC 22/2003, de 10 de febrero, declara que ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio». (F. J. 6º)

Inviolabilidad del domicilio. Interesado a efectos de presenciar el registro: Morador actual.

Recurso: Casación nº 707/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1064/2012 de fecha 12/11/2012

«La recurrente ya no era moradora del domicilio registrado según se expresa en la sentencia y se acepta por ella. La ley no impone su presencia. No tendría sentido exigir la presencia en un registro de todos los anteriores moradores. No es verdad que si no se presencia el registro la prueba carezca de contradicción. La contradicción queda salvada con el interrogatorio de los agentes que participaron en la diligencia en el acto del juicio oral (SSTC 259/2005, de 24 de octubre, 219/2006, de 3 de julio y 197/2009 de 28 de septiembre); diligencia que, por otra parte, ofrece la garantía de la fe pública judicial.

Además, pese a algún antecedente jurisprudencial que parece razonar en otra dirección, la conceptualización que quién es “interesado” a los efectos del art. 569 LECrim no es diáfana. Si lo que se trata de reforzar es la protección del domicilio lo esencial será alguna vinculación con ese derecho (solo el morador actual, no el pasado, tendría la calidad de “interesado”). Si se está pensando en exigencias del principio de contradicción se llegaría a resultados diferentes. Pero entonces quedaría sin explicación por qué no existe en la Ley igual previsión cuando se habla del registro de otros lugares que no son domicilio, o por qué el art. 550 al utilizar el mismo término -interesado- está de forma evidente (otra cosa llevaría al absurdo) refiriéndose al usuario del domicilio y no a cualquier imputado o posible afectado por la medida (el argumento sistemático queda reforzado con la lectura de los arts. 552, y 570 de la Ley Procesal Penal). Solo desde la perspectiva de que el interés al que alude tal norma está referido a la inviolabilidad del domicilio, adquiere explicación coherente la asimetría: no es imprescindible la presencia del detenido para efectuar registros urgentes en otros lugares (un almacén, un vehículo de otra persona...). En esos casos también está concernido el principio de contradicción. Desde esa óptica al imputado le resulta indiferente que el lugar registrado sea un domicilio (de otro) o un almacén. No le es indiferente al titular del domicilio que por eso sí que tiene un interés especial en estar presente. La STS 503/2008, de 17 de julio diferencia ambos casos a efectos de consecuencias. La ausencia de quien no es titular del domicilio pero es imputado nunca dará lugar a la nulidad pues la contradicción está salvada». (F. J. 2º)

Prisión o detención incomunicada.

Recurso: Casación nº 10991/2012 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 94/2013 de fecha 12/02/2013

«...en el ámbito del Tribunal Constitucional varias son las sentencias que abordan en profundidad la razonabilidad de la medida de incomunicación. Por ejemplo, las SSTC 127/2000 y 7/2004, en las que el Tribunal garante de los derechos fundamentales y públicas libertades, desarrolla extensamente los motivos y fundamentos que se deben encontrar en la base de una medida ciertamente restrictiva explicando lo siguiente: como este Tribunal ha declarado (STC 196/1987, de 16 de diciembre, FJ 11º, ATC 155/1999, FJ 4º), "la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano", por lo que no resulta de aplicación la doctrina de que, "negada la libertad, no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, medidas que son sólo modificaciones de una detención legal, puesto que la libertad personal admite variadas formas de restricción en atención a su diferente grado de intensidad". La situación de incomunicación de detenidos constituye una limitación del derecho a la asistencia letrada recogida como una de las garantías consagradas en el art. 17.3 C.E., en la medida en que la incomunicación supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de la confianza del detenido, como la de entrevistarse de forma reservada con el letrado nombrado de oficio, conforme establece el art. 527 en relación con el 520 LECr (STC 196/1987, de 16 de diciembre, FJ 5º).

Por consiguiente (Cfr STC 16-5-2000, nº 127/2000), las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige (ATC 155/1999, FJ 4º). De manera que es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (por todas SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre, 61/1998, de 17 de marzo, 49/1999, de 5 de abril). Será necesario asimismo que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión "entre la causa justificativa de la limitación pretendida -la averiguación del delito- y el sujeto afectado por ésta -aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él- es un prius lógico del juicio de proporcionalidad" (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 8º, 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º).

A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que, si bien con carácter general la limitación de los derechos constitucionales que la incomunicación conlleva encuentra justificación en la protección de los bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos (STC 196/1987, de 16 de diciembre, FJ 7º, ATC 155/1999, FJ 4º), la finalidad específica

que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que "el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión" (STC 196/1987, de 16 de diciembre, FJ 7º, ATC 155/1999, FJ 4º). De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede "hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto" (STC 196/1987, de 16 de diciembre, FJ 7º, ATC 155/1999, FJ 4º).

Igualmente, en la mentada STC 16-5-2000, nº 127/2000, se añade: "que pueden tenerse en cuenta, además de los datos explícitos, los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto" (FJ 4º), la finalidad de conjurar los peligros para la investigación que puedan resultar del conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta, no sólo resulta implícita a la incomunicación de detenidos por causa de delitos de terrorismo, dado que dichos riesgos son inherentes a toda investigación de las actividades delictivas cometidas por organizaciones criminales, máxime si están estructuradas de forma compleja, sino que han sido previamente ponderados por el legislador para admitir la incomunicación de detenidos cuando la detención se produce por la presunta conexión del sujeto con los delitos de terrorismo, puesto que nuestra legislación sólo admite expresamente la incomunicación de detenidos por delitos de terrorismo (art. 520 bis 2. LECr.). En consecuencia, tampoco resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas."

Y al respecto, precisa la STC 7/2004, de 9 de febrero, que: "una vez levantada la incomunicación, los recurrentes fueron informados de sus derechos y declararon asistidos de Abogados nombrados por sus familias, Letrados que intervinieron activamente en esa primera declaración judicial, habiéndoseles permitido plantear preguntas, como se desprende del examen de las citadas declaraciones que constan en las actuaciones, y sin que los recurrentes formularan queja o protesta alguna ante el Juez instructor acerca de su falta de asesoramiento. Por tanto, no puede sostenerse -ni es éste el sentido de la denuncia formulada- que las posibilidades de asistencia letrada y defensa de los recurrentes se hayan visto mermadas una vez levantada la incomunicación".

Por su parte, la STC 196/1987, concluye que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas en la Ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, "no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada".

Y, finalmente, esta misma Sala, en el mismo sentido, ha resaltado que el mero contexto de terrorismo resulta argumento suficiente como para justificar una restricción de derechos como la implícita en la incomunicación (Cfr SSTS 26-10-2000; 16-7-2004, 22-4 2005; 18-12-2006, nº 1208/2006)». (F. J. 4º)

Registro de vehículo: no precisa autorización policial ni presencia de imputados. Es recomendable no obstante, facilitar la presencia de los mismos, detenidos en dependencias policiales.

Recurso: Casación nº 1971/2012
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 334/2013 de fecha 15/04/2013

«...no teniendo un vehículo de motor, en principio, la condición de domicilio o vivienda, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 87/2005, de 21-12; 856/2007, de 25-10; 861/2011, de 30-6; y 143/2013, de 28-2, entre otras), ni hallándose protegido su habitáculo por ningún derecho fundamental, es claro que no se precisa autorización judicial para realizar la diligencia de inspección ocular. Como ya se ha reiterado, la intervención del juzgado y también la de los imputados solo sería necesaria para preconstituir la diligencia como prueba sin necesidad ya de ser imperativamente sometida a contradicción en el plenario.

Ahora bien, que la práctica del registro del vehículo sin la intervención judicial y sin la presencia de los imputados no vulnere ningún derecho fundamental que determine la nulidad radical de la diligencia, no quiere decir que los funcionarios policiales que la practiquen no procuren que estén presentes los imputados cuando estos se hallen en las dependencias policiales y no concurran obstáculos fundados para que asistan al registro. Pues resulta incuestionable que el derecho de defensa y el principio de contradicción han de cumplimentarse en la medida de lo posible incluso en la fase preprocesal de la instrucción. Así lo requiere una lectura garantista de la ley ordinaria (art. 333 de la LECr.).

Y ello no solo porque se incrementan las garantías del imputado, que a fin de cuentas es lo más relevante, sino también porque otorga una mayor fehaciencia y fiabilidad a la intervención policial y facilita la legitimación del registro en el momento de ser sometido a contradicción en la vista oral del juicio, solventando y paliando posibles deficiencias y opacidades surgidas en el plenario con ocasión de las declaraciones de los testigos policiales que practicaron la diligencia». (F. J. 1º)

Tutela judicial efectiva. Escritos de acusación presentados fuera de plazo.

Recurso: Casación nº 901/2012
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 307/2013 de fecha 04/03/2013

«La presentación tardía de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. Si se trata del Fiscal, fuera del caso previsto en el art. 800.5 de la LECrim, estaremos ante una irregularidad que podrá influir, si el retraso fuese

insólito o desmesurado, para valorar la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas; o en el ámbito interno de la Institución, pero sin repercusiones en el proceso. Si la queja se refiere a una acusación no pública, tampoco puede automáticamente anudarse a esa extemporaneidad su expulsión inmediata del proceso, si no ha mediado previo requerimiento judicial. Agotado el plazo señalado para evacuar el traslado conferido con el fin de formular el correspondiente escrito de acusación sin que se haya presentado éste, habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECr: señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de acusación habrá que entender precluido el trámite por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 136), lo que, en definitiva, se traducirá en una suerte de desistimiento tácito o legal de la acusación particular, privada o popular (STC 101/1989, de 5 de junio). Dadas las drásticas consecuencias que pueden aparejarse a la omisión del trámite en el término fijado, parece aconsejable que el señalamiento de ese segundo plazo previsto en el art. 215 vaya acompañado de la advertencia formal de tener por apartada del proceso a la parte acusadora de que se trate si no se evacua en tiempo el traslado conferido. Anudar al mero incumplimiento del plazo el efecto de tener por precluido el trámite sin más y, por tanto, por apartada del proceso a la acusación de que se trate, sería desproporcionado. Las SSTS 73/2001, de 19 de enero, y 1526/2002, de 26 de septiembre, avalan esta interpretación que, por otra parte, encuentra apoyo legal en el art. 242.2 LOPJ.

En este mismo sentido, la STS 664/2008, de 13 de octubre, dispone al respecto que es preciso recordar que la falta de respeto de los plazos concedidos tanto al Ministerio Fiscal como a la defensa del acusado para formular sus escritos de acusación y de defensa no produce el efecto pretendido por la parte recurrente, pues no se trata de plazos de caducidad.

En efecto, cuando el que no respeta el plazo legalmente fijado para formular el correspondiente escrito, es el Ministerio Fiscal, el art. 781.3 de la LECrim. establece que, en tal caso, "el Juez de Instrucción requerirá al superior jerárquico del Fiscal actuante, para que en el plazo de diez días presente el escrito que proceda, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo"; y, cuando el que incurra en tal retraso sea la defensa del acusado, el art. 784.1, párrafo segundo, de la LECrim., dispone que, en tal supuesto, "se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse de acuerdo con lo previsto en el Título V del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial" (v. arts. 552 a 557 LOPJ). En este último caso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que "la defensa sólo podrá proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo, sin perjuicio de que, además, pueda interesar previamente que se libren las comunicaciones necesarias (...). Todo ello se entiende sin perjuicio de que si los afectados consideran que se ha producido indefensión puedan aducirlo de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 786".

La STS 139/2007, de 23 de febrero, con cita de las SSTS 732/2003, de 22 de septiembre y 501/2002, de 14 de marzo, resulta que, en efecto, la presentación de los escritos de acusación fuera de plazo, aun siendo una irregularidad formal, no es motivo de sobreseimiento libre ni causa de extinción de la responsabilidad penal,

a tenor de lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción vigente en el momento de esos trámites. Y, de otra parte, la modificación legal producida en esta materia por la mencionada Ley 38/2002, se circunscribe a la ampliación a diez días del plazo para formular la calificación (art. 780,1 LECrim); a la previsión de una eventual prórroga, previa solicitud del Fiscal (art. 781,2 LECrim); y a la previsión también de que en caso de falta de presentación de ese escrito en plazo el instructor deberá requerir al superior jerárquico del Fiscal de la causa para que lo presente (art. 781,3 LECrim)». (F. J. 5º)

Tutela judicial efectiva: obligación de cumplimentar las sentencias a tenor de lo decidido por una instancia superior; inmodificabilidad de pronunciamientos que ya hubieran adquirido firmeza.

Recurso: Casación nº 1003/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 361/2013 de fecha 23/04/2013

«2. Pues bien, según la sentencia del Tribunal Constitucional 23/2005, de 14 de febrero, el derecho a la **intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales**, como proyección del derecho a la **tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE), constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, reflejado, entre otras, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo; 159/2000, de 12 de junio; 111/2000, de 5 de mayo; 262/2000, de 30 de octubre; 286/2000, de 27 de noviembre; 59/2001, de 26 de febrero; 140/2001, de 18 de junio; 216/2001, de 29 de octubre; 187/2002, de 14 de octubre; y 224/2004, de 29 de noviembre.

Y en esa misma sentencia 23/2005 el TC recuerda que tiene reiterado que la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el **principio de seguridad jurídica** que nuestra Constitución protege en su art. 9.3 (aunque no se haya erigido por el Texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se haya otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional) y que existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE pues, si este comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio; y 23/1996, de 13 de febrero).

El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen

que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio; 231/1991, de 10 de diciembre; 19/1995, de 24 de enero; 48/1999, de 22 de marzo; 218/1999, de 29 de noviembre; 69/2000, de 13 de marzo; 111/2000, de 5 de mayo; 262/2000, de 30 de octubre; 286/2000, de 27 de noviembre; 140/2001, de 18 de junio; 216/2001, de 29 de octubre).

(...)

4. La lectura de los párrafos que se acaban de transcribir y del resto del “factum” de la sentencia recurrida constata que la Audiencia no ha declarado probados en la nueva resolución los hechos que esta Sala ha acogido como ciertos en la sentencia de casación 583/2011, de 15 de junio, y que por tanto habían devenido firmes, por lo que no cabía modificarlos en la nueva sentencia que tenía que dictar el Tribunal de instancia.

Ello, a tenor de la jurisprudencia anteriormente citada del Tribunal Constitucional, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras (art. 24.1 CE), toda vez que unos hechos que habían devenido firmes han sido modificados por el Tribunal de instancia, no respetando así su invariabilidad e inmodificabilidad, y dejando al mismo tiempo de ejecutar la sentencia dictada por la Sala en casación en el apartado de los hechos probados que había declarado ciertos. Una sentencia, se insiste, que en ese extremo concreto no era ya recurrible y resultaba inmodificable, por lo que era imperativo ejecutarla en ese apartado concreto.

Igualmente se infringen los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de jerarquía jurisdiccional desde la perspectiva de la competencia funcional (arts. 117.3 y 123.1 CE).

Asimismo se vulneró lo dispuesto en el art. 901 bis a) de la LECr., toda vez que la Audiencia no redactó la sentencia con arreglo a derecho al no ajustarse a lo establecido por esta Sala, y también se conculcó lo preceptuado en el art. 18.2 de la LOPJ, al no ejecutar la sentencia 583/2011 de esta Sala en los términos en que estaba dictada.

Por todo lo cual, procede, en virtud de lo dispuesto en el art. 901 bis a) de la LECr., estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la acusación particular, lo que determina en este caso la declaración de nulidad de la sentencia recurrida debido a la vulneración de normas constitucionales y ordinarias, reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarla, con el fin de que se redacte otra en la que se recojan en el “factum” los hechos admitidos como ciertos en la sentencia de casación 583/2011, tal como ya se acordó en su día, sin necesidad de que proceda ya a examinar de nuevo la prueba pericial, por haberlo ya efectuado esta Sala en la referida resolución. Y a partir de esa premisa fáctica imperativa, se redacte el resto de la sentencia en sus apartados fáctico y jurídico con arreglo a la prueba practicada en la instancia no examinada por este Tribunal por el cauce del art. 849.2º de la LECr». (F. J. 2º)

EJECUCIÓN DE CONDENA.

Acumulación de condenas y licenciamiento definitivo. Intangibilidad de las resoluciones judiciales: doctrina Constitucional.

Recurso: Casación nº 10807/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1078/2012 de fecha 03/01/2013

«El TC al resolver múltiples recursos de amparo interpuestos contra sentencias de esta Sala Segunda aplicando la conocida como doctrina *Parot*, ha distinguido diversos supuestos: a) aquellos en que no se había agotado la vía jurisdiccional previa por no haberse intentado una nulidad (por todos ATC 179/2010, de 29 de noviembre) o el recurso de casación (sentencias ya mencionadas) y en los que ha declarado la inadmisibilidad del recurso; b) aquellos en los que, entrando a conocer del fondo, ha respaldado la constitucionalidad de la interpretación propugnada en la STS 197/2006, de 28 de febrero; y c) un último grupo en los que estima el recurso de amparo en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la aplicación de esa doctrina en el caso concreto suponía la variación de una resolución judicial previa firme que se habría pronunciado en un sentido diferente, lo que no podía enmendarse por no existir cauce legal.

Ignorar la existencia de una previa decisión judicial asumiendo otra forma de cómputo supondría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, que cobija en su proteico contenido el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Existe una larga serie de sentencias que desarrollan igual argumentación. La primera es la STC 39/2012, de 29 de marzo.

Tras descartar la lesión de otros derechos fundamentales y reproducir sintetizada la prolija doctrina sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y su engarce en el derecho a la tutela judicial efectiva, se constata que existía un Auto judicial previo que incorporaba el tradicional criterio de cómputo lo que abocaba a la estimación del recurso de amparo: *“Ahora bien, según se expuso anteriormente, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme se proyecta al examen de las cuestiones que guardan con ella una relación de estricta dependencia, extendiéndose a aquellos extremos que constituyen su ratio decidendi y a los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes o decisivos para la decisión adoptada. En el presente caso, puede afirmarse que el Auto de 28 de mayo de 1997 no sólo resuelve acerca de cuál es la ley aplicable ante la sucesión normativa generada por la entrada en vigor del nuevo Código penal, sino que al adoptar su decisión sobre la base de un determinado criterio de cómputo de las redenciones que resulta determinante para considerar más favorable el Código anterior (hasta el punto de que la aplicación del otro criterio posteriormente utilizado obligaría a modificar el sentido del fallo de esta resolución), está conformando la realidad jurídica relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad y creando una situación jurídica consolidada no sólo respecto de la ley aplicable, sino también respecto del criterio de cómputo de las redenciones que sustenta su decisión. Un criterio conforme al cual ha venido ejecutándose la pena y cuya existencia no puede ser ignorada por el propio órgano judicial en decisiones posteriores, como las recurridas en amparo, sin hacer desaparecer la eficacia de su*

anterior resolución. En definitiva, aun siendo distinto su objeto, existe una estricta relación de dependencia entre lo resuelto por el citado Auto y las resoluciones recurridas en amparo, que impedía a éstas ignorar la realidad jurídica conformada por aquél en cuanto al criterio de cómputo de las redenciones, lo que nos conduce a afirmar que estas resoluciones desconocen la eficacia de lo resuelto con carácter firme e intangible por el Auto de 28 de mayo de 1997, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Nada obsta a lo anterior el hecho de que el cambio de criterio de la Audiencia Nacional en marzo de 2006 frente a su anterior decisión firme adoptada en 1997, se funde en la aplicación de un nuevo criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo pocas semanas antes, pues los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior, ni justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella (STC 219/2000, de 18 de septiembre, FFJJ 6 y 7), lo que debió haber sido tenido en cuenta por el órgano judicial a la hora de determinar el alcance, en el caso concreto, del citado cambio de criterio jurisprudencial”

La STC 57/2012 sostiene idéntico criterio.

(...)

Algunos asuntos muy similares, si no idénticos, han sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional. No escapa esa realidad al Tribunal a quo que menciona en concreto la STC 41/2012, de 29 de marzo

(...)

4. El recurrente denuncia en los motivos segundo, cuarto y quinto de su demanda la supuesta vulneración del principio de legalidad penal, desde la doble perspectiva de la ilegitimidad del nuevo criterio interpretativo y la aplicación retroactiva de una ley desfavorable (art. 25.1 CE). En relación con esta petición, hemos de destacar que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, en la que se cuestiona la forma de computar la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena ya impuesta, en la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por más que sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de

julio de 2003, caso *Grava c. Italia* (§ 51), en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, mutatis mutandis, el caso *Hogben c. Reino Unido*, núm. 11653-1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, *Decisiones e informes [DR] 46*, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, caso *Gurguchiani c. España* (§ 31), afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7.”

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003. En dicho precepto el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador “podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas” (art. 78.1 CP), criterio que deviene obligatorio cuando se trata de penas especialmente graves aunque, no obstante, se prevean algunas excepciones que deberá valorar el Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 78.2 y 3 del Código penal vigente).

Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas, aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha posibilidad desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, viene a coincidir con el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero que el Tribunal Supremo ha considerado era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 y el art. 988 LECrim. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carece de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9), supuesto que no se da en el caso analizado.

Los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución sí pueden ser cuestionados desde otras perspectivas. Una de ellas, alegada en el motivo tercero de la demanda de amparo, tiene que ver con el contenido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede apreciarse en el presente caso la vulneración denunciada. Como señala el Ministerio Fiscal, la resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se limita a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando razonadamente el cambio de criterio sobre la forma de cómputo de las redenciones

de penas por el trabajo en penas acumuladas, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2).

De todo lo expuesto se colige también, por razones atinentes al principio de legalidad, que el demandante no ha sido privado de su libertad personal en supuestos distintos de los establecidos en la ley penal, lo que descarta la alegada vulneración del art. 17 CE...

6. La misma suerte desestimatoria debe seguir la queja plasmada en el motivo de amparo octavo de la demanda, según la cual el nuevo criterio de cómputo de las redenciones que le ha sido aplicado deja sin efecto práctico las redenciones y la libertad condicional, lo cual vulneraría el art. 25.2 CE en cuanto prevé que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, por cuanto “niega el carácter incentivador y reinsertador de las redenciones al no tener ninguna plasmación como beneficio penitenciario”.

Como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en este extremo, el art. 25.2 CE no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria con objeto de que configure las sanciones penales para que cumplan estos fines de reinserción establecidos en la Constitución, sin que se deriven derechos subjetivos del mismo (por todas, SSTC 88/1998, de 21 de abril, FJ 3; 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; ATC 279/2000, de 29 de noviembre, FJ 4). En tal sentido, es evidente que el nuevo criterio de cómputo de las redenciones dificulta objetivamente la posibilidad de reducir automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena en determinados supuestos, singularmente aquellos en los que la duración de las penas acumuladas supera en mucho, aritméticamente, los límites máximos de cumplimiento legalmente establecidos. Pero tal criterio no impide que los penados puedan cumplir su condena con arreglo a las previsiones de la legislación penitenciaria vigente que, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad”.

La larga cita merecía la pena pues se vienen a analizar las diferentes cuestiones suscitadas ante el TC de cuya doctrina en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE) esta Sala no puede si no hacerse eco (art. 5.1 LOPJ).

No estamos, pues, ante una rectificación de decisiones previas firmes, sino ante un acuerdo complementario de lo ya decidido. Hasta este momento no existía en la ejecutoria de la que dimana el presente recurso ningún pronunciamiento jurisdiccional que se hubiese decantado por uno u otro criterio de cómputo de las redenciones. Por eso no se puede hablar de variación de resoluciones firmes, ni de afectación del principio de seguridad jurídica (que no se ve afectado incidido más que en la medida en que lo es en cualquier ocasión en que se produce una modificación jurisprudencial: pero de ese principio constitucional no cabe inferir como consecuencia la inmutabilidad de la jurisprudencia), ni de aplicación arbitraria de la norma.

El órgano sentenciador es el competente para decidir sobre ese extremo que afecta al núcleo de la acumulación prevista en el art. 70 CP. Ni la jurisdicción de vigilancia penitenciaria tiene facultades sobre ese punto (su papel se limita a la aprobación de las redenciones); ni, por supuesto, las tiene la administración penitenciaria (que efectúa cálculos; no dicta resoluciones). Las expectativas que haya podido generar esa forma habitual, de efectuar el cómputo no pueden condicionar la decisión sobre un particular que atañe en exclusividad al órgano sentenciador (art. 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El Tribunal no había exteriorizado en ningún momento su criterio plasmándolo en una decisión: tanto el auto de acumulación de condenas como el que rechazaba el acoplamiento al CP 1995 dejaban esta cuestión sin prejuzgar (cosa diferente es que se pueda adivinar qué se hubiese decidido si en ese momento en que no se había producido el giro jurisprudencial se plantea la cuestión: pero eso es inherente a todo cambio jurisprudencial; afectará a los asuntos pendientes y no a los ya resueltos). No hay ninguna decisión jurisdiccional firme dictada por órgano competente que esté contradicha por el auto ahora impugnado.

Tampoco las liquidaciones de condena tienen trascendencia a este respecto ni pueden considerarse “intangibles”. La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes viene proclamada el art. 118 de nuestra Constitución. Pero eso no afecta a cómputos de tiempo provisionales efectuados por la administración. Ello implica la continua modificación de resoluciones que aprueban liquidaciones de condenas y fechas de licenciamiento definitivo sin quebranto alguno de la seguridad jurídica. (ATC 274/1997, de 16 de julio). De ahí que la consolidación de la situación punitiva de un penado no se produzca hasta que se apruebe su licenciamiento definitivo». (F. J. 4º)

Licenciamiento definitivo: cómputo (STS 197/2006).

Recurso: Casación nº 10671/2012 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1042/2012 de fecha 27/12/2012

«3. Antes de dar respuesta a los concretos motivos formulados se estima conveniente hacer algunas precisiones.

Se habla de que a partir del 28 de febrero de 2006 se produjo un cambio jurisprudencial, expresión, que es fácil de entender, si queremos hacer referencia a

un giro en los criterios judiciales resolutivos en esta materia, pero en términos estrictos no se habría producido tal cambio, y ello por diversas razones:

a) Admitimos que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y las Audiencias Provinciales, con absoluta generalidad, siguiendo el criterio que configura una pena resultante (ex novo) de la suma de todas las impuestas, y sobre el límite de cumplimiento (en cuantía hasta 30 años) establecen el régimen de cumplimiento, como si la pena única impuesta fuera de 30 años.

Sin embargo, la jurisprudencia no la crean las 50 Audiencias Provinciales existentes en España, cuando la materia sobre la que recaen sus pronunciamientos es susceptible de acceder al Tribunal Supremo. Es este órgano el encargado de crearla, y así lo hizo con la dictada el 28 de febrero de 2006 (nº 197), y otras muchas posteriores que reiteraron el criterio de decisión establecido en aquélla.

b) Las resoluciones previas de esta Sala de casación atinentes al cumplimiento de las penas y redención de penas por el trabajo basculaban en las siguientes direcciones:

1) Por un lado algunas sentencias de forma colateral venían considerando a las diversas penas impuestas como autónomas. En este sentido se hace referencia:

- Sentencia 1817/1999 de 24 de diciembre, que nos dice: "... la pena constituye la medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del triple de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real".

- Sentencia 1223/2005 de 14 de octubre, se establece: "... para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en sentencia cuando sean juzgados varios delitos".

2) Por otro lado, también podrían entresacarse sentencias que reconocen como un hecho jurídico generalizado el criterio de considerar una pena autónoma resultante de la suma de las demás, pero sin pronunciarse sobre la corrección jurídica de este modo de resolver de los Juzgados de Vigilancia y Audiencias Provinciales, porque no se le ha exigido a la Sala pronunciamientos sobre tal punto.

c) De cuanto llevamos dicho se puede considerar que la primera vez que frontalmente y de modo directo se exige pronunciamiento judicial sobre esta cuestión al Tribunal Supremo, lo fue en el proceso que culmina con la tan mentada sentencia nº 197/2006 del Pleno jurisdiccional de esta Sala.

Será más correcto decir que a un modo generalizado de resolver judicialmente el problema planteado, sucedió una decisión, ésta sí, jurisprudencial, en tanto reiteradamente seguida de otras (ver STS Aranzadi: 3490/2006, 4893/2006, 7325/2006, 7991/06, 10112/2006, etc.), que reitera la misma doctrina y

son dictadas por el Órgano Supremo que ostenta la capacidad decisoria general para toda España. (F. J. 1º)

Efectuadas las consideraciones anteriores procedemos a analizar someramente los motivos planteados, que en definitiva son los principios o derechos fundamentales que los justiciables, afectados por la doctrina de la STS 97/2006, han cuestionado o planteado ante el Tribunal Constitucional por entender que se infringen tales derechos.

Los argumentos determinantes de la parte recurrente para apoyar sus pretensiones tienen su fundamental apoyo en las razones expuestas por el voto particular formulado por tres magistrados a la sentencia 197/2006.

Todos estos motivos se canalizan a través de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. Analicemos someramente cada uno de los motivos.

1. El recurrente invoca, en relación al principio de legalidad los arts. 25.1º y 2 y 9.1º C.P., en relación al 70.2 y 100 del C. Penal de 1973 y 66 del Reglamento de Prisiones 1956 y 202 del Reglamento Penitenciario actual.

Se alega que el Tribunal Supremo venía reconociendo que la pena resultante de la aplicación de la acumulación de condenas era una pena nueva y autónoma sobre la que se aplicaban los beneficios penitenciarios, entre ellos las redenciones ordinarias y extraordinarias, como instrumentos de reducción del período de internamiento efectivo, y que no se ha dado ningún nuevo elemento que justifique el cambio de criterio sobre la naturaleza y finalidad de la norma en cuanto a la consideración de los beneficios penitenciarios como instrumento dentro del tratamiento penitenciario que supone una reducción de la pena o período de internamiento efectivo, que deviene del mandato del art. 100 C.P. 1973 y art. 25.1 y 2 C.E.

Sobre ello hemos de decir que el Tribunal Supremo nunca reconoció la creación de una pena autónoma en ningún pronunciamiento, sino que aceptaba (sin resolver sobre su procedencia o legalidad) una realidad jurídica existente en los Juzgados de Vigilancia y Audiencias Provinciales sobre la mecánica aplicativa de las redenciones de penas por el trabajo.

Pero, aunque se entendiera como un cambio en los criterios judiciales resolutivos, ello siempre es posible, si se aportan razones de peso que justifiquen el giro decisorio.

La sentencia de 28 de febrero de 2006, argumentó exhaustivamente para llegar a las conclusiones que definitivamente establece. La sentencia ha sido seguida por otras: STS 734/2008, de 14 de noviembre; STS 898/2008, de 11 de diciembre; STS 1076/2009, de 29 de octubre; STS 329/2001, de 5 de mayo; STS 343/2011, de 3 de mayo STS 45/2012, de 3 de febrero; ATS 1529/2009, de 25 de junio.

Tal criterio jurisprudencial no supone la eliminación de las redenciones, sino su cómputo mediante aplicación de la redención a cada pena correspondiente,

de tal suerte que el límite máximo de privación efectiva de libertad resultante de la acumulación en ningún caso debe ser considerado como una nueva pena que sustituya a las anteriormente impuestas.

En ningún caso pueden vulnerar el principio de legalidad las decisiones que se acuerdan al amparo de la legalidad vigente, interpretándola conforme a la jurisprudencia implantada. Así lo ha establecido el T.C. en SS. 39 a 69/2012 de 29 de marzo; 108/2012 de 21 de mayo y 113 y 114/2012 de 24 de mayo.

El motivo no puede prosperar.

2. En el motivo segundo se alega infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Sobre tal derecho -según la doctrina constitucional enunciada- tampoco se produce vulneración, cuando no pueda afirmarse la existencia de una resolución judicial firme e intangible de la que se derive la aplicación al caso de un criterio de cómputo de las redenciones de pena por trabajo distinto del aplicado por las resoluciones recurridas, ni que el recurrente tuviera una legítima expectativa concreta, derivada de la actuación previa de los órganos judiciales en la respectiva ejecutoria, de alcanzar su libertad en un momento distinto al que resulta de las resoluciones judiciales recurridas. En sentido contrario, ha estimado la existencia de una lesión al derecho a la libertad cuando la situación de prisión se hubiera prolongado más allá de la propuesta de licenciamiento definitivo que, teniendo en cuenta los abonos de redención de penas por el trabajo practicados periódicamente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, hubiese sido elevada al órgano judicial o se hubiese desconocido la existencia de una previa resolución judicial firme sobre la revisión de la condena aplicando un criterio de cómputo de las redenciones diverso y más favorable (SSTC 39 a 69/2012, de 29 de marzo; STC 108/2012, de 21 de mayo; STC 113 y 114/2012, de 24 de mayo).

En nuestro caso no se ha producido tal lesión, por cuanto al penado no se le habría formulado una liquidación definitiva de la condena con fecha de licenciamiento.

3. Principio de irretroactividad de las leyes desfavorables: Infracción del art. 25.1 y 9.3 C.E. en relación con el 7.1 C.E.D.H. y 15 P.I.D.C.P.

También declara el Tribunal Constitucional que la doctrina de la STS 197/2006 no supone vulneración a la legalidad (art. 25.1) por aplicación retroactiva de una norma posterior, sino que se aplica la normativa vigente en el momento de la comisión de los hechos, si bien con una nueva interpretación de la norma (creemos que el T. Supremo la interpreta por primera vez) que era posible a la vista de los preceptos anteriormente aplicados (art. 70.2 y 100 del C.P. de 1973).

Sobre la vulneración del art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el Tribunal Europeo se limita a prohibir que se sancione por delitos o se impongan penas que no estuvieran claramente definidas en la legislación vigente al tiempo de los hechos; no se encuentran dentro del ámbito de protección de este

artículo los preceptos relativos al cómputo de los beneficios penitenciarios que pudieran suponer la reducción de las penas impuestas, sino simplemente las relativas a los delitos y a sus penas (sentencia de la Gran Sala, en Kafkaris v. Cyprus, de 12 de febrero de 2008). En principio, el art. 7.1 de la Convención solo garantiza la irretroactividad de las normas legales y reglamentarias, pues habla de "law". El precepto consagra una garantía contra el legislador, quedando fuera de la mencionada garantía convencional el margen de creación judicial por vía interpretativa que el marco textual de las normas legales permite. Y en cualquier caso, tampoco se habría producido una aplicación retroactiva del posible cambio jurisprudencial a la hora de considerar los beneficios penitenciarios, porque no es hasta marzo de 2012 cuando se fija la fecha del licenciamiento definitivo, sin que hasta entonces se hubieran aplicado a las penas refundidas los beneficios penitenciarios previstos legalmente.

4. Principio de igualdad regulado en el art. 14 C.E. y 14 del C.E.D.H.

Tampoco este derecho resulta infringido por la doctrina de la S. 197/2006 de esta Sala, ya que no puede apreciarse ni voluntarismo selectivo ni apartamiento inmotivado del anterior criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisprudencial cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según proclama la doctrina jurisprudencial. Tal afirmación se contiene en las abundantes sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional de 2012 (SS.T.C. 39 a 62/2012 de 29 de marzo; 108/2012 de 21 de mayo; 113 y 114 /2012 de 24 de mayo).

5. Derecho fundamental a la libertad. Infracción de los arts. 17.1 C.E. en relación al 5 y 7.1 C.E.D.H. y 9.1º y 5º y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La defensa aduce que la novedad en el cómputo y el propio cómputo del beneficio penitenciario de la redención suponen una vulneración del derecho fundamental a la libertad.

El Tribunal Constitucional en la serie de sentencias dictadas por el Pleno considera que no se vulnera el derecho a la libertad cuando no pueda afirmarse la existencia de una resolución judicial firme e intangible de la que se derive la aplicación al caso de un criterio de cómputo de las redenciones de penas por trabajo distinto del aplicado por las resoluciones recurridas.

El motivo igualmente debe rechazarse.

6. Derecho a la reeducación y reinserción social, art. 25.2 C.E. 1er Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra 1955): Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

El T. Constitucional en las tan citadas sentencias de 2012, dictadas por el Pleno, nos dice que cuando el art. 25.2 prevé que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, el precepto no expresa un derecho fundamental del ciudadano, sino un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, y el nuevo criterio de cómputo de las

redenciones dificulta objetivamente la posibilidad de reducir automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena, pero no impide que los penados puedan cumplir su condena con arreglo a las previsiones de la legislación penitenciaria vigente, con aplicación de un elenco de medidas (sistema de individualización científica, permisos, comunicaciones, libertad condicional, etc.) que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si la conducta penitenciaria y la evolución del penado muestran que se halla en condiciones de hacer vida honrada en libertad.

El motivo se desestima. (F. J. 2º)

El rechazo de todos los motivos venía impuesto por la fuerza de la lógica y la coherencia, pues no puede pretenderse que en un recurso contra un auto, esta Sala de cinco magistrados dé al traste con la doctrina sentada por la sentencia de 28 de febrero de 2006, invariablemente seguida por otras posteriores, habida cuenta que nuestro Tribunal Constitucional la ha validado, con los temperamentos que en múltiples sentencias dictadas en este año 2012, ha tenido a bien a establecer, pero que no afectan a nuestro caso.

La Sección Tercera de la Audiencia Nacional ha dejado bien claro que no se ha dictado o aprobado la liquidación definitiva de la condena con fijación de día para el licenciamiento, ya que la propia providencia ofrece al Centro penitenciario los criterios con los que debe practicarse y el día en que se producirá el licenciamiento.

Por otro lado -como bien apunta el Fiscal en el recurso- hay que dejar constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STDH 10 de julio de 2012, nº 42750/2009 (Asunto del Río Prada contra España) ha estimado que la resolución recurrida, que había aplicado la doctrina que se viene exponiendo, violaba los arts. 7 (principio de legalidad) y 5.1 (derecho a la libertad y seguridad) de la Convención, pero se trata de una resolución que no es firme, por lo que no afecta al presente recurso al estar pendiente de la decisión por la Gran Sala. Téngase presente que la reconsideración de un asunto por órgano del Tribunal de mayor garantía no se produce sin la concurrencia de serias razones para entender que existe base para aquilatar o perfilar una decisión previa, con posibilidad de rectificación de lo resuelto.

La desestimación del recurso hace que las costas procesales le sean impuestas al recurrente conforme a lo dispuesto en el art. 901 L.E.Cr». (F. J. 3º)

EJECUCIÓN DE LA PENA.

Sustitución de la pena ex art. 71.2 CP.

Recurso: Casación nº 1563/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 413/2013 de fecha 10/05/2013

«La literalidad del art. 71.2 del CP despeja cualquier duda acerca del carácter imperativo de la sustitución de la pena. El legislador busca evitar la

imposición de penas cortas de prisión que, según enseña la experiencia penitenciaria, suelen conllevar efectos perjudiciales añadidos al que es propio de toda restricción de libertad. (...) La posibilidad de sustitución después de la sentencia, mediante auto motivado y antes de iniciar la ejecución, se desprende del tenor literal del art. 88 del CP y ha sido expresamente confirmada por esta Sala en varias resoluciones, de las que la STS 249/2007, 6 de marzo, constituye un claro ejemplo». (F. J. 5º)

ENCUBRIMIENTO.

Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes (art. 454 CP).

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

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

El art. 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento. En palabras de la STS núm. 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: a) la comisión previa de un delito; b) un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes; y c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio

de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero.

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

Es oportuno recordar, en cualquier caso, que el art. 454 CP exime de pena a los encubridores que lo sean de determinados parientes y, entre ellos, de sus ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados, erigiéndose como única «excepción a la excepción» la del encubrimiento comprendido en el art. 451.1º CP. La excusa absolutoria del art. 454, que conlleva la exención de responsabilidad penal para el pariente en estos términos, no es en cambio comunicable al ajeno a la familia, respecto del cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento (SSTS núm. 624/2004, de 17 de mayo, y 475/2002, de 15 de marzo)». (F. J. 9º)

ENSAÑAMIENTO.

Aplicación al cómplice.

Recurso: Casación nº 10346/2012 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 889/2012 de fecha 15/11/2012

«2. Antes de resolver la queja planteada conviene recordar que el jurado dio por probado que el acusado presenció la brutal paliza propinada a Igor Antonievics en la finca de frutales, participó en el traslado de éste, aún con vida, a la estación de Renfe de Bot, para que continuase la agresión que igualmente presenció, aunque no consta acreditado que pusiera las manos en la víctima hasta que fue cadáver ni que tuviera el dominio del hecho.

Partiendo de ese dato la esencia de la protesta se sostiene en presupuestos inexactos o incorrectos, pues ni se le condena por complicidad omisiva, ni fue acusado por actuaciones de tipo omisivo, sino que conforme al resultado del debate contradictorio en la práctica de las pruebas no resultó acreditado que materialmente el acusado agrediera a la víctima. Pero intervino en todos los demás actos positivos, formando parte activa del grupo agresor, sin que sea preciso que todos golpeen, maltraten o lesionen a la víctima, bastando que lo

haga alguno o algunos con la aquiescencia de los demás, lo que hace que a todos alcance la misma responsabilidad. Los jurados desde una concepción popular o vulgar de la autoría, entendieron que la conducta del recurrente no fue determinante y solo favoreció el delito, en base a cuya afirmación el Magistrado Presidente calificó benévolamente su participación en el hecho en grado de complicidad.

3. La conducta activa, que no dejó de serlo por el hecho de que no propinara patadas a la víctima, aportaba a la ejecución del hecho delictivo y a sus ejecutores materiales seguridad y refuerzo, actuando todos ellos en connivencia y coordinadamente, pero devaluado tal aporte causal, considerando su presencia como refuerzo, apoyo y vigilancia en la obra criminal común, lo que implica una participación activa, aunque con actos secundarios o auxiliares en la ejecución.

Conforme a todo ello resulta obvio que la condena como cómplice en el asesinato de Igor A. no es consecuencia de una calificación sorpresiva ni supone la vulneración del principio acusatorio como sostiene el recurrente.

En este punto es oportuno recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala (véase, por todas, STS 600/2009 de 5 de julio), según la cual, la sujeción de la condena a la acusación formulada (congruencia) no es tan estricta hasta el punto de impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (véase STC 4/2002 de 14 de enero y 71/2005 de 4 de abril).

Ciertamente que no se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no solicitada, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido y aceptado por el Tribunal, que suponga tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos por los que se condena pudieron ser debatidos al hallarse contenidos en la acusación.

4. En nuestro caso la condena como cómplice tuvo como sustento fáctico básico el contenido de la imputación, con la modificación de excluir por no acreditado en el juicio que el acusado propinase patadas a la víctima, y de ese relato fáctico pudo defenderse plenamente, defensa que debió ser efectiva al degradar el órgano jurisdiccional la calificación de autor o cooperador necesario a la de cómplice, que es más benévola que la de autor material por la que se acusaba, es decir, que la calificación jurídica de la sentencia ha beneficiado al recurrente. No hay por consiguiente cambio en el título de imputación que generase indefensión o imposibilitara una adecuada defensa.

Incluso, respecto del alegato impugnativo de que no pudo realizar a la testigo principal determinadas preguntas, no es cierto, ya que la defensa ha de

prever distintas posibilidades calificadoras, dependiendo del desarrollo de la prueba, y las preguntas si las hizo la defensa al acusado, también pudo dirigirlas a la testigo principal con ese propósito al final conseguido de degradar la participación del recurrente». (F. J. 5º)

ESTAFA.

Administrador de hecho/de derecho.

Recurso: Casación nº 116/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 929/2012 de fecha 19/11/2012

«La segunda razón por la que no procede estimar el motivo es que la parte recurrente hace una interpretación errónea del art. 31 del C. Penal. Este precepto, cuyo antecedente directo se encuentra en el art. 15 bis del C. Penal introducido en la reforma de 25 de junio de 1983 del texto punitivo ya derogado, tiene como fin evitar las lagunas punitivas que se daban en los delitos especiales propios relacionados con las personas jurídicas. En esta clase de delitos se requiere para poder imputar la autoría que concurren ciertas cualidades o condiciones personales en el sujeto activo que, en algunos supuestos delictivos (entre otros, quiebras, delito fiscal y alzamiento de bienes), solo concurrían en la persona jurídica, pero no en la persona física que actuaba como su representante o administrador.

Para cumplimentar el principio de legalidad y solventar así los problemas que estaba suscitando alguna jurisprudencia que cubría las lagunas legales con criterios de analogía contra reo, se dio vida al referido precepto, en el que se dispone, en su redacción actual (art. 31 del C. Penal), que *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*.

Pues bien, como el delito de estafa no es un delito especial propio por razón del sujeto activo, ya que no requiere que el autor tenga la condición personal de deudor para que pueda ser aplicado, es claro que no se precisa acudir al art. 31 del C. Penal para penar como autor del delito al recurrente. Y es que resulta indiferente a los efectos de incurrir en el tipo penal de la estafa que su conducta fraudulenta ejecutada en perjuicio de los querellantes le favoreciera a él personalmente o a un tercero.

El motivo resulta así inasumible». (F. J. 5º)

Autotutela de la víctima.

Recurso: Casación nº 506/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 53/2013 de fecha 24/01/2013

«Baste ahora con recordar la doctrina de esta Sala acerca de la suficiencia del engaño y el fundamento del principio de autoprotección. Decíamos en nuestras SSTS 832/2011, 15 de julio, 1188/2009, 19 de noviembre; 687/2008, 30 de octubre y 425/2008, 27 de junio, que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa, tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial, en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «...una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos. Más recientemente no faltan pronunciamientos de la Sala en este mismo sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero, con cita de otras sentencias -SSTS 1285/98 de 29 de octubre, 529/2000 de 27 de marzo, 738/2000 de 6 de noviembre, 2006/2000 de 22 de diciembre, 1686/2001 de 24 de septiembre- tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». En el mismo sentido SSTs 880/2002 de 14 de mayo y 449/2004 de 2 de abril.

En tales supuestos, la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas. De hacerlo así se corre el riesgo de desproteger a quien por razón de sus circunstancias personales es más vulnerable y precisa de mayor tutela, pues la metodología del fraude admite estrategias bien distintas, con un grado de sofisticación variado. La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema jurídico no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos –algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido– en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa». (F. J. 6º)

Contrato de permuta: doctrina civil.

Recurso: Casación nº 1812/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 400/2013 de fecha 16/05/2013

«Nos encontramos ante un **contrato de permuta de una cosa presente por otra futura**, que consiste en una modalidad de contratación en la que se permuta una parcela o solar a cambio de un determinado número de pisos o locales de la edificación que se va a construir en la parcela, y que constituye un contrato reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia, de gran difusión en la realidad social. Se trata de un contrato válido, como lo es la compraventa de cosa futura, y que tiene su encaje en el concepto de permuta del artículo 1538 del Código Civil (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001 y 19 de julio de 2002, y entre las más recientes, 166/2013, de 8 de marzo).

En esta modalidad contractual, uno de los permutantes transmite **ya** al otro, salvo pacto de reserva de dominio, que en el caso ahora enjuiciado no concurre, la propiedad de un solar del que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél determinados locales o pisos del edificio que se compromete a construir en el solar de referencia.

El art. 1.271, párrafo primero, del Código Civil admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura. No es óbice que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino que basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, que se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (arts. 1.273, 1.445, 1.447 CC).

El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre la que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación.

La jurisprudencia admite que es suficiente la "determinabilidad" y para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación de la cosa futura que el contrato obliga a entregar (Sentencias Sala Primera de este Tribunal de 12 de abril de 1.971, 16 de octubre de 1.982, 9 de enero de 1.995 , 10 de octubre de 1.997 , 3 de marzo de 2.000 , 8 de marzo de 2.002 , 25 de abril de 2.003 , 12 de noviembre de 2.004, y entre las más recientes, de 30 de marzo de 2012, núm. 223/2012). Y esto es lo que sucede en el caso actual, en el que los pisos y locales aparecían determinados en la escritura notarial de permuta de 17 de mayo de 2007, que iba acompañada del plano de la edificación, conforme al proyecto básico redactado por el arquitecto correspondiente.

Como destaca la doctrina más caracterizada, en esta modalidad contractual es frecuente que la entrega del solar se realice en documento público, precisamente con la finalidad de que el *accipiens* pueda inscribirlo a su nombre y solicitar créditos hipotecarios para afrontar los gastos relacionados con su actividad y con la promoción de la edificación, que es lo que ocurrió en el supuesto actual.

Precisamente por ello, el contrato conlleva un riesgo indudable para la persona que entrega la propiedad de un inmueble a cambio de una mera obligación, pues queda sujeta a las vicisitudes que puedan ocurrir en el período intermedio, entre ellas el gravamen del inmueble, su embargo, la insolvencia del promotor o incluso la transmisión del solar y de las obligaciones a un tercero, como sucedió en el caso actual. Por ello es frecuente que se pacten diversas formas de garantía (reserva de dominio, condición resolutoria expresa, cláusula penal, por el retraso en la construcción, avales bancarios, etc.). Y también se ha tratado de reforzar la posición de cesionario del solar otorgándole tutela real sobre los pisos futuros, a través de la reforma del art 13 del Reglamento Hipotecario, operada por el RD 1867/98, reforma que sin embargo fue dejada sin efecto por la Sentencia de 31 de enero de 2001 de la Sala Tercera de este Tribunal, por estimar que dicho precepto reglamentario alteraba el sistema de adquisición de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico». (F. J. 8º)

Elementos. Engaño previo al error.

Recurso: Casación nº 1812/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 400/2013 de fecha 16/05/2013

«Tampoco puede ser acogida la pretensión subsidiaria planteada en el sentido de aplicar al presente supuesto el Acuerdo Plenario de 28 de febrero de 2006, que admite el dolo subsequens en la estafa al expresar que "*en el contrato de descuento bancario no concluye el dolo de estafa si la ideación defraudatoria surge en un momento posterior durante la ejecución del contrato*", porque ambos supuestos no tienen relación alguna.

Como ya hemos señalado, en el delito de estafa no es el engaño necesariamente anterior al contrato, **sino previo al error que produce el desplazamiento patrimonial**. Esta conceptualización determina un efecto natural en

los contratos de tracto sucesivo, en los que el engaño puede ser puesto en escena en el transcurso de la relación contractual, concurriendo un ardid integrante de engaño bastante, que determine un desplazamiento patrimonial basado en el error.

Este es el sentido de lo acordado en el Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios de 28 de febrero de 2006, del que se deduce que la ideación defraudatoria integradora del delito de estafa puede surgir durante los avatares correspondientes a una relación jurídica duradera, con prestaciones sucesivas.

Pero dicho acuerdo no tiene aplicación en los contratos de tracto único, en los que la parte perjudicada ya ha realizado su única contraprestación en el momento inicial, y en ese instante no ha concurrido engaño antecedente o concurrente que determinase el desplazamiento patrimonial.

Si la parte recurrente considera que el acusado actuó dolosamente en el momento en que fue conecedor de que las dificultades urbanísticas impedían la realización de la obra y sin embargo no advirtió a los querellantes, dificultando con ello la resolución contractual e imposibilitando la recuperación de las parcelas, dicha actuación puede ser constitutiva de un dolo civil, evaluable en el ámbito indemnizatorio, o en su caso de otra figura delictiva, que tampoco concurre como analizaremos seguidamente, pero en no puede integrar el delito de estafa pues el único desplazamiento patrimonial realizado por los querellantes se produjo en un momento anterior.

Momento en el que no había concurrido engaño alguno, ni activo ni omisivo. **Porque, como ya hemos señalado, la estafa requiere una relación de causalidad entre el engaño provocado y el desplazamiento patrimonial generador del perjuicio».** (F. J. 11^o)

Engaño.

Recurso: Casación nº 1551/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 333/2013 de fecha 12/04/2013

«La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un **engaño precedente, bastante y causante**. En cuanto al requisito del engaño *precedente*, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19-5; 1012/2000, de 5-6; 628/2005, de 13-5; y 977/2009, de 22-10).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo *bastante*, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo

a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (SSTS 288/2010, de 16-3; y 512/2012, de 10 de junio)». (F. J. 6º)

Engaño bastante.

Recurso: Casación nº 1793/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 421/2013 de fecha 13/05/2013

«En el **caso concreto** que se juzga el acusado aparentó ante los compradores que era el propietario de una de las tres fincas y que tenía poder de la entidad vendedora para enajenar las otras dos, hechos que en modo alguno eran ciertos, dado que, tal como ya se anticipó, consta acreditado documental y testificalmente que ya no era el dueño de la primera de las fincas cuando la vendió en documento privado a las entidades querellantes, y carecía de un poder de la sociedad “El Vxxx de la Hxxxx, S.A.” para vender las otras dos.

Al aparentar ante los compradores una titularidad de la que carecía y estar vinculado directamente a la sociedad vendedora, por ser precisamente uno de los socios, es claro que actuó mediante un engaño bastante para que los representantes de las entidades compradoras creyeran de buena fe que el acusado tenía la titularidad de una de las fincas y era la persona autorizada por la entidad propietaria para enajenar las otras dos.

Por consiguiente, no se está ante un dolo civil, como dice la defensa del recurrente, sino ante un dolo defraudatorio penal. Y tampoco operó el acusado con un dolo *subsequens*, toda vez que los representantes de las entidades compradoras (Inmobiliaria La Vxx S.L. y Servicios Integrales de Mxxx Gxxx S.L.) entregaron engañados el dinero correspondiente a la venta mediante documento privado de 17 de agosto de 2005, por lo que se está ante un engaño precedente y causante del desplazamiento patrimonial que acabó integrando el resultado consumado del delito de estafa.

Concorre, pues, la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa, sin que pueda afirmarse que las entidades compradoras, a través de sus representantes, hayan incurrido en un error fácilmente evitable cumplimentando las obligaciones propias de los usos mercantiles. De modo que no puede decirse que no han adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venían obligados en el tráfico mercantil. Se descarta así que la defraudación se deba a la indolencia, negligencia o a un exceso de confianza que diluya la tipicidad del delito de estafa debido a que el perjuicio que ha generado el desplazamiento patrimonial obedezca

más a las omisiones de la víctima que a la intensidad del engaño generado por el acusado. Y se descarta esta hipótesis exculpatoria porque no puede exigírsele a las sociedades compradoras que sospechen y desconfíen de la venta de unos bienes inmuebles que le corresponden a una sociedad que está siendo dirigida por el acusado como uno de los socios que la integran. Siendo realmente este el que con su conducta engañosa genera el peligro ilícito contra el bien jurídico que se acabó materializando en el resultado delictivo». (F. J. 6º)

Engaño bastante.

Recurso: Casación nº 548/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 88/2013 de fecha 17/01/2013

«El **motivo segundo**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicados los arts. 248 y 250.1-6º. En definitiva, se afirma que no existió el engaño bastante que vertebra el delito de estafa. Se dice que fue clara la falta del deber de autoprotección por parte de los que resultaron perjudicados ya que fácilmente podrían haber salido del error escenificado por los recurrentes.

De entrada hay que recordar que este cauce casacional parte del respeto al *factum*, ya que el debate que permite este cauce es el de la subsunción jurídica de unos hechos --los fijados por el Tribunal sentenciador-- que son aceptados sin reparos por el recurrente.

Pues bien, el recurrente no respeta el *factum*, en la medida que en ellos se dice claramente que los recurrentes:

"...Para aparentar ante sus víctimas solvencia y seguridad empresarial...".

"...Simulaban interés en adquirirlos (los inmuebles) y emprendían la negociación del precio...".

Con lo dicho es suficiente para rechazar el motivo pues en el *factum* se está describiendo el engaño antecedente, bastante y causante definidor de la estafa.

Más aún, con la finalidad de dar respuesta incluso más allá de las exigencias derivadas del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, verificamos en este control casacional que el engaño fue bastante en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, en casos muy concretos esta Sala ha declarado que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos --SSTS de 21 de Septiembre de 1988 ó 18 de Junio de 1991--. Al respecto, Alejandro Groizard en sus Comentarios al Cpenal de 1870, en el Tomo IV, en relación al requisito de que el engaño sea "*bastante*" decía que:

"...Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto del engaño, debe considerarse tanto como un efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia...". Cita recogida en las SSTS 839/2009 y 332/2010, entre otras.

En definitiva se trata de supuestos de autopropuesta en peligro --STS 476/2009--. En todo caso se trata de una doctrina de aplicación muy prudente y cuidadosa, porque como se indica en la STS 1036/2003, el engaño de la estafa no puede quedar neutralizado por la diligencia desplegada por la víctima, porque en tal caso, quedarían extramuros de la protección penal los comportamientos de quienes se aprovechen de la debilidad de la víctima.

En todo caso, hay que recordar que la exigencia de que el engaño sea "*bastante*" es un elemento normativo del tipo que la doctrina de esta Sala ha venido interpretando con un doble criterio integrador y no excluyente, debiendo atenderse a un criterio subjetivo y otro objetivo.

En su aspecto objetivo, el engaño es bastante cuando la maquinación desarrollada por el agente ante su víctima es capaz de producir en ésta un conocimiento equivocado que le lleva a efectuar el propio acto de disposición en su propio perjuicio por la apariencia de veracidad y realidad.

En su aspecto subjetivo, se incide en las condiciones personales del engañado, tales como nivel cultural, edad, situación y cualesquiera datos en relación a las condiciones personales de la víctima --SSTS de 16 de Julio de 2000; 529/2000 ó 717/2002 de 24 de Abril--, y muy especialmente, en el quebrantamiento de específicas obligaciones derivadas del cargo que ocupa el sujeto pasivo, como ocurre en el caso del empleado de banco que permite la retirada de fondos sin exigir la correspondiente acreditación de identidad de la persona que quiere efectuar tal retirada --SSTS 1285/1998 de 29 de Octubre ó 2006/2000 de 22 de Diciembre--.

En el presente caso las víctimas no responden a la imagen descrita en la cita de Groizard, no se está en presencia de personas ingenuas, sino más bien, en todo lo contrario el "*cebo*" puesto por los recurrentes tuvo todos los ingredientes de un afloramiento de dinero sucio --el *factum* habla de la posibilidad de efectuar una transacción en dinero negro eludiendo los controles fiscales-- con una ganancia a todas luces tan injustificada como inquietante. En esta situación pudo más la ambición que cualquier otra reflexión. De alguna manera las víctimas se asemejan al burlador burlado, escenificando los recurrentes un juego de equívocos en el que tras verificar las víctimas los maletines con el dinero auténtico en billetes pequeños y en billetes de 500 €, cuando va al banco la víctima observa que en algún momento, no explicado, se le ha dado el cambiazo, y los billetes de 500 € fueron sustituidos por los billetes de Disneyland. El *factum* lo describe suficientemente al decir que *"...el dinero se introducía en una bolsa o maletín que se entregaba a la víctima que confiada en que había comprobado adecuadamente la autenticidad de los billetes que le habían entregado, culminaba la operación entregando u ordenando la entrega de su dinero a los acusados, quienes tan pronto lo recibían,*

abandonaban apresuradamente el lugar....", comprobando la víctima posteriormente el engaño al abrir la bolsa o maletín.

En el presente caso, el escenario engañoso desarrollado por los recurrentes que inicialmente manifiestan su deseo de adquirir los bienes inmuebles que las víctimas deseaban vender, apareciendo como representantes de inmobiliarias existentes constituyó una maniobra eficaz para --a renglón seguido-- proponerles un negocio auxiliar --el cambio de billetes de euro-- con el señuelo de una fácil ganancia del 20% por el simple trueque de billetes, lo que excitó la codicia de las víctimas llegando a obnubilar el racional discernimiento que debió haberles advertido.

Esta Sala ha estimado supuestos de estafa, engaños consistentes en recuperar billetes auténticos que estaban manchados de una tinta especial que exigía unos disolventes caros cuyo importe debían abonar los futuros perjudicados que lo hacían con la ilusión de obtener una parte importante de los billetes así recuperados con valor muy superior al de los supuestos disolventes que debían pagar. En tal sentido, STS 479/2008 de 16 de Julio.

El Tribunal sentenciador estimó y justificó la concurrencia del engaño bastante, causante y antecedente en el f.jdco. segundo, y a la misma conclusión se llega en este control casacional, lo que queda corroborado con el informe de la policía obrante al folio 143. en el que se informa de este sistema defraudatorio llamado "*rip deal*" o "*negocio podrido*".

Hubo estafa por la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que lo integran». (F. J. 4º)

Engaño bastante: autotutela de la víctima (doctrina).

Recurso: Casación nº 1597/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 344/2013 de fecha 30/04/2013

«La STS 243/2012, de 30 de marzo, resume nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño y la falta de autotutela de la víctima, como supuesto motivo de exclusión de la idoneidad del mismo, recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000 , 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 , y 162/2012 , de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999 , 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012 , de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la

suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, **valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.** (F. J. 7º)

En las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Es cierto que esta Sala ha declarado, como se recordaba en la reciente sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un **engaño burdo o insuficiente** o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que *"esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, **porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño**".* (F. J. 8º)

Ahora bien, como señala la STS 243/2012, de 30 de marzo, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, **como se señala en la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño**, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que *"Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por*

el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado". (F. J. 9º)

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, " *el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad*".

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, "*un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas*", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio , que señala, con buen criterio, que "*La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa*". (F. J. 10º)

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, **que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas**. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico,

o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

Y, en el caso actual, es indudable que los perjudicados confiaron en los acusados para la construcción de su vivienda unifamiliar, porque eran titulares de una empresa de construcción, en una época (el año 2004), en la que no concurrían especiales circunstancias de crisis en el área de la edificación para sospechar vehementemente la concurrencia de un engaño antecedente sobre la realidad y factibilidad del compromiso edificatorio, y porque además les hicieron una buena oferta tanto en cuanto al precio como a las condiciones de pago, permitiéndoles abonar una parte del precio en especie aprovechando materiales que los propios perjudicados se ofrecían a incorporar, por lo que **la concurrencia de engaño antecedente, que obedecía a una necesidad de liquidez inmediata que solo los acusados conocían, pero no los perjudicados, no podía ser prevista por las víctimas, que en una economía normal de mercado confiaban en que el dinero anticipado contractualmente a los acusados como titulares de una empresa constructora lo dedicarían efectivamente a construir la obra contratada y no a incorporarlo directa e inmediatamente a su patrimonio personal**». (F. J. 11º)

Engaño bastante: desvíos telefónicos hacia líneas de elevado coste (tarificación adicional).

Recurso: Casación nº 649/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 49/2013 de fecha 29/01/2013

«Esta alegación carece del menor fundamento. El engaño, en el caso actual, consiste en desviar a interlocutores que creían estar participando en un concurso televisivo, hacia una línea erótica de elevado coste por minuto, y aprovechar su natural deseo de garantizar el cobro del premio que les correspondía por haber acertado las preguntas, para demorar al máximo la comunicación mientras corría generosamente el contador, haciéndoles creer que seguían en el concurso.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los perjudicados niegan que escuchasen la referida cuña, que como señala la Compañía Telefónica se controla por los propios clientes, es decir por la recurrente condenada, por lo que no consta en absoluto que la cuña fuese efectivamente reproducida en cada llamada. En segundo lugar la cuña solo se refería, según el texto alegado por la propia parte recurrente, a que la línea estaba dedicada a un servicio de ocio y entretenimiento, lo que resulta compatible con la creencia de los perjudicados de que estaban participando en un concurso, actividad que también cabe considerar como de ocio y entretenimiento, sin que, según la propia tesis de la parte recurrente, se advirtiese a los perjudicados en momento alguno de la naturaleza erótica de la línea, que es lo que permitiría a los perjudicados descubrir el engaño. Y, en tercer lugar, consta que reiteradamente se informaba verbalmente a los perjudicados por los operadores de

la línea de que la seriedad de la entidad organizadora del concurso garantizaba la gratuidad de la llamada.

Pero, en todo caso, lo más relevante es que la referida advertencia no excluye por sí misma el engaño. En efecto, el desplazamiento patrimonial conseguido no correspondía a servicio erótico alguno, servicio que no había sido solicitado por los perjudicados, y cuyo precio sin embargo se estaba facturando, sino que los perjudicados permanecían en la línea inducidos al error de que su permanencia era necesaria para garantizar la percepción de un premio que habían ganado previamente en un concurso televisivo.

Es claro que en la persecución de esta finalidad a los interlocutores les resultaba escasamente disuasorio el coste de la llamada, ante la importancia del premio supuestamente ganado, y que perderían, según sus interlocutores, si cortaban la comunicación. Por tanto, aun cuando los perjudicados fuesen conscientes del precio de la llamada, el desplazamiento patrimonial sigue siendo fruto de un error, derivado de un deliberado engaño, pues se mantenía a los perjudicados eternizándose en la línea haciéndoles creer engañosamente que seguían participando en el concurso, y que estaban a la espera de culminar las gestiones para la percepción de un premio. En definitiva, el engaño no consiste en ocultar el precio de la llamada, sino en la inexistencia de la contraprestación por dicho coste (el pago del premio), contraprestación que los acusados no tenían intención alguna de abonar, pues ni siquiera formaban parte de la organización que realizaba el concurso, pero que se hacía creer deliberadamente a los perjudicados que efectivamente habían obtenido y que les sería abonado si completaban las gestiones necesarias, para lo que era imprescindible mantenerse en la línea, con el coste consiguiente, **beneficiando, a cambio de nada, a los acusados**». (F. J. 4º)

Engaño bastante: maniobras defraudatorias del Abogado

Recurso: Casación nº 10435/2012 P
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 814/2012 de fecha 30/10/2012

«Cuando el engaño se realiza por el propio Abogado, proponiendo que se le transmitan en propiedad mediante contratos simulados bienes inmuebles de sus clientes para mejor asegurar sus intereses, configurando una especie de fideicomiso, sin la voluntad por parte del Letrado de respetar la fiducia sino de apropiarse definitivamente de los bienes, se está empleando una maniobra defraudatoria que reviste apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, como los perjudicados, dada la solvencia, respetabilidad y confianza que reviste esta profesión jurídica». (F. J. 8º)

Estafa de hospedaje: caracteres.

Recurso: Casación nº 116/2012
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 929/2012 de fecha 19/11/2012

«Por lo demás, la estafa de hospedaje es una modalidad defraudatoria en la que los autores del delito suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de los servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagarán, no haciéndolo finalmente». (F. J. 1º)

Estafa informática. Obtención fraudulenta de claves de acceso a banca on-line (PHISHING).

Recurso: Casación nº 2422/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 834/2012 de fecha 25/10/2012

«Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática –banca *on line*- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. De forma gráfica se dice que el autor “*pesca los datos protegidos*” –de ahí la denominación *phishing*-, que permiten el libre acceso a las cuentas del particulares y, a partir de ahí, el desampoderamiento.

2.- Pues bien, el tratamiento jurisprudencial de esos hechos –tiene razón el recurrente- ha tenido un encaje preferente en la estafa informática del art. 248 del CP. La STS 556/2009, 16 de marzo, rechazó el recurso de la acusada, que entendía que no podía “...*ser considerada autora o inductora, ya que quien ideó, puso en marcha y ejecutó el plan criminal fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias de Fátima o en la orden de transferencia desde la cuenta de aquélla*”. Sostenía entonces la defensa que los hechos, tal y como estaban descritos en la sentencia, constituían un supuesto de receptación por el que la recurrente no había sido acusada. La Sala, sin embargo, descartó el encaje de los hechos en ese delito, los calificó como constitutivos de una estafa informática del art. 248.2 del CP, razonando en los siguientes términos: “...*aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta un participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante*”.

En línea similar, la STS 533/2007, 12 de junio, precisaba que “*consta que recibieron cada uno en sus cuentas -dos Roberto, y una José Daniel- diversas transferencia por importantes cantidades concretada en el factum, se cifran, respectivamente, en 159.559,20 euros, 73.197,77 euros y 22.374,63 euros,*

habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas <favorecidas> de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas. Como se dice en la sentencia <tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero>. En este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede –como le resultó al Tribunal sentenciador– concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la <explicación> dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este <servicio> entregando el resto a otras personas desconocidas. [...] En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria”.

La calificación de unos hechos muy similares como integrantes de un delito de estafa informática del art. 248.2 del CP, vuelve a estar presente en el ATS 1548/2011, 27 de octubre. En su FJ 3º, apartado C) puede leerse lo siguiente: “...el hecho probado narra cómo personas no identificadas tras descubrir sin que conste el medio empleado las claves de acceso vía internet a la cuenta corriente nº 0030....., aperturada en Banesto y titularidad de Eladio, efectuaron dos operaciones de traspaso patrimonial consistentes en la transferencia no consentida de 3.371,18 y 3.471,17 euros respectivamente a otra cuenta corriente de la misma entidad con nº 0030....., aperturada al efecto por el acusado que la había abierto a su nombre por indicación de aquéllos escasos días antes, al haberse puesto de acuerdo con ellos a través de internet ofreciéndole en trabajo a pruebas consistentes con la remisión de las cantidades recibidas a su cuenta -sic- con el cobro de una comisión, y extraído el dinero por el acusado, una vez descontada la cifra correspondiente a su comisión por importe de 450 euros y siguiendo las instrucciones dadas por los otros implicados no identificados, envió el resto por giro a Moldavia a favor de N. H. y A. R. a través de Western Union. [...] Y el Tribunal de instancia razona cómo concurren los elementos del art. 248.2 CP, la manipulación de datos de la cuenta corriente expoliada y la introducción en la misma, la transferencia efectuada a otra cuenta distinta a fin de disponer de la cantidad mediante la actuación del recurrente previo descuento por él de una comisión -elevada en relación con la suma expoliada- en su propio beneficio y en perjuicio todo ello del titular de la cuenta manipulada. Del mismo modo se evidencia la connivencia del recurrente con los autores directos de la manipulación y la relevante intervención de aquél para la realización del apoderamiento de los fondos. También se extiende la sentencia en mostrar cómo la condición del acusado de ser o haber sido director de dos empresas comerciales y tener por tanto conocimientos mercantiles informáticos refuerza la conclusión de que no podía desconocer los extremos que ponen de

manifiesto la ilicitud de toda la actuación. Nada se hace preciso añadir a la exposición del Tribunal sentenciador para desechar la denuncia del recurrente sobre el desconocimiento del delito cometido, cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que junto el cobro de la suma percibida como remuneración muestra indudablemente que la conducta voluntariamente llevada a cabo en modo alguno puede valorarse por quien la lleva a cabo en la forma en que el recurrente lo hizo como lícita, sino al contrario”.

Con carácter general, hechos de la naturaleza de los que hoy ocupan nuestra atención, en lo que tienen de operación concertada, con una estratégica distribución de roles para lograr un acto de despojo patrimonial mediante un engaño, valiéndose de terceros para poder extraer esos fondos sin suscitar sospechas en la entidad bancaria y, una vez obtenidos aquéllos, colocarlos en un país que asegure la impunidad del desapoderamiento, presentan las características que son propias del delito de estafa informática al que se refiere el art. 248.2 del CP. Así lo ha estimado la jurisprudencia de esta Sala, en sintonía con el entendimiento doctrinal mayoritario». (F. J. 2º)

Estafa procesal: doctrina general.

Recurso: Casación nº 1122/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 306/2013 de fecha 26/02/2013

«La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el subtipo agravado de la llamada estafa procesal implica la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito mediante una maniobra torticera, siendo el beneficio el reconocimiento judicial de un derecho que no se tiene, y en la que existen dos clases: la estafa procesal propia donde el sujeto pasivo es el Juez, porque es éste quien sufre el error provocado por el sujeto, siendo el perjudicado el titular del patrimonio afectado, y la impropia donde el sujeto pasivo es la parte contraria cuando se le induce a que erróneamente se allane, desista, renuncie, etc, mediante maniobras torticeras (STS 12 de julio de 2004). En todo caso la estafa procesal constituye un subtipo agravado de la estafa común, y ésto presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico (STS 21 de julio de 2004), del que comparte todos y cada uno de sus elementos, es decir la existencia de un engaño bastante, que dicho engaño haya creado un error causante del acto de disposición, y el ánimo de lucro (STS de 5 de diciembre de 2005)». (F. J. 2º)

Excusa absolutoria. Responsabilidad civil.

Recurso: Casación nº 1604/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 412/2013 de fecha 22/05/2013

«La STS 618/2010, 23 de junio, con cita en las SSTS 91/2006 de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo, ha recordado que “la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.

Asimismo esta Sala ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del art. 637.3 de la LECrim, siempre que estén acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella. En el mismo sentido, en la STS 91/2006, de 30 de enero, se decía que “...tampoco puede olvidarse la prosecución forzada de las actuaciones a pesar de la concurrencia de excusa absolutoria del art. 564 del CP/1973, aplicable a los delitos patrimoniales sin violencia e intimidación cometido entre cónyuges. Pues –como apunta el Ministerio Fiscal– debió haber operado la excusa absolutoria en la fase de instrucción de la causa, habiéndose impedido la perpetuación de la instrucción y la celebración del juicio, que se produjo por la resolución de la Audiencia en 4-10-02, revocando el auto de sobreseimiento libre dictado por el Instructor,...”, reconociendo, pues, que cuando los presupuestos de la excusa absolutoria constan con claridad no se justifica la prosecución del proceso penal.

De la aplicación de este criterio resultaría que, una vez acordada la absolución por el delito contenido en la acusación, no es posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente. Así se acordó, aunque se tratara de un supuesto diferente, en la STS nº 430/2008, de 25 de junio, en la que, tras las argumentaciones que en la misma constan, concluyó que “el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de la responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal” (véanse, por todas, STS 172/2005 de 14 de febrero), precedentes que la mayoría de la Sala ha decidido mantener”.

En consecuencia, la exención de responsabilidad penal, cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza a la prosecución del proceso penal con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil, salvo en los casos expresamente contemplados en la ley, ante una sentencia absolutoria y en igual sentido la STS. 1288/2005 de 28.10 ante una sentencia absolutoria no cabe realizar

pronunciamientos civiles, ya que la obligación de pronunciarse sobre las acciones civiles, dimanantes del delito, se debe producir cuando existe el hecho originador de dichas responsabilidades que es el delito, pero no existe, responsabilidad civil en el caso de inexistencia de punibilidad por la concurrencia de una excusa absolutoria.

A pesar de ello, no faltan precedentes de esta Sala que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados aunque luego aplique la excusa para acordar la absolución del acusado.

Así la STS. 361/2007 de 24.4, recuerda que el art. 268 del CP establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos (*“están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...”*).

Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil, y no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil *ex delicto* en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil.

En esta dirección la STS. 198/2007 de 5.3 ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril, señala *“...lo mismo si se considera a la llamada «excusa absolutoria» como excusa «personal» que libera de pena, consecuencia y no componente del tipo delictivo, como lo entienden las SS. de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988, como si se conceptúa a la «punibilidad» como elemento esencial e integrante de la infracción... ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... según lo prevenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existe datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil, como dice la Sentencia antes citada, de 10 de mayo de 1988”*.

Doctrina jurisprudencial que encuentra inspiración en consideraciones legales a la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal y que debe ser acogida pues como, incluso reconoce la STS. 618/2010 de 23.6, la aparente contradicción entre ambas afirmaciones encontraría una explicación razonable en que, en algunos supuestos, se presenta la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral para establecer de forma terminante la concurrencia de los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria —e incluso la existencia del delito, autoría y extensión de la propia responsabilidad civil—, y, además y en esos mismos casos, en la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados.

Situación que sería la contemplada en el presente procedimiento en el que fue necesaria la celebración del juicio oral para determinar la concurrencia de los presupuestos de la excusa absolutoria y la interpretación que debía darse a la relación de parentesco –que fue cuestionada por la acusación particular- y además la propia existencia del delito de estafa, al admitirse solo por la acusada que acompañaba habitualmente a la madre de su pareja al Banco, pero no que fue ella quien dispusiera del dinero extraído, y la cuantía de lo defraudado, que la Sala en los hechos probados establece en un importe global de 18.634,37 E, cantidad coincidente con la solicitada por la acusación particular, y que será la que Susana Pxxxx Pxxx deberá indemnizar a Antonia Sxxx Sxxx». (F. J. 1º)

Inexistencia por falta de perjuicio económico real.

Recurso: Casación nº 284/2012

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 112/2013 de fecha 11/02/2013

«B) Sin embargo, en lo que al delito continuado de estafa se refiere, es clara la procedencia de la alegación formulada por el recurrente pues, aunque las anteriores falsedades en efecto se llevaron a cabo, en el relato de hechos probados no consta la concurrencia de los elementos integrantes de dicha infracción, en concreto, de la existencia de un perjuicio real producido como consecuencia del engaño precedente.

Así, por lo que se refiere al primero de los hechos, calificado como delito de estafa por la Sentencia recurrida, es decir, el relacionado con la emisión de letras de cambio falsas, lo cierto es, y así se hace constar expresamente por el Tribunal “a quo” en su “factum”, que con ello no se causó finalmente perjuicio económico de clase alguna, habida cuenta de que el recurrente tras obtener las cantidades correspondientes a las cambiales por un elevado importe de euros, éstos fueron “...en su mayoría reintegrados por el mismo mediante el abono del importe de las letras en la cuenta del librado a medida que se iban produciendo sus vencimientos.”

La ausencia de determinación de clase alguna del alcance de esa expresión: “la mayoría” y, por ende, de la concreción del perjuicio que hubiera podido causarse, impide afirmar la real existencia de un tal perjuicio, máxime cuando, a continuación, también se dice que “No consta que Marcelino Álvarez García haya tenido conocimiento ni de la libranza de los efectos ni de su presentación al descuento a pesar de que como domicilio de pago aparecía la cuenta corriente con el CCC 008150xxxxxxx que tenía aperturada a su nombre en la Oficina Principal del Banco Sabadell (Banco Herrero) en la calle Fruela de Oviedo.”

Todo parece indicar que la conducta de Ramón Antonio, con la generación de las letras de cambio falsas, no tenía otro objeto que el de obtener la correspondiente financiación, pero sin que con ello, al hacer frente a los sucesivos pagos a su vencimiento, llegase a causar daño económico real a aquel de cuya identidad falsariamente se sirvió para acceder a la dicha financiación.

Y otro tanto ocurre, igualmente, con la supuesta defraudación de la que habrían sido objeto la Hacienda Pública, la Seguridad Social y la contratista Proyectos de Cxxxx e lxxxx S.A. (PRxxxx S.A.), puesto que mientras que los débitos existentes con los mencionados organismos oficiales obviamente no proceden de engaño alguno previo, sino de las precedentes obligaciones, tributarias y de cotizaciones, a las que los documentos falsos se referían, tampoco puede hablarse de desplazamiento patrimonial ni perjuicio alguno causado a la empresa contratista pues el trabajo que ésta retribuyó realmente se llevó a cabo por la subcontratista, la empresa del recurrente, teniendo por finalidad la falsificación de las Certificaciones y su presentación ante PRxxxx S.A., tan sólo procurarse el medio para que esta entidad autorizara la realización de unos trabajos en los que exigía tal requisito para evitar posibles insolvencias, al figurar como responsable subsidiaria de la situación de la subcontrata. Sin que se haya alegado perjuicio alguno sufrido por esta causa.

Con lo que, ante la inexistencia en ambos casos de tales perjuicios como por otra parte queda además evidenciado al no otorgarse en la Resolución de instancia cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil y resarcimiento, ha de afirmarse la procedencia de la estimación del motivo, en este concreto aspecto de la ausencia de delitos de estafa en la narración de hechos examinada, con las consecuencias de orden punitivo que de tal estimación se derivan y que habrán de recogerse en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará». (F. J. 3º)

Modalidad agravada: bienes de primera necesidad/reconocida utilidad social

Recurso: Casación nº 2518/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 805/2012 de fecha 09/10/2012

«El Tribunal de instancia aprecia esta modalidad agravada al considerar que el objeto de la estafa era la consecución de una oferta de trabajo y consiguiente regularización de la estancia en España de un ciudadano extranjero, lo que considera un bien de primera necesidad en cuanto supone la estabilidad y aseguramiento de su situación presente y futura, y que se trataba de uno de los bienes más preciados para un inmigrante en situación ilegal en España.

Ciertamente esta Sala ha apreciado esa agravante específica en supuestos similares.

Así, en la Sentencia 43/2007, de 19 de enero, se declara que es correcta la apreciación de esta agravante específica de primera necesidad cuando la conducta delictiva se refiere a los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España.

Y de esa circunstancia, tan esencial para la entrada y permanencia de los inmigrantes en España, se aprovecharon los acusados, incidiendo en una mayor

intensidad en el reproche penal propia de toda conducta defraudatoria». (F. J. 3º de M.A.T.S)

Perjuicio patrimonial y ánimo de lucro: sentencia desestimatoria de las pretensiones de las partes.

Recurso: Casación nº 1122/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 306/2013 de fecha 26/02/2013

«La resultancia fáctica de la sentencia recurrida narra que las «perjudicadas» que cita, propietarias por título de herencia de un inmueble alquilado a los acusados, interpusieron demanda de desahucio contra los mismos, reclamándoles la recuperación de la posesión de la vivienda y el importe de 29.061,41 euros, como consecuencia de rentas pendientes; emplazados los demandados, alegaron haber adquirido la propiedad del inmueble, para lo que presentaron tres documentos «íntegramente manipulados»; el Juzgado desestimó la demanda, con expresa condena en costas a cargo “de las perjudicadas”, que “han sufrido un perjuicio económico de 15.746,16 euros, costas de Letrado y Procurador contrario, más gastos del procedimiento civil, quedando las rentas adeudadas pendientes de reclamación en vía civil”.

Sobre tales hechos se prestó conformidad, estando de acuerdo también en la concurrencia de ambos tipos delictivos, tanto del delito de falsedad como la estafa procesal, y la Audiencia, sin embargo, analizando la concurrencia de los elementos típicos intergrantes de tal figura penal (esto es, la estafa procesal), llega a la conclusión de que no puede condenar por tal delito, al faltar el elemento sustancial del perjuicio patrimonial, porque entiende que una sentencia desestimatoria de las pretensiones de los demandantes no puede causar dicho perjuicio típico, al no producir cosa juzgada material, “dado que la misma se dicta dentro de un procedimiento especial, el juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, pero no determina, si no a los solos efectos de estimar la acción ejercitada la existencia o no de título para seguir en la posesión más sin prejuzgar, y desde luego menos aun decidir, acerca del derecho de propiedad”, y añade: «es por ello por lo que se puede afirmar la inexistencia de perjuicio alguno con el contenido de la sentencia».

El motivo ha de ser estimado.

En efecto, el concepto que maneja la Audiencia de perjuicio es sumamente restrictivo y equivocado. Tanto una sentencia estimatoria, como una desestimatoria, en supuestos especiales, podrán incidir patrimonialmente en la economía de cualquier demandante, máxime si no solamente le niegan, como aquí ocurre, la viabilidad de la acción ejercitada de forma principal, como en este caso era la recuperación de la posesión de su legítima propiedad, sino que declara que los perjudicados “han sufrido un perjuicio económico de 15.746,16 euros, costas de Letrado y Procurador contrario, más gastos del procedimiento civil, quedando las rentas adeudadas pendientes de reclamación en vía civil”.

No es pues aplicable la doctrina resultante de la STS 966/2004, de 21 de julio, pues en este caso, el perjuicio quedó patente en la redacción de los hechos probados de la sentencia recurrida, declarándose así en ellos.

Como dice el Ministerio Fiscal, el término ánimo de lucro ha sido interpretado por esta Sala Casacional como cualquier ventaja que tenga una traducción económica, por pequeña que sea ésta, y en este sentido, no cabe la menor duda que el hecho de permanecer en la posesión de un inmueble supone una evidente ventaja patrimonial, y ello aun cando tal posesión no se adquiriera definitivamente, sino con carácter transitorio.

De forma que debe en esta instancia casacional, revocando la sentencia recurrida, reinstaurarse el contenido de la conformidad alcanzada entre las partes, en los términos interesados por el Ministerio Fiscal, sin que sea necesario ya el estudio del segundo motivo que ha sido entablado con carácter subsidiario al anterior». (F. J. 3º)

Timo inverso al nazareno.

Recurso: Casación nº 1647/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 415/2013 de fecha 23/05/2013

«En la modalidad inversa del timo del nazareno, que es la cometida en este caso, el timador ya no se presenta como comprador, sino como vendedor, y se gana la confianza de la empresa estafada, a través de suministros de mercancía de escasa cuantía, que atiende rigurosamente para aparentar solvencia como proveedor, con el fin de proponer después un suministro de mucha mayor entidad, y solicitar un pago anticipado, de cuyo importe se apropia sin entregar mercancía alguna.

En el caso actual, modernizando el timo, pero manteniendo su estructura básica, lo que se solicita para la entrega del suministro importante, una vez ganada la confianza con pequeñas ventas, no es un adelanto del precio, sino una importante garantía, en el caso actual un aval bancario de hasta quince millones de ptas.

Una vez obtenido el aval el acusado solicitó de modo inmediato un crédito de 14 millones y medio de ptas., utilizando el aval como garantía, y se apropió del dinero efectivo recibido, sin realizar gestión alguna para la entrega de la mercancía prometida.

No es necesaria mayor argumentación para poner de relieve que en dicha conducta concurren todos los elementos típicos integradores del delito de estafa, remitiéndonos en cuanto a la concurrencia de engaño bastante, error, ánimo de lucro y desplazamiento patrimonial a lo expresado con manifiesta claridad en la sentencia de instancia, que no es preciso reiterar». (F. J. 4º)

Tipo agravado: aprovechamiento de credibilidad profesional o empresarial; diferencias con el abuso de relaciones personales. Doctrina.

Recurso: Casación nº 1568/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 383/2013 de fecha 12/04/2013

La doctrina de esta Sala sobre ese punto queda bien reflejada en el precedente que representa la STS 813/2009, de 7 de julio:

«La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4).

*Y también ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica **desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa** (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de ; y 383/2004, de 24-III).*

También tiene dicho esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11; 785/2005, de 14-6; y 9/2008, de 18-1)...

...Para el Tribunal de la Audiencia es, por tanto, la condición profesional del acusado lo que otorga una mayor credibilidad y justifica en consecuencia el mayor desvalor de la acción y el plus punitivo que lleva consigo. No es el motivo de la agravación punitiva el abuso de una relación personal, que no consta que existiera entre el acusado y el pagador de las facturas, sino la credibilidad profesional que alberga el cargo que ocupaba el acusado.

Siendo así, y todo indica que ello fue lo que sucedió, no resulta factible apreciar una relación de confianza entre el autor de la estafa y el sujeto pasivo del delito que no se solape con el engaño propio de la estafa y que presente por tanto una autonomía propia que justifique el plus de ilicitud que requiere el subtipo agravado. Si el contable de la empresa resulta engañado por el hecho de que quien presenta la factura es un directivo de la empresa en Madrid y es esa la circunstancia que determina que se la abone en la creencia de que está ante un acto lícito, no se aprecia ese doble desvalor de la conducta que exige el subtipo agravado. A no ser que se considere que el ser director de la oficina en Madrid entraña un plus de confianza empresarial que incrementa de por sí la antijuridicidad del hecho".

La STS 785/2006, por su parte, decía: "Hemos dicho (STS 383/2004, de 24 de marzo), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7ª CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS núm. 890/03) que tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre).

*En STS. 1090/2010 de 27.11, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; **la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).***

Por ello la STS. 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7ª del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la

maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Partiendo de esa postura restrictiva a la apreciación del subtipo, en este caso no se aprecia ese *plus*. No se detecta un “*aliud*” suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. El recurrente quería enriquecerla con las adiciones postuladas a través del primero de sus motivos. Pero, amén de que tampoco esos nuevos aspectos bastarían, esa pretensión es inacogible por razones que se analizan en el siguiente fundamento». (F. J. 6º)

EXIMENTES.

Eximente incompleta de intoxicación etílica.

Recurso: Casación nº 10956/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 893/2012 de fecha 15/11/2012

«El motivo debe ser estimado. En efecto, la Sala sentenciadora declara acreditado que el acusado se encontraba cuando cometió el hecho “**bajo los efectos de una fuerte intoxicación etílica**” (hechos probados, párrafo final). Esta declaración fáctica es plenamente congruente con lo expresado en el resto del relato fáctico, en el que se relata que el acusado llegó a la fiesta familiar, cuando ya se encontraba “ligeramente bebido”, es decir embriagado, y que continuó consumiendo bebidas alcohólicas hasta las siete de la mañana.

La eximente completa prevista en el párrafo segundo del art 20 exige que el acusado se encuentre en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, y cuando esta intoxicación no es plena, pero se declara acreditado que concurre una “**fuerte intoxicación etílica**”, como sucede en el caso actual, es decir una intoxicación semiplena, lo procedente es la aplicación de la eximente incompleta, siempre que concurren, como sucede también en el caso actual, los demás requisitos legales, es decir que la intoxicación no se halla buscado con el propósito de cometer el delito, o no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

En el caso enjuiciado, la propia dinámica de los hechos pone de relieve una fuerte intoxicación etílica, que ni se buscó con el propósito de cometer el delito, ni pudiendo prever su comisión, pues fue consecuencia de la concurrencia a una fiesta familiar a la que el acusado llegó ya algo embriagado, a las cuatro de la madrugada, incorporándose a la fiesta y bebiendo durante tres horas más. El propio incidente inicial, que se produjo durante el baile, empujando el acusado a una de las jóvenes, la recriminación de que le hizo objeto la víctima, esposo de la joven a la que había empujado, y lo absolutamente desproporcionado de la reacción del acusado, en un

ambiente familiar, cogiendo un cuchillo de la cocina y clavándoselo a la víctima cuando ésta iba a abrazarlo para “arreglarse” o hacer las paces, pone de relieve **la concurrencia de una fuerte intoxicación etílica**, como el propio Tribunal sentenciador declara acreditado, que determina la aplicación de la eximente incompleta interesada, y no de la mera atenuante analógica, procedente en supuestos de menor entidad». (F. J. 4º)

EXTRADICIÓN.

Orden Europea de Detención. Principio de especialidad.

Recurso: Casación nº 10379/2012 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 915/2012 de fecha 15/11/2012

«2.- Hemos de compartir con el recurrente que la regulación de la denominada **orden europea de detención** se acomoda al principio de especialidad clásico en el derecho relativo a la extradición, conforme al cual el país requirente y receptor del entregado se compromete a no juzgar a éste por hechos anteriores diversos de aquél que sirvió de justificación para la entrega por parte del país que ejecuta la detención y entrega. Sin perjuicio de determinadas excepciones que no resulta ahora necesario examinar.

Tal principio ya estuvo presente en el Convenio Europeo de Extradición, hecho en el seno del Consejo de Europa (1957). A él hacía también referencia la Ley de Extradición Pasiva 4/1985. Y en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (1990). Una regulación más próxima a la que iba a ser recogida en la Decisión Marco, se encuentra en el artículo 10 del Convenio de Dublín (1996) adoptado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea.

Con tales precedentes se adoptó la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de fecha 13 de junio de 2002 (artículo 27). Y, en el derecho interno español la Ley 3/2003.

La citada regulación pone de manifiesto que el Estado que lleva a cabo la entrega dispone, como manifestación de su soberanía, de facultades para ratificar o relevar de esa exigencia que implica el principio de especialidad. Pueden derogarlas incluso de manera general al margen del caso concreto.

El artículo 24 de la Ley española 3/2003 establece: **1.** El consentimiento o autorización para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad, por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega al Estado español, se presumirá que existe *siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto, salvo que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en su resolución de entrega.* **2.** Si se hubiese formulado la declaración, **la persona entregada a España no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por**

una infracción cometida antes de su entrega **distinta** de la que hubiere motivado ésta, salvo que el Estado de ejecución lo autorizase.

No obstante, como hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones también está involucrado en el régimen de esta institución el derecho de defensa del detenido y entregado. Lo que, cuando la Autoridad responsable de la ejecución es española, se traduce en determinadas exigencias de las que da cuenta el artículo 14 de la ley 3/2003. Que incluye la de una audiencia por el Juzgado que debe expedir la orden con asistencia del Ministerio Fiscal, del abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ella se oirá a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega. En la misma acta, en su caso, se hará constar la renuncia a acogerse al principio de especialidad, si se hubiere producido. Y se ordena al Juez Central que compruebe si el consentimiento a la entrega por parte de la persona detenida ha sido prestado libremente, y con pleno conocimiento de sus consecuencias, en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad. Y, a falta de conformidad se abre el debate sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En la audiencia podrán proponerse por las partes los medios de prueba relativos a la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de dicha entrega.

Procedimiento en garantía del detenido que se ha de observar en el país de ejecución cuando la requirente es España.

Esa doble perspectiva es recordada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 5 de septiembre de 2008 en el caso *Korkein Oikeus*, respondiendo a cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo finlandés.

Tal marco normativo y principios informantes del sistema nos llevan a examinar las circunstancias del caso que ahora juzgamos». (F. J. 1º)

Procedimiento de extradición: interrumpe la prescripción.

Recurso: Casación nº 869/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 851/2012 de fecha 24/10/2012

«En suma, debemos entender que la solicitud de extradición cursada por las autoridades españolas en este caso se ajustó al protocolo fijado. Es indudable que una petición de extradición desplegada de acuerdo con el procedimiento exigible, oportunamente fijado en la norma, que cumple además los presupuestos y garantías preconcebidos por ambos Estados en el ejercicio de su potestad soberana y que, no adoleciendo de defectos sustanciales, ha sido tramitada a través de los órganos específicamente habilitados a tal fin, constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable. De ello se sigue la necesaria consecuencia de interrumpir el plazo de prescripción. Como de nuevo con

acierto expresan las acusaciones recurrentes, tal efecto no puede quedar supeditado al resultado final, favorable o adverso a la extradición, siempre que la solicitud inicial reúna todos los presupuestos materiales necesarios. No sería un criterio ajustado a parámetros de seguridad jurídica aquél que validara una interrupción de los plazos de prescripción del delito o de la pena supeditada a su resultado, siempre que, como decimos, hayan concurrido «ab initio» los presupuestos que justificaron una fundada petición extradicional. Hacer depender de lo propicio o no de su resultado el efecto procesal que, a estos fines, deba predicarse de la extradición supone minimizar la importancia de una diligencia que, por su propia naturaleza, precisa de un procedimiento dotado de especial complejidad que combina la actuación estrictamente judicial con otras de índole gubernativo y diplomático, y que en todo caso persigue la entrega del sujeto para su enjuiciamiento o bien para el cumplimiento de la pena que ya le ha sido impuesta por un hecho delictivo.

La petición sometida a nuestro control se cursó habiéndose dictado el procesamiento de los sujetos extraditables, como reconoce la Sala “a quo” en el auto combatido y se desprende también del simple hecho de que dicho auto se dictara para, confirmando la conclusión del sumario previamente decidida por el Juez instructor, decretar el archivo por prescripción del delito, y no por otra causa de las legalmente previstas. No se discute en ningún momento el efecto interruptivo que esta Sala viene atribuyendo al auto por el que se haya declarado la situación procesal de procesamiento (v.gr. SSTS núm. 331/2006, de 24 de marzo, 1518/2004, de 23 de diciembre, ó 879/2002, de 17 de mayo), que indudablemente comporta la dirección del procedimiento contra el/los presunto/s responsable/s de los hechos delictivos. La petición de extradición subsiguiente estuvo en nuestro caso dirigida a lograr el enjuiciamiento efectivo de los indiciariamente declarados responsables de los hechos que habían motivado la apertura del sumario, y ello debe tenerse por diligencia sustancial, que no inocua.

Un último aspecto que queda por abordar es la distinción que la Sala de instancia parece realizar entre el supuesto de hecho sometido a nuestro examen y aquél que analizaba el ATS núm. 2601/2010, de 22 de diciembre, en el sentido de entender que en aquella ocasión el efecto interruptivo atribuido a la demanda extradicional dimanaba de la situación de detención en que se encontraría el declarado rebelde, lo que en ningún momento afirma el auto en cuestión, ni se desprende de su contenido. Por el contrario, en el mismo se apuntaba simplemente que, habiendo recaído el auto de procesamiento días antes del transcurso del plazo de veinte años necesario para la prescripción, se había producido con él la interrupción del plazo, al ser un acto procesal de dirección del procedimiento contra el culpable en los términos que expresan las SSTC núm. 29/2008, de 20 de febrero, y 147/2009, de 15 de junio. La posterior solicitud de extradición venía allí a completar esa misma dirección del proceso contra los presuntamente responsables. La situación de detención en que pudiera encontrarse el extraditado no era elemento imprescindible a estos efectos, circunstancia ésta que, insistimos, en ningún momento manifiesta el auto al que nos referimos.

Tampoco del Tratado bilateral entre España y Venezuela se desprende esa necesidad. Solamente en caso de urgencia se habilita a las autoridades de la Parte requirente para solicitar la detención preventiva de la persona reclamada (art. 24). Y

no se exige que esa situación de detención o prisión sea acordada por auto judicial dictado en el país reclamante de forma acumulativa respecto del auto de procesamiento: ambos se citan separadamente en el epígrafe b) del art. 15, dedicado a enumerar la clase de resoluciones judiciales que habilitan una petición extradicional. Y tal enumeración, lejos de obedecer a un sistema cerrado o «*numerus clausus*», se formula de modo abierto para incluir “*cualquier resolución judicial análoga según la legislación de la Parte requirente*”, siendo únicamente exigible que en la misma se contengan “*los hechos que se imputan y lugar y fecha en que ocurrieron*”.

Nada justifica, en definitiva, la vinculación que consigna la resolución de instancia entre la detención del sujeto sobre el que recae la petición extradicional y sus efectos sobre el proceso penal abierto en el Estado reclamante. Cuestión distinta es que aquélla pueda llevarse a término si el interesado no es aprehendido, como habría razonado la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Venezuela, según reza el FJ. 2º, in fine, del auto impugnado.

También es cierto que el art. 20 del Convenio bilateral señala que “*negada la extradición por razones que no sean meros defectos formales, la Parte requirente no podrá formular a la Parte requerida una nueva solicitud de extradición por el mismo hecho*”. Muy probablemente ello impedirá cursar en este caso una nueva extradición, pero no es óbice para lo que aquí nos afecta, cual es el reconocimiento del efecto interruptivo por la sola tramitación de la extradición, pues bien pudieren ser localizados los procesados en la actualidad en diferente lugar no afectado por la disposición de este Convenio.

Como consecuencia de cuanto antecede, ambos recursos merecen ser estimados, declarándose la nulidad del auto que se recurre y ordenándose la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emisión para que por la Sala de instancia se dicte una nueva resolución acorde con la doctrina que queda expuesta». (F. J. 1º)

Variación en la calificación jurídica del hecho.

Recurso: Casación nº 10379/2012 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 915/2012 de fecha 15/11/2012

«4.- Con tales premisas la primera cuestión a dilucidar es si la variación en la sentencia recurrida respecto de la calificación jurídica del hecho, que había sido descrito en la solicitud española de la forma indicada, supone la hipótesis proscrita de condena por **infracción distinta**.

Si por infracción entendiéramos el *nomen iuris* del tipo delictivo bajo el cual en la solicitud se subsume el hecho que se describe, habría de convenirse que la calificación asumida en la condena diverge de la postulada en la solicitud de detención. A una tal tesis inclina la exigencia de que en la solicitud se exija la constancia de la naturaleza y tipificación jurídica del delito

Pero no puede olvidarse que cuando el artículo 3 de la ley reguladora ordena esa expresión indica que en particular se haga atendiendo a lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la ley. Es decir para acreditar que se parte de un supuesto que cae dentro de aquellos en que se admite acudir al procedimiento que regula la ley.

En segundo lugar no cabe olvidar que las órdenes son normalmente solicitadas cuando el procedimiento se encuentra en una fase en que la conformación del objeto del proceso dista de encontrarse agotada. De ahí que la determinación de si se ha condenado por *un objeto del proceso diverso* deberá establecerse en atención a los mismos parámetros con los que se atiende a la identificación de dicho objeto. Es decir se ha de atender a si se produce o no un cambio **sustancial** en el hecho configurado desde la perspectiva de la norma penal. De ahí que cuando las mutaciones, aún acarreando consecuencias jurídicas, no suponen una alteración de tal trascendencia, no puede hablarse de infracción distinta, aunque el tipo penal sea diverso.

Por otra parte la exigencia de respeto al derecho de defensa obliga a una ulterior matización. En el sentido de que la alteración, sustancial o menos sustancial, en la calificación jurídica no ha de ser tal que sufra el derecho de defensa del afectado por la orden. Lo que desde luego no ocurre por el mero cambio en el artículo del Código Penal, o tipo penal, aplicado. Si tal variación no habría dado lugar a una estrategia de defensa diferente a la que aconseja el hecho tal como es descrito en lo sustancial

Y es claro que la descripción del hecho en la solicitud emitida por España hacía previsible la eventualidad de su calificación con la concurrencia de las agravantes en definitiva objeto de acusación y condena.

Por ello no cabe decir en cuanto a ese delito que el recurrente fue penado por infracción distinta de aquella por la que se solicitó y obtuvo su detención. En ese aspecto el motivo se rechaza

5.- Mejor suerte merece la otra alegación bajo la misma argumentación, pero referida a la pena por un delito de hurto continuado derivado de hechos cometidos con anterioridad.

En efecto cualquiera que sea la referencia que en la resolución judicial adoptada para emitir la solicitud a actuaciones del recurrente en fechas anteriores al día en que se cometió el delito de asesinato y el de robo, ha de convenirse en que: **a)** la solicitud no hace, como se desprende de la transcripción hecha más arriba, ninguna referencia a esas sustracciones en fecha anterior a la del día del asesinato y robo, y **b)** antes al contrario, en dicha solicitud se especifica que se formula por DOS infracciones.

Por ello la condena del recurrente por tres infracciones, fundando una de ellas -la condena por hurto continuado- en actos anteriores a la fecha del hecho por el que la misma solicitud se emite, supone una condena por infracción distinta. Lo que resulta vetado por deficiencia jurisdiccional de los Tribunales españoles para separarse de los límites impuestos por el Estado requirente en uso de su soberanía. Y también resulta vetado por las exigencias del derecho de defensa ya que respecto

a esos hechos el recurrente no pudo articular defensa alguna ante la autoridad judicial del Estado requerido que hizo la entrega». (F. J. 1º)

FALSEDAD DOCUMENTAL.

Falsedad ideológica por particulares: atipicidad.

Recurso: Casación nº 701/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1061/2012 de fecha 21/12/2012

«...desde esta deformada perspectiva casacional, conviene recordar que la simple ocultación de la verdad por un particular en un documento público, se sitúa extramuros de la porción de injusto abarcada por los tipos falsarios (arts. 390 y 392 del CP). Como apunta el Fiscal, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado reiteradamente que el hecho de faltar a la verdad en la narración de los hechos, cometido por un particular, es atípico, porque es diferente el deber de veracidad documental que incumbe al funcionario público en el ejercicio de su cargo y el que es exigible a un particular (SSTS 869/1997, 13 de junio, 1452/1997, 25 de noviembre, 224/1998, 26 de febrero y 1571/1999, 28 de septiembre). Y es que el debate doctrinal acerca de la punición de la falsedad ideológica cometida por particulares fue definitivamente zanjado por el CP de 1995, dando pie a sostener que el particular que falta a la verdad en la declaración de hechos que quiere incorporar a un documento no comete delito, ya que no existe un deber de veracidad por parte de los ciudadanos. En definitiva se descarta el tratamiento penal de la mentira, pese a sus evidentes repercusiones personales y económicas (STS 1256/2004, 10 de diciembre). La falsedad documental, pública o privada, exige que queden afectadas las funciones básicas de todo documento, es decir, la función de perpetuación –fija la manifestación de voluntad de alguien-, la función probatoria –permite probarla- y la función de garantía –permite identificar al autor de la declaración de voluntad-. Pues bien, las declaraciones mendaces que un particular hace en un documento público o privado no afectan a las funciones básicas del documento, porque el documento público prueba que alguien declaró algo en una determinada fecha, o el privado también lo prueba, aunque más limitadamente, pero nunca la verdad de lo declarado (STS 869/1997, 13 de junio y 559/1998, 27 de abril). No se olvide, en fin, que según el art. 1218 del Código Civil, el documento público sólo acredita el hecho que motiva su otorgamiento, su fecha y que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de tales declaraciones (STS 869/1997, 13 de junio)». (F. J. 2º)

Falsedad ideológica y simulación de documento. Doctrina.

Recurso: Casación nº 1512/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 331/2013 de fecha 25/04/2013

«Con respecto a la modalidad delictiva del apartado 2º del art. 390.1 del C. P. vigente (simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a

error sobre su autenticidad), ha afirmado esta Sala que resulta razonable incardinar en ese precepto aquellos **supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente.**

A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad, interpretada en sentido amplio (STS 278/2010, de 15 de marzo).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció por mayoría a favor de esta tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2º se incluyen falsedades que no tiene carácter material y pueden ser calificadas de ideológicas. (F. J. 10º)

...el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada **para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.** (F. J. 13º)

En el caso enjuiciado se trata precisamente de crear íntegramente un documento que acaba teniendo efectos en el tráfico jurídico, al presentarse a descuento bancario y ser admitido, **duplicando una factura que ya había sido pagada y atribuyéndole un importe que no tenía nada que ver con el inicial.**

Es decir que el comportamiento del recurrente no se limitó a faltar a la verdad en la narración de los hechos en el documento inicial que correspondía a una factura realmente existente por un trabajo efectivamente realizado, sino que, emitida ya esa primera factura, y dando por finiquitada la relación mercantil que permitía a la empresa facturar el importe del mismo, **se confeccionó deliberadamente un nuevo documento, duplicado del anterior, e incluso con el mismo número y fecha, pero con un importe mucho más elevado, con la única finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, y aprovechar los datos del documento anterior para darle verosimilitud, SIMULANDO ASI UN NUEVO DOCUMENTO DE MANERA QUE INDUJERE A ERROR SOBRE SU AUTENTICIDAD, que es precisamente lo que sucedió en este caso, y lo que se sanciona expresamente en el art 390 2º del CP 95.** (F. J. 14º)

Falsedades ideológicas. Punibilidad. Simulación de un documento.

Recurso: Casación nº 1181/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 280/2013 de fecha 02/04/2013

«2. Como es sabido, la falsedad material es aquella que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad; la **falsedad ideológica** se refiere a la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento.

Según se ha argumentado en las sentencias de esta Sala 278/2010, de 15 de marzo, y 309/2012, de 12 de abril, concurren dos líneas jurisprudenciales sobre las falsedades documentales ideológicas, cuestión que ha sido examinada por la jurisprudencia generalmente con motivo de la confección de facturas falsas que simulan en el tráfico mercantil un negocio o prestaciones de servicios inexistentes.

Una primera corriente jurisprudencial afirma que estamos ante una falsedad *ideológica impune*, y ha sido defendida fundamentalmente por las siguientes resoluciones: SSTS 425/1997, de 1 de abril; 224/1998, de 26 de febrero (caso *Argentia Trust*); y 450/1998, de 30 de enero (caso relativo a contratos falsos de trabajo).

(...)

De otra parte, otro sector de la jurisprudencia afirma que *la falsedad ideológica puede punirse*. En este sentido tenemos las SSTS 869/1997, de 13 de junio; 1/1997, de 28 de octubre ("Caso Filesa") y 1647/1999, de 28 de enero.

(...)

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció a favor de esta segunda tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

(...)

En las sentencias más recientes dictadas sobre esta conflictiva cuestión se ha consolidado el criterio de que las llamadas falsedades ideológicas siguen estando penadas, si bien con un carácter más restrictivo, en el actual texto penal.

(...)

...según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

(...)

El acusado rellenó, pues, las tres certificaciones mercantiles aparentando la certeza de unos hechos que no habían tenido lugar, y también operó con ellas en el tráfico mercantil, al inscribirlas en el registro correspondiente y aportarlas con la demanda de concurso de acreedores. La Sala subsumió los hechos en el tipo penal del art. 390.1.2º, aunque solo referido a la falsificación de las certificaciones relativas a los años 2004 y 2006, que fueron ejecutadas en un mismo acto, excluyendo la relativa al año 2005 por entender que no consta acreditado que tuviera como fin el operar con ella en la demanda del concurso de acreedores, exclusión que no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

Así las cosas, dada la confección íntegra de unas certificaciones que reseñaban la celebración de unas juntas universales que no se habían celebrado y de unos acuerdos sobre las cuentas anuales de la entidad Peace Boat 2004, S.L., que no se habían adoptado, es claro que concurre un supuesto de falsedad ideológica.

(...)

La aplicación que hizo la Audiencia del apartado 2º del art. 390.1 del C. Penal (*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*) se muestra adecuada a los criterios acogidos por esta Sala de Casación, pues, según ya se expuso en su momento, resulta razonable incardinar en ese precepto aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja actos jurídicos inexistentes, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su *autenticidad* — interpretada en sentido amplio— (STS 278/2010, de 15-3)». (F. J. 1º)

Requiere la falsificación del documento; no es suficiente la simulación del contrato documentado.

Recurso: Casación nº 2466/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 876/2012 de fecha 24/10/2012

«Pero no basta la inveracidad relativa a la irreal inscripción de la entidad avalista en el registro especial para convertir en “simulado” al documento, amén de que no es eso específicamente lo que se dice en el documento como se desprende de su examen y hace notar uno de los recurrentes). En todo caso, estaríamos ante una simple mendacidad realizada por un particular por escrito. Eso es una de las falsedades ideológicas que el legislador de 1995, tal y como venía reclamando la doctrina, quiso expulsar de la esfera de lo punible. Las manifestaciones de particulares documentadas no gozan por sí solas de un especial valor probatorio que haya de ser protegido penalmente. No se dice ni que la sociedad avalista fuese

inexistente (tan solo que no estaba inscrita); ni que se fingiese la firma de quien realiza el aval en nombre de aquélla o que tal persona no ostentase la representación de la entidad: del relato fáctico no se infiere que se atribuya a ninguna persona una intervención que no haya tenido. Los hechos probados se limitan a reflejar la no inscripción en los dos registros mencionados. Lo que exige el art. 390.1.2º es que **el documento** sea simulado; no **el contrato**. Cuando el documento es auténtico, en el sentido de que los intervinientes están conformes en otorgarlo, en sus propios términos, pero la operación es fingida, podrá hablarse de **contrato simulado**, pero no de **simulación de documento**. Esa consideración nos desplaza del ámbito de las falsedades a las defraudaciones (estafa impropia del art. 251.3º). La condena por un delito de estafa de los arts. 248 y 250 hace superfluo adentrarse en otras tipicidades de esa naturaleza que, de concurrir, estarían embebidas por la estafa genérica.

Ya en la sentencia anterior de esta Sala Segunda recaída en este mismo proceso (STS 154/2011, de 16 de marzo) se anticipaba que el simple dato de que la entidad avalista no estuviese registrada “por sí solo, sería insuficiente para determinar la simulación del documento”. Consciente de ello, el Fiscal realiza un meritorio pero insuficiente esfuerzo por integrar el hecho probado con algunas afirmaciones contenidas en los fundamentos de derecho que, sin embargo, tampoco son concluyentes. No se llega a negar de manera rotunda la existencia de la entidad, ni que el firmante del aval fuese realmente el apoderado de tal sociedad. Que no conste su constitución o inscripción no significa que no estuviese constituida. Es cierto, como argumenta de forma bien documentada el Fiscal, que la falsedad ideológica cometida por particulares no ha quedado totalmente destipificada en nuestro Código. Tan solo se despenalizó la modalidad consistente en “faltar a la verdad en la narración de los hechos”. Pero en la forma en que está descrita la conducta en los hechos probados no se llega más lejos de esa modalidad en relación al documento sobre el que la sentencia construye la condena por el delito del art. 392. Ni se dice de manera clara que se haya supuesto la intervención de alguna persona que no la haya tenido; ni se puede hablar de un documento “simulado”. Del documento se puede afirmar que es inveraz, pero no que sea inauténtico. No se ha declarado probado que quien lo firma como apoderado de esa entidad, no lo fuese realmente. Tampoco en el aval se dice que la entidad estuviese inscrita en el Registro Especial de Entidades del Banco de España. Que la sociedad avalista no reuniese las condiciones exigidas administrativamente para afianzar un contrato público no es actividad falsaria, como razona uno de los recursos.

Como es sabido, y recuerda el Fiscal, la cuestión del alcance de la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particulares ha sido objeto de debate plasmando en un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda fechado el 26 de febrero de 1999. Pero aquí estamos en un caso diferente: en la descripción que se hace en el *factum* no se proclama con rotundidad la absoluta ficción del documento. No se puede dar el salto de la falsedad de las manifestaciones que se vierten en un documento auténtico, a la falta de genuinidad o autenticidad del documento o ficción absoluta del mismo (SSTS 1647/1998, de 28 de enero de 1999, 1044/1999, de 25 de junio; 514/2002, de 29 de mayo, 1954/2002, de 29 de enero de 2003, 900/2006, de 22 de septiembre, 35/2010, de 4 de febrero, 815/2007, de 5 de octubre). La relación fáctica carece de la riqueza necesaria para

concluir que los hechos son incardinables en alguno de los tres primeros números del art. 390.1 y, por tanto, habrá de decretarse la absolución por el delito de falsedad». (F. J. 5º)

FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS.

Concepto de certificado. Inexistencia de falsedad en el caso de autos. “Non bis in idem”. Falsedad de documento oficial y falsedad de certificados: diferenciación. Nueva redacción del art. 398 CP.

Recurso: Casación nº 2091/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 432/2013 de fecha 20/05/2013

«Certificar, desde un punto de vista jurídico, **es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial** (STS 27 de diciembre de 2010).

Certificar es también **garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado** (STS 27 de diciembre de 2010).

En consecuencia, cuando lo que se afirma en el Certificado es cierto, y el funcionario que lo afirma tiene autoridad para ello, comprometiendo su responsabilidad al asegurar que el certificado **responde a una realidad que él conoce**, la interpretación de que se comete un delito de **certificación falsa** solo por el hecho de incorporar elementos de conocimiento que su autor ha obtenido fuera del sistema en el que se emite el documento, **responde manifiestamente a una interpretación extensiva, vedada por el principio de legalidad penal**. (F. J. 5º)

Certificar es, según el diccionario de la Real Academia "*asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa*", por lo que, desde un punto de vista semántico, difícilmente se puede subsumir en el tipo de libramiento de certificados **falsos**, la emisión de informes médicos oficiales **absolutamente veraces** en su contenido y en su autoría, por un médico del servicio oficial de salud, con facultades para ello, por el hecho de incorporar elementos de conocimiento que su autor ha obtenido fuera del sistema en el que se emite el documento. (F. J. 6º)

Con carácter general, (STS núm. 309/2012, de 12 de abril y 331/2013, de 25 de abril, entre las más recientes) el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una **mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad**, de manera que será falso el documento que **exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados**.

Y también se ha establecido (STS 331/2013, de 25 de abril), contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes

las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la **función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo**, y a la **función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento** (SSTS 1561/2002, de 24 de septiembre; núm. 845/2007, de 31 de octubre; y 165/2010, de 18 de febrero, entre otras).

Pues bien, en el caso actual, ni se ha producido una **alteración objetiva de la verdad, ni se han afectado las funciones probatoria y garantizadora del documento**, pues lo que acredita o prueba el documento es cierto, y la persona identificada en él es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen. (F. J. 7º)

la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, que **impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas** en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "...la identidad de sujeto, hecho y fundamento ..." que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado. (F. J. 10º)

(...) que la reciente Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, modifica expresamente el artículo 398 del Código Penal, aplicado en la sentencia recurrida, para excluir del tipo los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

(...)

Se ha estimado conveniente una nueva redacción del artículo 398 al que se remite el artículo 399 del Código Penal, **que restringe su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia y que excluye expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social** y a la Hacienda Pública, dada la trascendencia en el tráfico jurídico de certificados falsos en el ámbito tributario y de la Seguridad Social. (F. J. 11º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA.

Tenencia de moneda falsa para su ulterior circulación. Doctrina general.

Recurso: Casación nº 328/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 891/2012 de fecha 12/11/2012

«El juicio de subsunción, como puede apreciarse, se ha formulado por la Audiencia con absoluta corrección jurídica. Hemos dicho que en esta modalidad delictiva late la idea de castigar la posesión preordenada a la circulación de la

moneda falsa, como actividad de grado inferior a la fabricación o introducción, pero que cierra el círculo jurídico de la punición de los atentados contra la moneda, bien sea ésta nacional, de la Unión Europea o incluso de la moneda extranjera, por afectar a bienes jurídicos de indudable trascendencia para la economía mundial. La protección de los sistemas de pago es esencial en una economía globalizada y garantiza los medios mediante los cuales se adquieren bienes o servicios (cfr. STS 50/2009, 22 de enero). Se castiga así a quienes, mediante su colaboración, hacen posible la ejecución de los planes de los falsificadores. La tenencia en connivencia preordenada a su expedición o su distribución abarca las conductas realizadas por personas integradas en niveles inferiores, respecto de los autores, luego el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa y de su distribución o expedición como consecuencia del plan trazado por los autores, que se revela en un grado de connivencia con los mismos. En suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores (cfr. STS 201/2004, 24 de febrero)». (F. J. 3º)

Tenencia para su circulación: consumación del delito

Recurso: Casación nº 328/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 891/2012 de fecha 12/11/2012

«El tercer motivo, con idéntica cobertura que el precedente, sostiene la inaplicación indebida del art. 16 del CP. Entiende la defensa que al no haber sido introducidos los billetes falsos en el mercado, el delito no habría llegado a consumarse, debiendo haber sido castigado en grado de tentativa.

No es eso lo que se desprende de la estructura del tipo ni lo que proclama la jurisprudencia de esta Sala.

En efecto, la acción que incorpora el tipo por el que Mompoho ha sido condenado consiste en *tener, detentar*. El art. 386.3, párrafo 2º, castiga “...*la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución*”. Y la tenencia no admite formas imperfectas de ejecución. No bastará, claro es, el simple contacto material para la consumación. Será indispensable una disponibilidad abstracta de los billetes falsos. Pero acreditada aquélla, el delito se ha consumado. En el presente caso, la disposición material de los efectos falsificados –ocultos bajo la alfombrilla del asiento delantero derecho- pone de manifiesto la efectiva disponibilidad por parte del acusado y, a su vez, el dolo de tendencia que exige el tipo.

En precedentes anteriores, hemos dicho que en el art. 386 del CP, tras tipificar en el apartado 1º la fabricación, introducción y expedición o distribución de la moneda falsa en connivencia con los falsificadores, se adelantan en el apartado 3º las barreras de protección penal incriminando actos de ejecución imperfecta o preparatorios, como son respectivamente la tenencia y la adquisición para expenderla o distribuirla. Basta, por tanto, el propósito de ponerla en circulación, exigido como ánimo tendencial, sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva (STS 88/1999, 27 de enero)». (F. J. 4º)

FALSIFICACIONES DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Concurso de normas en el caso de apreciar el delito del art. 399 bis 3 CP junto al art. 248.2.c) del CP.

Recurso: Casación nº 10911/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 366/2013 de fecha 24/04/2013

«A) La Audiencia ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de uso de tarjetas de crédito o débito del art. 399 bis 3 del CP, en la redacción dada por la LO 5/2010, por ser ésta más beneficiosa para el reo, en concurso ideal con un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249 y 74 del CP.

La condena por sendos delitos de utilización de tarjetas de crédito falsa (art. 399 bis 3) y estafa (art. del 248 CP), se aparta del criterio de solución ofrecido por la jurisprudencia de esta Sala para supuestos similares. En efecto, el problema concursal suscitado entre los arts. 399 bis 3 y 248.2.c) del CP, fue abordado en la STS 971/2011, 21 de septiembre.

(...)

(...) La relación entre el art. 399 bis, apartado 3 y el art. 248.2 c) del CP no es sino la propia de una relación de alternatividad que ha de resolverse mediante la aplicación del precepto que prevea pena más grave.

(...)

En atención a lo expuesto, centrándonos exclusivamente en la solución al problema suscitado de la doble condena de Arturs Zxxxx como autor de sendos delitos de utilización de tarjetas falsas y estafa, la condena por este último delito ha de dejarse sin efecto, con la consiguiente absolución, tal y como se acuerda en nuestra segunda sentencia». (F. J. 7º)

Concurso medial con delito de estafa. Aplicación del art. 339 bis 1 CP.

Recurso: Casación nº 10911/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 366/2013 de fecha 24/04/2013

«En consecuencia, la alteración consciente de las tarjetas de crédito por parte del recurrente, bien ejecutada por él mismo, bien ofreciendo a otro los datos para la sustitución fraudulenta, integra el delito de falsificación del art. 399 bis 1 del CP, ya sea en calidad de autor o como cooperador necesario. Si, además, esa manipulación está concebida para servir de instrumento para el engaño en establecimientos abiertos al público, induciendo al dependiente a un error que

determina un desplazamiento patrimonial (art. 248 CP), la relación entre el delito falsario y la estafa se ajusta a la que es propia del concurso medial (art. 77.1 CP)

(...)

Es cierto que la reforma promovida por la LO 5/2010, ha definido un régimen específico para la alteración falsaria de tarjetas de crédito y débito (sección 4ª, capítulo II, título XVIII, libro II del CP). Sin embargo, ello no quiere decir que con anterioridad existiera una laguna jurídica que obligara a aplicar los preceptos que, con carácter general, incriminan las falsedades documentales, como sostiene el motivo. En efecto, el art. 386.1 del CP castigaba con pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que alterase o fabricara moneda falsa. Y el art. 387 del CP, en la redacción aprobada por la reforma introducida por la LO 15/2003, 25 de noviembre, establecía una asimilación a efectos penales entre el dinero de curso legal y los instrumentos de pago que ofrecen las tarjetas de crédito o débito. Y es que, a tales efectos, se consideraba moneda, además de la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje.

Basta, por tanto, un simple contraste entre las penas previstas en los arts. 386.1 y 387 previgentes y el actual art. 399 bis 1 para concluir el acierto de la Audiencia a la hora de estimar más beneficiosa la condena del acusado como autor de un delito encajable en este último precepto». (F. J. 3º)

“Organización criminal”.

Recurso: Casación nº 517/2012

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 200/2013 de fecha 12/03/2013

«...la descripción de los hechos que se recoge en el “factum” de la recurrida, cuyo texto como queda dicho resulta inmodificable de acuerdo con la naturaleza del motivo, incorpora los elementos necesarios para justificar la calificación del delito continuado de falsificación de tarjetas bancarias cometido en el seno de una organización criminal, además de las otras dos infracciones cuya condena no es objeto de impugnación.

En tal sentido advertimos cómo la referida conducta ilícita se llevó a cabo por tres diferentes personas, el recurrente y otras dos a las que no afecta la Resolución de instancia, en la que cada uno de ellos intervenía, de acuerdo con un previo reparto de cometidos, de forma estable y durante un dilatado espacio de tiempo, con posesión de todos los útiles e instrumentos necesarios para la confección falsaria de los instrumentos de pago, tenencia de gran número de éstos que eran reiteradamente utilizados, con apoyo en documentos de identidad igualmente falsificados, para la sucesiva comisión de numerosas estafas en diversos establecimientos mercantiles.

Una actuación semejante merece, sin duda la calificación de “organización” que el Tribunal “a quo” le atribuye, siguiendo los criterios establecidos al respecto por esta Sala en Sentencias tales como las de 10 de Junio de 2008 o 27 de Enero de 2009, entre muchas otras, que aunque referidas a otra figura delictiva (el tráfico de drogas prohibidas agravado, contemplado hoy en el art. 399 bis CP) resultan de plena aplicación también a casos como el presente, en las que se enumeran como requisitos para poder hablar de una “organización delictiva” los siguientes:

- a) Existencia de una estructura más o menos formalizada y establecida.
- b) Pluralidad de personas previamente concertadas.
- c) Distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones.
- d) Existencia de una coordinación.
- e) Estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.
- f) puesta en común de medios o instrumentos para la ejecución de los ilícitos.

Requisitos que, como se ha dicho, concurren plenamente en la narración histórica de los hechos objeto de enjuiciamiento.

De modo que ha de concluirse en que nos hallamos ante ese acuerdo o plan que se halla dotado de una cierta solidez o perdurabilidad y que presenta una estructura que, aún siendo esquemática, está funcionalmente jerarquizada y operativamente diseñada para asegurar la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas concretas que intervienen en cada una de las operaciones a realizar (vid. por todas la STS de 23 de Mayo de 2003) y que, en definitiva, supone la presencia de una "organización" criminal». (F. J. 1º)

HOMICIDIO.

Ánimo de matar: no concurre.

Recurso: Casación nº 708/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 93/2013 de fecha 12/02/2013

«En realidad, de la forma en la que se produjo la agresión, especialmente en lo que se refiere a la intensidad, no es posible obtener el dolo homicida, ni siquiera como dolo eventual. Únicamente los golpes propinados en la cabeza con una piedra permitirían en su caso establecer tal clase de dolo, pero no se contiene en la sentencia una descripción suficiente de la intensidad de los golpes como para poder afirmar que con ellos se creaba un riesgo, alto y cierto, para la vida, es decir, que la acción era idónea para la creación de tal riesgo, y que el autor era consciente del mismo. La utilización de una piedra para golpear en la cabeza puede ser

valorada como el uso de un instrumento peligroso a los efectos del artículo 148, pero para que pueda dar lugar a la afirmación del dolo eventual propio del homicidio es preciso que los golpes propinados con ella revistan una suficiente intensidad, en relación con su idoneidad para la creación de un riesgo apreciable para la vida. No es así en el caso, en el que ni siquiera se aprecia la existencia de un traumatismo craneoencefálico con efectos internos, sino solamente traumatismos, lo cual permite entender no probada esa especial intensidad en el golpe. Conclusión coincidente con el sentido del dictamen forense del folio 213, aludido en el motivo, y examinado por este Tribunal al amparo del artículo 899 de la LECrim, según el cual se entiende que “golpes como los propinados no hubieran causado la muerte de la persona: no se refieren pérdidas de conciencia; según el parte médico es la propia lesionada la que refiere sus síntomas (hipoacusia, por ejemplo); no se hacen menciones a la escala de Glasgow que mide el grado de afectación del nivel de conciencia; no se mencionan traslados en ambulancia, ni fracturas de cráneo o complicaciones intracraneales en esos momentos o días posteriores; y los tratamientos prescritos fueron reparativos de lesiones leves o moderadas y sintomáticos”.

No obstante, dado el tenor del relato fáctico, los hechos serían constitutivos de un delito de lesiones, pues la necesidad de tratamiento se describe respecto de la herida que precisó sutura para la curación, tal como se desprende del informe forense del folio 33 de las actuaciones en el que consta que fue necesaria sutura y steristrip (no sutura con steristrip, como sugiere el recurrente), lo que se reitera al folio 151 en el que nuevamente se recoge que fue precisa sutura y desinfección de la herida. Ello excluye la aplicación del artículo 617 del Código Penal.

Y además, causadas con el empleo de medio peligroso, lo que daría lugar a la aplicación del artículo 148 del Código Penal, que prevé una pena comprendida entre dos y cinco años». (F. J. 3º)

Animus necandi: uso de arma blanca.

Recurso: Casación nº 10596/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 992/2012 de fecha 03/12/2012

«Como hemos dicho en otras ocasiones (Sentencia de 28 de febrero de 2005), cuando se realiza un ataque con arma blanca de una persona contra otra (STS 1281/2004, de 10 de noviembre), son tres los elementos de los que cabe inferir esta voluntad de matar:

1º. La clase de arma (blanca) utilizada en el ataque. El mismo concepto de arma blanca (navaja, cuchillo, punzón, puñal, espada u otros objetos con alguna clase de filo o punta que tienen aptitud para introducirse dentro del cuerpo humano, como un destornillador), ya nos conduce a este primer elemento. La capacidad de penetración en la anatomía del agredido es elemento del que partimos en la hipótesis que estamos examinando.

2º. La zona del cuerpo a la que se dirige el golpe contra la víctima. Ha de ser una zona vital para que pueda afirmarse ese ánimo de matar. Ordinariamente,

cuando se trata de agresiones con arma blanca y se quiere matar, éstas se dirigen hacia el tórax, el abdomen o el cuello, que es donde se puede producir esa penetración y donde existen órganos cuya afectación puede derivar en la pérdida de la vida humana.

3º. La intensidad del golpe, de modo que éste sea apto para introducirse en el cuerpo de la persona atacada y alcanzar esa zona vital. Una vez producida la penetración en esta parte del cuerpo, siempre que ésta alcance (o pueda alcanzar) cierta profundidad, podemos afirmar que hay ánimo de matar, es decir, un dolo directo de primer grado, o intención; pero para la tentativa es válido también el dolo eventual.

Véanse también las sentencias de esta Sala 2127/2002, 405/2003, 280/2003 y 1508/2003». (F. J. 3º)

INTEGRIDAD MORAL.

Trato degradante: afeción a la dignidad humana (art. 173.1 CP). Doctrina.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

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

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

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

integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del art. 620.2 CP.

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

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

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

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

Esta Sala (STS 3.10.2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribte con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto".

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

5. En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Marta, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron

para la localización de Marta, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

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

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

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Miguel dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Miguel Cxxxx se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, *“causando si cabe mayor dolor”* al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la sola desaparición, y su efecto en la psique de Antonio Axxx del

Cxxx y Eva M^a Cxxxxx los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

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

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

Tales hechos deben ser subsumidos, por lo tanto, en el delito que interesa el Ministerio Fiscal». (F. J. 14º)

JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY.

Competencia para el enjuiciamiento: tribunal de composición profesional/tribunal del jurado (art. 36.1.a) LOTJ. Acuerdos de Sala General de 20/01/2010 y 23/02/2010

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«Como bien determinó el T.S.J. al resolver los recursos de apelación, el art. 36.1.a) LOTJ fija entre las posibles cuestiones previas la del procedimiento a seguir. Literalmente permite a las partes que, al tiempo de personarse, puedan *“alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento”*. Los cambios en el conjunto de hechos justiciables que, fruto de las diligencias instructoras, se fueron produciendo en este caso respecto del contenido de la inicial denuncia, delimitándose de este modo el objeto del proceso, justifican la decisión tomada en el auto de 13/08/2010, al amparo del citado precepto. No hay en ello violación del principio de seguridad jurídica en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales, como tampoco del principio de legalidad, pues es

precisamente la norma a la que remite el T.S.J. la que reconoce tal posibilidad de ajustar en ese trance procesal el tipo de procedimiento, adecuándolo al resultado de lo hasta entonces actuado.

4. Sobre la pertinencia de acudir, llegados a este punto, a un tribunal profesional en lugar de a un jurado popular para el conocimiento y fallo del objeto del proceso, se explica efectivamente a través del contenido de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional celebrados por esta Sala los días 20/01/2010 y 23/02/2010, interpretativos del art. 5 LOTJ, debiendo reseñar que en concreto el Acuerdo de 23/02/2010 -que esta Sala ha recogido ya en diversas resoluciones como las SSTS núm. 215/2010, de 8 de marzo, 358/2010, de 4 de marzo, 854/2010, de 29 de septiembre, y 1116/2010, de 22 de octubre- ofrece en su inciso 3 la pauta aplicable al caso cuando señala: “(...) 3. *La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.*”

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente”, salvedad esta última no aplicable en el presente caso.

La relación de medio a fin que apreció el órgano judicial entre los presuntos hechos de dar muerte y de atacar la libertad sexual no resulta ilógica ni forzada, como pretende la parte recurrente, que insiste en que ambas acciones debieron entenderse independientes, y no relacionadas entre sí. Ello es además contradictorio con su propia posición procesal, ya que los escritos acusatorios presentados en trámite de conclusiones provisionales tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación que ahora recurre incluían un relato fáctico que consideraba el hecho de la violación como acto previo del que luego se habría seguido la decisión de dar muerte a Marta, relato confirmado con los posteriores escritos acusatorios presentados en el procedimiento ordinario (f. 147 a 154 y 168 a 181, rollo de sala). Ninguno de los dos escritos describe el acometimiento sexual como desconectado de la ulterior muerte. Tampoco coloca como objetivo prioritario de los acusados el de acabar con la vida de la menor. Y desde esa perspectiva se siguen las respectivas calificaciones jurídicas.

De este modo, el delito conexo en este caso sería el delito contra la vida, por lo que de conformidad con la interpretación que el art. 5.2 LOTJ ha merecido en el Acuerdo plenario antes transcrito, la violación habría representado el delito principal a efectos de marcar el tipo de procedimiento y la subsiguiente competencia orgánica, es decir, la composición del tribunal que debía asumir el enjuiciamiento.

La propia acusación que hoy reclama habría aceptado implícitamente de este modo que los hechos se ventilaran ante un tribunal de composición profesional.

Con independencia de que la inclusión de hechos susceptibles de ser calificados como un delito de violación haya podido constituir una instrumentalización interesada del proceso por parte del principal inculpado, ello no significa que, en términos procesales, haya existido infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Lo importante, en cualquier caso, es que el juicio oral se ventile ante un órgano que sea competente según el tipo de procedimiento seleccionado. Y no hay duda de la competencia de la Audiencia Provincial, como tribunal profesional de composición colegiada, para conocer de unos hechos tramitados como sumario/procedimiento ordinario, al disponerlo así los arts. 14.4 y 757 LECrim.

De cuanto precede se desprende que los órganos judiciales intervinientes resolvieron la cuestión controvertida sobre su competencia proporcionando una respuesta no sólo razonable y exenta de arbitrariedad, sino además ajustada a la interpretación jurisprudencial sobre la norma procesal aplicable (STC núm. 70/2007, de 16 de abril, FJ. 4)». (F. J. 3º)

LESIONES.

Ablación del clítoris. Error de prohibición: No concurre.

Recurso: Casación nº 3/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 835/2012 de fecha 31/10/2012

«Mantiene el recurrente que la mutilación de los genitales de las mujeres es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad.

Debemos recordar que se produce el error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente, --STS 336/2009 de 2 de Abril--. El error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Solo en casos de que el error de prohibición sea vencible, cabrá una responsabilidad penal adecuada como prevé el art. 14 del Cpenal.

Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países

empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. Tanto el recurrente como la propia sentencia se refiere a esta situación en referencia a la ablación del clítoris al afirmar que es una práctica cultural de su país de origen. Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del "error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto", porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina. A tal efecto, debemos recordar la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005 de 8 de Julio que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina:

"...La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato "inhumano y degradante" incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos....".

En el caso de autos, el recurrente Mamadou Dxxxxx llevaba a la sazón viviendo en España 10 años, estaba totalmente integrado en la cultura española y conocía --y así lo reconoció en su declaración en sede judicial obrante al folio 40 de la instrucción-- *"...que todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España...."*. El propio *factum* así lo tiene declarado.

Rechazada la tesis de que la ablación se efectuó por los abuelos en Gambia, y declarado que tuvo lugar en España, la tesis del error de prohibición en el recurrente no puede ser admitida en modo alguno.

Hay que recordar, que la sentencia de instancia en relación a la madre de Isa, le apreció el error de prohibición, vencible, al tener en cuenta su situación, cualitativamente diferente a la de su esposo, como se justifica en la parte final del f.jdco. segundo de la sentencia de instancia». (F. J. 3º)

Contagio de Hepatitis B. No se dan los requisitos del art. 149 del CP.

Recurso: Casación nº 1255/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 242/2013 de fecha 01/04/2013

«En la doctrina de esta Sala, la STS 129/2007, de 22 de febrero, con cita de la STS 1299/2005, de 7 de noviembre, constata la falta de un criterio legal de interpretación para la integración de una determinada enfermedad en el concepto que determine la aplicación del tipo prevenido en el Art. 149 CP, que exige que el resultado lesivo determine la causación de una **grave enfermedad somática o psíquica.**

Esta ausencia de criterio legal obliga a la adopción de un criterio jurisprudencial estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto, como elemento normativo del tipo que requiere una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso. Y también en aplicación del principio de proporcionalidad por el cual debe existir una equivalencia valorativa entre la enfermedad grave y las pérdidas de miembros u órganos principales, la deformidad grave, la impotencia o la esterilidad, que son los resultados típicos que el Código Penal prevé como agravaciones por el resultado producido por la acción.

En el caso enjuiciado en la referida sentencia se aplica el Art. 149 1º CP 95 en un supuesto en el que como consecuencia de un traumatismo craneal ocasionado al perjudicado a éste le queda como secuela una epilepsia postraumática. Se trata de brote epiléptico grave, que en el hecho probado se constata que es una **enfermedad crónica**, de naturaleza neurológica que supone para el afectado el sometimiento a un tratamiento farmacológico, dirigido a la evitación de crisis, lo **que comporta limitaciones en su vida**, al tener que seguir concretos hábitos alimenticios. Además, desde el hecho probado se declara que ha sido causal de una **incapacidad absoluta para el trabajo** y aparece unido a un **trastorno de la personalidad, caracterizado por la tendencia a la irritabilidad y labilidad emocional**.

La consideración de enfermedad crónica, la afectación física permanente que comporta el tratamiento dispensado y los cambios alimentarios y físicos que conlleva, junto a la afectación a la estructura de su personalidad y la incapacitación laboral, hacen procedente la calificación de la lesión analizada en la citada sentencia de 22 de febrero de 2007, en el concepto de enfermedad grave a los efectos de la aplicación del Art. 149 del Código Penal. (F. J. 3º)

(...)

En primer lugar no se ha ocasionado una enfermedad crónica, sino un brote agudo que ha curado sin secuelas. En segundo lugar no existe una afectación física permanente, ni tampoco síquica. Y, en tercer lugar, no se afecta tampoco a la capacidad laboral.

La enfermedad contagiada, por tanto, y con independencia de su consideración desde el punto de vista estrictamente médico, no puede calificarse de grave enfermedad, a los efectos penales de su equiparación con una lesión que deja graves secuelas permanentes (ceguera, sordera, pérdida de miembros principales, impotencia, esterilidad, etc), que son los supuestos prevenidos en el art. 149 1º, pues lo impide el principio de proporcionalidad.

En el caso actual, la enfermedad solamente requirió, conforme al relato fáctico, un tratamiento médico consistente en seguimiento y determinación de serologías con normalización a los dos meses de las enzimas hepáticas, así como negativización del antígeno de superficie para el virus de la Hepatitis B, no constando ninguna secuela anatomofuncional, tardando en curar completamente sesenta días, de los que solo cinco fueron de hospitalización. Sin restar importancia médica a la enfermedad padecida, lo cierto es que lo normal es que en la mayoría de los casos estos brotes curen sin secuelas, como afortunadamente le sucedió a la

recurrente, por lo que procede confirmar el ponderado criterio de la sentencia de instancia, con desestimación del recurso». (F. J. 4º)

Deportes de contacto: doctrina.

Recurso: Casación nº 956/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 956/2013 de fecha 01/04/2013

«2. A igual conclusión negativa se llega desde la perspectiva de la adecuación social. El propio recurrente reconoce -y así dimana de los hechos probados- que convinieron un marcaje de golpes de boxeo con uso de guantes, pero con la expresa limitación, insistimos, de evitar todo contacto real. En esa situación, el acusado habría tenido que respetar una distancia que impidiera cualquier mínimo roce. También de obviar el empleo de cualquier técnica que hiciera peligrar tan elemental regla de juego e, igualmente, evitar la dirección de sus ataques hacia áreas corporales delicadas o sensibles, cuyo ataque en ningún modo admite el boxeo. Estos deportes de contacto, tanto en sus modalidades occidentales (entre las más conocidas, el *boxing* inglés e irlandés, y el boxeo americano o sus versiones contemporáneas de *full combat* o *full contact*, *semicontac* y *kick boxing*, por citar algunas), como en las orientales (distintas variantes de artes marciales, judo, karate, kunfú, lucha libre, *taekwondo*...), algunas de las cuales incluso son disciplinas olímpicas, cuentan con un definido cuerpo de reglas sobre técnicas de golpeo. Por ejemplo, el boxeo de formato tradicional y el *full contact* coinciden en gran parte de las técnicas de puño -admitiendo también el *full contact* las de pierna- que deben ir dirigidas bien a la cabeza, bien al tronco del oponente. No está autorizado, pues, un ataque que afecte a las extremidades, como tampoco a áreas corporales como la aquí afectada.

El recurrente reconoció que, aun no siendo profesional, es aficionado al boxeo, que practica con frecuencia, razón por la que no es aventurado estimarlo conocedor de reglas tan elementales. Siendo además él quien retó al interno a batirse en el gimnasio, su consciencia del riesgo fluye sin dificultad del consenso por pactar unas normas aún más estrictas dirigidas a evitar de todo punto el contacto físico. La colisión no puede justificarse, pues, bajo las reglas de la adecuación social propias de los deportes de contacto, menos aún ante lo que ya constituía una anómala actuación por parte de un funcionario de prisiones que, desempeñando sus funciones como tal y en el curso de su turno de vigilancia, propone y ejecuta entrar en lid con un interno, siquiera fuese como un juego. Recordemos que entre otros cometidos corresponde a la Administración Penitenciaria -y, por ende, a sus funcionarios- velar por la integridad física de los internos.

Evidentemente, tampoco estamos ante la situación prevista en el art. 155 CP, precepto que ni siquiera ha sido planteado y que supedita unos efectos penológicos atenuados a la prestación válida, libre, consciente y expresa del consentimiento del ofendido en ser lesionado (ATS núm. 2646/2001, de 10 de diciembre). Por las razones antes vistas, tampoco pueden entenderse consentidas

por la víctima unas lesiones que expresamente habían descartado *ex ante* ambos pugilistas». (F. J. 2º)

Dolo (arts. 149 y 150 CP): doctrina.

Recurso: Casación nº 10879/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 133/2013 de fecha 06/02/2013

«a) El dolo requerido por el art. 149 no es el concreto de las lesiones efectivamente producidas; basta la intención, también a título eventual, de causar las menos graves de las lesiones contempladas en tal tipo. El inductor que por venganza paga a alguien para que cause a su enemigo una grave deformidad (cicatriz muy visible en el rostro) responderá por el art. 149, aunque el autor material se haya excedido y haya producido unas gravísimas lesiones -estado vegetativo- que el inductor ni quería, ni previó y no hubiese consentido. Sería absurdo que su responsabilidad quedase degradada por el hecho de que las lesiones llegaron mucho más lejos.

El supuesto al que se enfrenta aquí la Sala al resolver este recurso aparece de forma frecuente en el escenario normativo de las lesiones inaugurado en 1995. Una acción base dolosa -agresión- que provoca un resultado poco esperable *ex ante* y desde luego no buscado de propósito. Riña en la que se golpea a otro y la caída al suelo provoca unas consecuencias desgraciadas (una enfermedad grave); o puñetazo que, por complicaciones, acaba con la pérdida de visión de un ojo; o agresión con un vaso de cristal (en hipótesis que aparece con llamativa reiteración en los repertorios jurisprudenciales) que desemboca en la pérdida de la funcionalidad de un ojo. Inicialmente y en una consideración *ex ante* podrían pronosticarse como probables unas lesiones encajables en el art. 147, o incluso meramente constitutivas de falta. Sin embargo el resultado, que tampoco podría descartarse totalmente *a priori* pues no está desconectado de la acción agresora, determina una tipicidad más grave ubicable bien en el art. 150, bien en el art. 149, atrayendo penas que pueden llegar a la de prisión de doce años (superior a la de un homicidio doloso en grado de tentativa) en el caso del art. 149, que es el precepto aquí manejado y que ha fundado la condena en la instancia.

¿Tratamiento de estos supuestos? Es obvio que el respeto al principio de culpabilidad y la prohibición del *versari* constituyen un muro infranqueable: es el techo más allá del cual no es posible encaramarse. Pero es premisa lógica elemental también que la causación de esos resultados tan graves no puede convertirse en una suerte de tácita atenuante que es en definitiva lo que vendría a suceder de acogerse la tesis del recurrente. La gravedad de los resultados puede alentar en el subconsciente, ahuyentados por el fantasma del *versari*, a otorgar un trato más benigno -mucho más benigno- a este supuesto que al que se le hubiese dado si los resultados hubiesen sido más leves. Esa es la prueba del nueve de lo erróneo del planteamiento del recurrente: si las lesiones se hubiesen limitado a una fractura de los huesos propios de la nariz, o a la pérdida de dos incisivos... no se dudaría de la calificación procedente: delito de lesiones del art. 150. Y no habría duda de que el 147 cubriría cualquier otra lesión que exigiese tratamiento médico. A

nadie se le ocurriría pensar que ese resultado lesivo no estaba cubierto por un dolo, al menos eventual. O tampoco razonar que como en muchas ocasiones un puñetazo solo acarrea lesiones que no precisan más que una asistencia médica, el exceso ha de ser imputado a título de imprudencia para no erosionar el principio de culpabilidad. O sea, que precisamente por haberse producido unas lesiones tan graves que han comportado el estado vegetativo del agredido, la consecuencia es que las lesiones dolosas quedan degradadas a falta, calificación imponible si el resultado hubiese consistido en una herida leve. ¡Paradójica consecuencia!: la extrema gravedad del resultado, transmuta en falta lo que hubiese sido un delito de lesiones dolosas. (F. J. 6º)

La jurisprudencia viene insistiendo en la suficiencia del dolo eventual que no supone ni claudicar frente al *versari*, ni reintroducir las lesiones calificadas por el resultado. (F. J. 7º)

Conviene en este punto insistir en una importante acotación ya efectuada. La condena por el delito del art. 149 no exige que el sujeto haya querido todos y cada uno de los resultados efectivamente producidos. Basta con que exista dolo eventual respecto del menos grave de los resultados lesivos recogidos en el art. 149.1. Si quien queriendo privar de la funcionalidad de una mano a otra persona, desborda esa intención de manera que no pueda ser catalogada como dolosa y le causa una gravísima enfermedad física y psíquica y le priva además de la vista, u oído, no por ese exceso se beneficiará de una calificación de imprudencia en concurso ideal con una falta de lesiones. Lo procedente será ubicar los hechos en el art. 149.1. Por más que el propósito inicial (pérdida de la mano) no se haya logrado y que muchos de los resultados no hayan sido buscados, concurría un dolo suficiente para colmar la exigencia culpabilística del art. 149. Si se admite el dolo eventual respecto del menos grave de los resultados lesivos del art. 149, la presencia de otros resultados excluidos de ese elemento intencional ni atenúa la conducta ni varía la calificación. Por eso, al efectuarse una condena por el delito del art. 149 no necesariamente se sostiene que el agente aceptaba y quería todas y cada una de las desdichadas consecuencias que tuvo su agresión como al final de manera poco convincente parece querer sugerir la sentencia de instancia. Ni siquiera que le eran indiferentes (dolo eventual). No es necesario. Bastará con alcanzar la certeza de que la producción de alguno de los resultados del art. 149 no hubiese determinado al autor a no actuar. Si se llegase al convencimiento de que el autor de haber sabido el estado vegetativo en que iba a quedar el afectado, se hubiese auto inhibido; pero que, sin embargo, nada le importaba causarle una grave deformidad, la calificación legalmente procedente será la ubicación de los hechos en el art. 149 CP. Blandiendo de nuevo un argumento ya utilizado: que se causen unas lesiones que van mucho más allá de las exigidas en el tipo nunca debe ser un motivo de atenuación. La preterintencionalidad supone que el resultado llega más allá de lo contemplado no solo por la intención del autor, sino también y sobre todo, por el tipo penal. Cuando ese desbordamiento de lo querido no implica un cambio de calificación, ningún tratamiento especial merece la preterintencionalidad. Quien hurta en el medio de transporte público una cartera y en ella inesperadamente aparecen 50.000 euros, lo que jamás pasó por su imaginación, responde por un delito y no por la falta del art. 623, aunque no aspirase a obtener más de un puñado de euros. Hay un dolo indeterminado. Cosa diferente -y desde luego insólita- es que actos posteriores (devolución directa o indirecta del exceso) demostrasen que ni

siquiera por vía eventual consentía con ese no esperado lucro superior a cuatrocientos euros.

Que no sea afirmable el dolo eventual respecto de esos resultados del art. 149, no conduce automáticamente al art. 617, saltando acrobáticamente todos los escalones intermedios de los arts. 150 ó 147. Quizás todos los resultados lesivos del art. 149 desbordan el dolo detectable en determinadas agresiones como pudiera ser en este caso el único puñetazo propinado no especialmente intenso (se insiste en que el calificativo de fuerte no añade mucho). Pero fluye con naturalidad la afirmación de la presencia de un dolo eventual que alcanzaba a alguno de los resultados del art. 150 (resultados que, por otra parte están efectivamente causados: se ha producido la pérdida o inutilidad de un gran número de miembros u órganos no principales; pero en rigor aunque no fuese así y se hubiese producido, v. gr., el fallecimiento, el razonamiento habría de ser similar). Que el resultado producido haya sido de tal gravedad que sea ubicable en el art. 149 no puede conducir a la inconsecuencia de reconducir los hechos al art. 617 ó al art. 147 si se puede sostener razonablemente, y sin duda alguna, que el dolo, al menos por vía eventual, alcanzaba la deformidad o demás resultados del art. 150». (F. J. 8º)

Dolo eventual. Previsibilidad del resultado. Instrumento peligroso: cinturón.

Recurso: Casación nº 2345/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 843/2012 de fecha 31/10/2012

«Acerca de la previsibilidad del resultado debemos tener presente que la zona afectada, dentro del total cuerpo humano al que se dirigió la agresión (hechos probados), e incluso dentro de la cabeza, el ojo ocupa un espacio reducido, que hace dificultoso acertar en el golpe. Incluso en supuestos imaginables de dolo directo, una agresión frente a un sujeto pasivo que trata de eludir o zafarse del golpe, a buen seguro que el agresor necesitaría varios intentos para acertar el golpe de la hebilla del cinturón en un ojo. Dicho en otros términos, el grado de previsión de que con un golpe con el cinturón lanzado al cuerpo de la víctima se produzca la pérdida de un ojo por estallido ocular es porcentualmente escaso y tal circunstancia y otras concurrentes necesariamente debieron ser valoradas por el Tribunal de origen conforme al acervo probatorio, pero no puede hacer lo mismo esta Sala de casación en ausencia de intermediación.

Respecto al contexto, tampoco se conocen las posiciones y movimientos de agresor y agredido, para pronosticar un resultado tan grave.

De ahí que, hallándonos ante una situación dudosa, esta Sala considera razonable y aceptable la opción de la Audiencia. (F. J. 5º)

...ciñéndonos exclusivamente a la posibilidad de aplicar junto al art. 147 C.P., el 148.1 del mismo cuerpo legal, lo primero que debemos dejar sentado es la amplitud descriptiva de los medios comisivos previstos en la ley capaces de incrementar el riesgo o peligro para la vida o la salud: “armas, instrumentos, objetos,

medios, métodos o formas”; y en segundo lugar el carácter potestativo de la cualificación.

Por objeto peligroso debe entenderse en términos generales “aquél que aumenta o potencia la capacidad agresiva del agente y crea un riesgo para la persona atacada con merma de sus posibilidades de defensa”.

La peligrosidad del medio utilizado necesariamente deberá deducirse, entre otros, de los siguientes datos esenciales:

a) La naturaleza o caracterización física o material del instrumento o medio que se emplea.

b) La forma de utilización del mismo.

En nuestro caso, un cinturón de cuero de caballero cualquiera que sea su modelo o formato, debe contar con una hebilla.

Así pues, partiendo de la amplitud normativa del medio agresivo utilizado, un cinturón perfectamente puede incardinarse entre los objetos que aumentan la capacidad agresiva.

Respecto a la potestativa aplicación de la cualificación, los parámetros legales que nos ofrece el art. 148 C.P., son el resultado causado y el riesgo producido.

Es indudable que la materialización del riesgo ha determinado la causación de un resultado que ha tenido la correspondiente respuesta penal aparte. Sin embargo la conducta genérica lesiva (art. 147 C.P.) contemplada ex ante, suponía la creación de un peligro o riesgo mayor para la integridad física.

Se dice que se estima procedente la aplicación de la cualificativa, no solo por la utilización pura y simple de un cinturón, sino por la potencia extrema con la que se golpeó con él a la víctima (véase dictamen del médico forense), poniendo en peligro su integridad corporal.

El concepto del art. 148.1C.P. de medio peligroso y la probabilidad de un resultado y su aceptación exigida por el dolo eventual, no deben considerarse incompatibles. Un instrumento que aumenta la potencialidad agresiva, no permite cargar en cuenta del agresor, resultados excepcionalmente esperados o no previstos.

Por todo ello el motivo segundo del Fiscal y de la acusación deberán estimarse». (F. J. 6º)

Deformidad. Cicatrices en pierna.

Recurso: Casación nº 857/2012

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 130/2013 de fecha 14/02/2013

«Delito que, por otra parte, desde el punto de vista de su calificación, es correctamente calificado como un supuesto de lesiones con deformidad, del artículo 150 del Código Penal, a la vista de las cicatrices resultantes (orificios de entrada y salida en el muslo derecho y otra quirúrgica de 25 centímetros de longitud en cara posterior del muslo, rodilla y pierna derechos), que afean sin duda, de manera relevante, la fisonomía de quien las padece, de acuerdo todo ello con reiterada doctrina de esta Sala contenida en SsTs como las de 25 de Marzo de 2004, 8 de Octubre de 2007 o 20 de Febrero de 2008, entre muchas otras». (F. J. 2º)

Imprudencia grave: creación de riesgos, caso fortuito.

Recurso: Casación nº 956/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 956/2013 de fecha 01/04/2013

«1. Entremezcla el recurrente, en primer lugar, tres figuras jurídicas distintas, cuales son: a) la causación fortuita del resultado lesivo; b) la adecuación social de su comportamiento, en tanto que ajustado a la práctica de un deporte que por su propia naturaleza resulta agresivo; y 3) el consentimiento recíproco en las lesiones que, de su práctica, pudieran derivarse. En realidad, cabe reconducir tal planteamiento hacia un único y mismo principio de insignificancia, trasunto del de intervención mínima del Derecho Penal y que, aunque de soslayo, también menciona el recurso. El principio de insignificancia -si bien, como veremos, no resulta aplicable al presente caso- comporta una cierta tolerancia social ante determinadas conductas que, aunque en una primera aproximación pudieran estimarse atentatorias de bienes jurídicamente protegidos, sin embargo no merecen a la postre reproche penal alguno, dada su escasa gravedad. Guarda de este modo relación con el clásico principio "*minima non curat praetor*", es decir, la ley no está interesada en asuntos menores, lo que a su vez tangencialmente se relaciona con la doctrina de la adecuación social o de las conductas socialmente adecuadas. Conviene, no obstante, recordar que tales principios deben ser evaluados -como señalábamos en la STS núm. 1346/2004, de 16 de noviembre, al hilo del informe allí emitido por el Ministerio Fiscal- desde posicionamientos de política criminal, por lo que en ningún caso se viene a autorizar que infracciones de cierta entidad o gravedad puedan ser objeto de minoración o exclusión penal.

Se trata de un problema de distribución de riesgos, habiendo señalado esta Sala sobre el particular que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado quedará ausente de penalidad cuando se trate de riesgos permitidos que excluyan la tipicidad de la conducta que los crea (SSTS núm. 379/2011, de 19 de mayo; 171/2010, de 10 de marzo; 1026/2007, de 10 de diciembre; 1094/2005, de 26 de septiembre; ó 1494/2003, de 10 de noviembre, por remisión a la STS núm. 1611/2000, de 19 de octubre). Próximos a éstos encontramos los casos de disminución del riesgo en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son también de mencionar otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se

imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina «prohibición de regreso», referida a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

En el delito de lesiones que nos corresponde examinar, el tipo objetivo requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la misma. Es decir, el resultado sólo puede ser imputado al autor en la medida en que no hayan concurrido con el riesgo por él creado otros riesgos que permitan explicar el resultado. Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando el afectado se introduce por sí mismo en una situación arriesgada o no se aparta de ella por su propia decisión, lo que se conoce con los nombres de «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima, que ha tenido una intervención decisiva. Dicho de otra manera: cuando la víctima no es ajena al resultado con su comportamiento, o cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro, supuestos en los que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal bajo criterios de autorresponsabilidad o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad penal al autor que creó el riesgo. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor (en este sentido, STS núm. 1256/1999, de 17 de septiembre).

Por su parte, el caso fortuito sólo puede ser apreciado cuando el resultado producido se diferencia claramente del movimiento corporal que lo produce. El caso fortuito excluye el dolo y la culpa, produciéndose, pues, una ausencia absoluta de todo reproche jurídico-penal al presentarse el suceso como imprevisible para el sujeto. Pero, tal y como apuntaban ya dos antiguas SSTS de 14 de septiembre de 1992 y de 3 de julio de 1992, sólo podrá invocarse para cuestionar la relación de causalidad o la imputación objetiva, lo que paradójicamente no cuestiona el recurrente en este caso. Cuando se habla de previsibilidad es preciso advertir que no se alude a toda posibilidad de prever, sino a la posibilidad de prever con una cierta medida de diligencia, ya que incluso los acontecimientos más extraordinarios pueden preverse con una diligencia igualmente extraordinaria.

Como decíamos, no cuestiona el recurrente (sí lo hizo en la instancia) la causalidad natural entre su acción y la grave lesión resultante, de modo que si no hubiera golpeado a la víctima, a la que ninguna participación se atribuye en el resultado lesivo desencadenado finalmente, ésta no habría sufrido esas importantes secuelas que luego describiremos con mayor detalle. Esboza el acusado una ligera queja en cuanto a los padecimientos que, previamente a los hechos, habría de sufrir la víctima en la región afectada. Pero cuestionar la relación de causalidad entre la acción desplegada y el resultado lesivo sobre la base de una concausa preexistente debe llevarnos a recordar la constante doctrina de esta Sala que estima que, en el supuesto de acciones agresivas sobre personas que padecen alguna enfermedad preexistente o menores defensas, ese singular hecho no evita que la efectiva causación del resultado provenga de la agresión que desencadenó su producción, pues la causa preexistente no produciría el resultado (STS núm. 1345/2011, de 14

de diciembre). Únicamente se acepta una eliminación de la causalidad en el supuesto de «interferencias extrañas» entre la acción y el resultado, lo que no es el caso. No interrumpen el nexo de causalidad las concausas preexistentes y/o concomitantes (ATS núm. 1635/2008, de 20 de noviembre), siendo tal la naturaleza que cabe atribuir a la malformación aquí preexistente (a saber, un quiste que el interno tenía en su zona genital) y que en ningún modo guarda relación con el resultado producido. De hecho, la sentencia de instancia deja bien claro que dicha alteración física realmente se ubicaba en un área testicular no afectada por la agresión, por lo que en ningún modo habría podido incidir en la lesión resultante (FJ. 2º, penúltimo inciso).

La pretensión de que los hechos enjuiciados suponen un desgraciado accidente en el que no ha intervenido de parte del recurrente responsabilidad penal alguna, ni siquiera leve, por lo que debe reputarse como un caso fortuito, deviene también insostenible desde el momento en que se admite el mutuo consenso a la hora de luchar, siquiera simuladamente, así como el impacto final contra su víctima. Fue la conducta del acusado la que provocó el estallido y consiguiente hemorragia de un testículo del interno, propiciando que dicho órgano tuviera que ser extirpado al ser ésta la única forma de reparación médica viable en el caso, provocando tal pérdida anatómica. Así resulta de los hechos probados y así lo admite *in extremis* el recurrente. Es patente que existió una causalidad natural: de no mediar el golpe del acusado, independientemente de su forma de originación, no se hubieran seguido las graves lesiones y secuelas padecidas por el perjudicado. La acción realizada por el recurrente creó un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento que no puede incardinarse en el caso fortuito. El resultado producido es asimismo concreción de su acción, al derivar del golpe que propinó, y no de un padecimiento previo del lesionado.

El riesgo depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Desde este plano tampoco se observa un posicionamiento de la víctima que elevara los niveles de riesgo asumidos. No existió situación alguna equiparable a la autopuesta en peligro por parte de la víctima, que ninguna responsabilidad tuvo -más allá de la aceptación del simulacro de lucha- en la causación del resultado lesivo. Aunque discrepe el recurrente de la mecánica comisiva de la que se hubiere seguido el golpe, cuya intensidad también cuestiona, nada fortuito puede verse en ello. Aceptando libre y conscientemente la práctica de un deporte violento en su misma esencia, el impacto causante de la lesión no puede atribuirse al azar o a la fatalidad, por más que los contendientes hubieren convenido que no hubiera auténtico contacto físico. No hay tampoco margen alguno para la duda en cuanto a que golpear a otro en estos términos constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado, ajeno de todo punto al caso fortuito que se invoca». (F. J. 2º)

Intencionalidad del autor: dolo eventual y culpa con representación.

Recurso: Casación nº 956/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 956/2013 de fecha 01/04/2013

«La sanción por dolo eventual no requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto activo abarquen la producción del resultado en su sentido jurídico -en nuestro caso, la concreta calificación de la pérdida parcial de un órgano-, pues se trata de una cuestión de subsunción ajena a la subjetividad del agente, sino el resultado en su sentido natural, que es lo que necesariamente tuvo que prever y aceptar el acusado ante la alta probabilidad de que se ocasionara. En suma, sólo si resulta acreditado que el acusado asumió esa consecuencia por vía dolosa, siquiera a título eventual, podría aplicarse el art. 150 CP. Si, por el contrario, actuó confiando en que dicho resultado no habría de producirse al tratarse de una posibilidad muy remota, únicamente podría responder por título de culpa o imprudencia, ex art. 152.1.3º CP.

Como señalan nuestras SSTS núm. 1064/2005, de 20 de septiembre, ó 1573/2002, de 2 de octubre, por citar algunas, en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. El autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado representado en la mente del autor. En la culpa consciente, en cambio, no se quiere causar la lesión aunque también se advierte su posibilidad y, pese a ello, se actúa. Es decir, se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. En la culpa consciente el autor no se representa como probable la producción del resultado: confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la idoneidad de los medios para causarlos. Obra, por tanto, con culpa consciente quien, representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior al afectar a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá y, sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado.

Desde una óptica subjetiva, el delito de lesiones se caracteriza por su frecuente comisión a través de dolo eventual, ya que por su naturaleza habitualmente existe un mínimo componente de aleatoriedad en las consecuencias lesivas, aunque puedan ser conocidas y asumidas por el agente (SSTS núm. 918/2003, de 20 de junio, y 1079/2002, de 6 de junio). En muchas ocasiones hemos señalado que el texto del art. 150 CP no requiere expresamente un dolo especial y que no existe ninguna razón teleológica que permita suponer que la Ley penal ha querido limitar la protección del bien jurídico a los ataques producidos con un dolo directo en el que el autor se haya representado exactamente la lesión producida y la haya aprobado expresamente antes de actuar. El dolo eventual de lesionar propio del delito de lesiones del art. 150 CP va referido a la acción, pues el autor conoce o se representa que, como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla, puede producirse un resultado concreto de lesiones. Respecto de los resultados del art. 150 CP, la jurisprudencia de esta Sala ha sido con toda lógica más laxa a la hora de admitir un dolo eventual en comparación con los del art. 149 CP.

No obstante, la consideración dolosa que plasma la sentencia de instancia, estimando abarcado el resultado lesivo por dolo eventual, se ofrece excesiva cuando el propio proceso reflexivo sugiere un cierto apriorismo, que no recoge los datos objetivos por los que se llega a esa conclusión sobre la voluntad del autor, sino más bien un acopio de argumentos obtenidos del ánimo de terceros más ligados en este solo aspecto a la intuición que al acervo probatorio en su conjunto, como hemos visto. Otros datos asimismo reflejados en la sentencia, no obstante su relevancia, quedan sin embargo sin valoración alguna. Así, la reacción posterior del recurrente, que inmediatamente auxilia a la víctima lesionada y la acompaña al punto de atención médica, no puede quedar eliminada del todo respecto de la conclusión de intencionalidad, como acontece en la sentencia de instancia. Tampoco ese buen trato que, pese a todo, ha existido en todo momento entre víctima y agresor y que incluso seguía subsistiendo entre ambos a la fecha de enjuiciamiento, del que asimismo da cuenta la sentencia desde la intermediación de que dispuso el Tribunal que juzgó.

En nuestro caso, el dolo no fluye de forma natural y directa de los hechos descritos. Expuestas ciertas deficiencias probatorias, tampoco es posible afirmar un dolo eventual desde la sola base de los argumentos que fundamentaron la decisión mayoritaria de instancia. Ciertamente es que la acción desplegada por el acusado, fuera cual fuese, resultó idónea para causar unas importantes secuelas, subsumibles en el art. 150 CP, como así se valoró en la instancia. Pero las peculiaridades del caso impiden, a falta de más datos, entender desbordado el campo de la culpa consciente por la pérdida efectiva del miembro genital mutilado, cuya representación en términos de probabilidad no resultaba obligada para el agresor. En definitiva, desconocida la intensidad de la acción agresora y su concreta forma de causación, a través del solo resultado no es posible deducir «contra reo» que pudo haberlo imaginado, asumiéndolo como probable y respondiendo de ello dolosamente». (F. J. 2º)

LESIONES Y AGRESIÓN SEXUAL.

Compatibilidad de agravación (uso de armas) respecto a ambos delitos: análisis de la jurisprudencia.

Recurso: Casación nº 10529/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 968/2012 de fecha 30/11/2012

«...la doctrina de esta Sala ha sido siempre la doble consideración de los subtipos agravados aunque sea la misma arma la que es utilizada de manera próxima en tiempo y espacio

*Así, más recientemente en el caso resuelto en la Sentencia nº 948/2009 de 6 de octubre, en que el robo agravado por el arma coincidió con un delito de agresión sexual, también agravado por el uso de la misma arma. Siquiera resaltando que el arma se utiliza de manera **sucesiva**, primero para la depredación y, a continuación, para agredir sexualmente a la misma víctima».*

Los hechos probados describen en el caso que ahora juzgamos, como el acusado usa el arma, en un primer momento, para conducir a la víctima al lugar que estimó oportuno **para proceder a la actividad de sustracción**. Logrado su propósito, comenzó a registrar la cartera de la víctima y sus bolsillos.

Es posteriormente cuando la sentencia indica que, ante ese comportamiento del acusado, la víctima comienza a llorar y el acusado **da comienzo a la actividad agresiva contra la integridad física** de aquélla.

Esta misma actividad de agresión no da lugar al recurso al arma. El acusado comienza dando un puñetazo a su víctima. Y es al desplegar ésta su defensa, cuando se consuma la lesión típica (herida inciso contusa que precisó sutura).

Lo anterior hace ya cuestionable la simultaneidad que inspiró la singular sentencia de este Tribunal Supremo invocada en la recurrida.

Y, en todo caso, hemos de seguir manteniendo la constante doctrina conforme a la cual no existe identidad de hecho entre dos comportamientos -sustraer y agredir- que atacan a bienes jurídicos diversos porque en ambos sea utilizado un mismo instrumento.

Que la valoración de tal uso lleve a subsumir los diferentes comportamientos en sendos subtipos, cualificados por el medio usado no implica doble valoración de lo mismo. Basta advertir que lo que se valora es el uso y no el medio con independencia de dicho uso. El objeto de la valoración es el comportamiento y éste es diverso cuando consiste en sustraer y cuando consiste en agredir.

Por otra parte, el uso de la misma arma para una acción era prescindible para la ejecución de la otra acción. Si, pese a ello, se persiste en acudir a dicho empleo en **ambos** hechos, éstos han de ser valorados con toma en consideración de todos los elementos que lo configuran. Incluido el uso del arma”.

Como se aprecia de estos vaivenes jurisprudenciales el tema no es pacífico. Pero en este supuesto concreto podemos prescindir de un pronunciamiento que dirima entre ambas tendencias, no solo porque en el recurso está abordado de manera más bien tangencial, sino, sobre todo, porque *in casu* bien miradas las cosas no resulta relevante. Aún situándonos en la alternativa más favorable al recurrente -incompatibilidad-, si tenemos en cuenta que en el delito de lesiones la Sala ha apreciado dos elementos cualificativos -uso de armas y ensañamiento-, cuando bastaba uno solo; y en el delito de agresión sexual tres -uso de armas, violencia degradante, y concurrencia de dos o más personas- cuando es suficiente con dos (art. 180.2), el resultado final sería idéntico. O bien las lesiones quedarían agravadas por el ensañamiento (art. 148.2) y la agresión sexual por el empleo de arma y la concurrencia de dos personas; o bien utilizaríamos el uso de la cuchilla para aplicar el art. 148.1º; y en la agresión sexual la imposición de la mitad superior vendría determinada por la concurrencia de las circunstancias 1ª y 2ª del art. 180.1. Nótese que al haberse castigado por un único delito de agresión sexual y no por dos (uno como autor directo y otro como cooperador necesario) ningún

impedimento existe para la apreciación del subtipo agravado del art. 180.1.2º)». (F. J. 4º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Internamiento en centro psiquiátrico. Eximente completa: absolución del delito.

Recurso: Casación nº 11087/2012 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 398/2013 de fecha 26/04/2013

«En efecto, nuestro sistema penal está adscrito al criterio dualista o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, por lo que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de imputabilidad. En suma, el legislador penal dice que las medidas de seguridad «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código penal).

La sentencia recurrida condena al acusado como autor de los hechos que enjuicia, a pesar de apreciarse en él un completo estado de inimputabilidad.

El Código Penal especifica que las medidas de seguridad se impondrán en la Sentencia que se dicte en causa criminal, aunque nada impedirá que se decreten en ejecución de la misma, toda vez que el art. 95 del Código penal recomienda que se individualice «previos los informes que estime convenientes» el juez o tribunal sentenciador.

En el caso de la medida de internamiento consecuencia de la eximente completa de anomalía o enajenación mental, el Código Penal, en su art. 101.1 dispone que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

Acerca de la duración de tal pena privativa de libertad, el Tribunal Supremo, en Acuerdo Plenario de 31 de marzo de 2009, ha señalado que: *"La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate"*.

La STS 2322/1997, de 12 de noviembre, señala al efecto que la obligación de fijar el límite máximo de internamiento, debe realizarse en la Sentencia en donde **se absuelva al procesado** y se decrete la correspondiente medida de seguridad, fijándose el límite máximo de internamiento en Sentencia, sin perjuicio de que durante la ejecución de la sentencia el Juez o Tribunal sentenciador mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria

decrete el cese de la medida, la sustitución por otra medida que estime más adecuada o deje en suspenso la ejecución de la medida.

En consecuencia, al estimarse la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal, se ha de absolver al acusado y ha de decretarse después la correspondiente medida de seguridad, como hizo la sentencia recurrida, pero sin una absolución previa, que es consecuencia de nuestro sistema penal dualista, de manera que las penas se imponen a los imputables y las medidas de seguridad a los inimputables, en función de su peligrosidad criminal. Y ello porque las eximentes completas exoneran de responsabilidad penal al sujeto concernido». (F. J. 2º)

MENORES.

Enjuiciamiento separado. Consecuencias procesales.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

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

2. La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces «a quibus» destacan que ese doble enjuiciamiento no sólo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16/12/2008, según el cual “la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad”. Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo

que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse «de lege ferenda», pero en ningún caso «de lege data», siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex art. 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13/08/2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

(...)

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

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

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su

propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP». (F. J. 4º)

Naturaleza de las medidas establecidas en el art. 10.2 LORPM. Unificación de doctrina.

Recurso: Casación nº 20141/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 699/2012 de fecha 24/09/2012

«Abordamos la cuestión planteada en unificación que no es otra que la de determinar si el art. 10.2 de la LORPM dispone un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el art. 7.2 de la misma ley.

Desde una interpretación gramatical de la norma, parece obvio que el precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia. Se trata de un delito muy grave, el delito de agresión sexual, así considerado en el art. 10.2 de la LORPM en la relación de delitos que expresa y al que corresponde unas concretas prevenciones sobre las medidas que corresponde imponer. El tenor literal del precepto dice que en los supuestos que se relacionan, entre ellos el delito del art. 179, 180 Cp, "el Juez deberá imponer las medidas siguientes: ...". Se trata de una "regla especial de aplicación y duración de las medidas" que por su especialidad se sustrae a la regla general prevista en los arts. 7 y 9 de la L. Orgánica de responsabilidad penal de menores (L.O. 5/2000 en la redacción dada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos periodos, uno de internamiento propiamente dicho y otro de libertad vigilada "en la modalidad elegida por el juez", en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del art.10.2 al que "deberán imponerse las medidas siguientes", uno de internamiento, con la variación permanente que se establece en función de la edad del infractor, y otra que complementará "en su caso" de libertad vigilada. Esa complementación está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese es el sentido que debe darse a la expresión "en su caso", señalando la ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además está sujeta a un

régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones.

Desde una interpretación lógica no es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento. Por último, la especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la ley establece y que hemos expuesto». (F. J. 3º)

PENALIDAD.

Doble cómputo. No aplicable respecto a penado en Francia y preventivo en España.

Recurso: Casación nº 11069/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 268/2013 de fecha 13/03/2013

«2. Entrando en la cuestión de fondo, debemos partir de lo resuelto en la STC núm. 72/2000, de 13 de marzo, citada por el recurrente, que aduce ajustarse al caso ahora enjuiciado, lo que no sucede:

Al margen de las peculiaridades que la STC núm. 72/2000 citada reconoce en la prisión preventiva que únicamente se acuerda -como en nuestro caso- con el fin de hacer operativa la futura extradición del individuo sobre el que recae, de los pasajes de la misma se obtienen dos importantes diferencias con el presente supuesto. La primera estriba en el objeto mismo de la cuestión de fondo, pues la razón por la que el Tribunal Constitucional estimó entonces lesionado el derecho a la libertad personal del demandante, otorgando el amparo, no devino de la concurrente situación de preventivo-penado y de sus efectos sobre el régimen penitenciario, sino del erróneo entendimiento por el órgano judicial de que, ante la situación de cumplimiento de condena a pena privativa de libertad, se hacía innecesario prorrogar, en los plazos y formas previstos en la LECrim, la medida cautelar de prisión provisional simultáneamente acordada en otra causa.

Reconoce el recurrente que, en aquel caso, la entrega a Francia se retrasó hasta quedar íntegramente cumplida la condena dictada en España. Igualmente, que lo que motivó el otorgamiento del amparo fue esa decisión judicial por la que se habían estimado paralizados entretanto los plazos máximos de la medida cautelar, concurrente al cumplimiento de la pena, no resultando por ello necesaria su prórroga. El supuesto no guarda, pues, la pretendida semejanza con el aquí

examinado, en el que no se plantea ninguna cuestión relativa a la prórroga de la medida cautelar, sino a la forma en que han de computarse los períodos que simultanearon situaciones de privación de libertad bajo diferentes institutos jurídicos. En concreto, como penado en causa francesa y como preventivo -únicamente a efectos extradicionales- por causa española. Es aquí donde entra en juego un nuevo matiz, cual es que esa concurrente situación respecto del recurrente no derivó, como no podía ser de otra manera y asimismo reconoce en su escrito, de la decisión única de los órganos judiciales españoles, sino precisamente de la decisión de condena adoptada por un Tribunal extranjero que, en fase de ejecución de la pena de prisión allí impuesta en firme, viene a solaparse con la petición extradicional española.

De ello deriva la segunda diferencia relevante, residenciada en la distinta posición como Estado reclamante / Estado reclamado que, a efectos extradicionales, ha ocupado España en el caso analizado por la STC núm. 72/2000 y el que, en cambio, se somete ahora a nuestro examen. En aquella ocasión, el individuo cuya extradición reclamaba un tercer Estado se encontraba en territorio español, cumpliendo condena por causa española. Por lo tanto, España actuaba como Estado requerido de extradición. La situación se invierte respecto del aquí recurrente, quien cumplía condena en Francia por causa francesa relacionada con asociación de malhechores cuando España cursó la petición de extradición y se adoptó la consiguiente prisión preventiva, de modo que es en aquel país donde se produjo esa doble situación penitenciaria de preventivo y penado.

El art. 20 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, relativa a la Orden europea de detención y entrega dispone, en su apartado 5, que *“en todo caso, en el momento de la entrega la autoridad judicial de ejecución española pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga”*. Tal período se reconoce por la Audiencia Nacional en el auto combatido cuando *sensu contrario*, en virtud del principio de reciprocidad y al tenor de los datos que le participan las autoridades francesas, admite el abono al recurrente del tiempo de detención en territorio francés. Ajeno a ello deben entenderse los demás períodos de internamiento en centro penitenciario a los que alude el recurrente. Y ello porque, tal y como señala el auto combatido, de forma similar a lo que también apuntara la STS núm. 1076/2012, de 8 de enero, no es aceptable la pretensión por la que el recurrente pretende extender al Estado francés la doctrina emanada de la STC núm. 57/2008, cuyos preliminares encontramos en las anteriores SSTC núm. 19/1999 y 71/2000, sobre abono de preventivas simultáneas a períodos de cumplimiento de penas asimismo privativas de libertad, pues tal doctrina únicamente puede operar entre causas españolas. Sin perjuicio de que pueda formular tal petición, en su caso, ante las autoridades competentes, es evidente que a tal efecto no lo son las españolas, pues la eventual afección de sus beneficios penitenciarios como consecuencia de la doble situación de preventivo y penado no se habría producido aquí, sino en el país vecino. Incurriríamos en otro caso en una injerencia en la regulación del tratamiento penitenciario de otro Estado, no amparada por la norma.

3. La sentencia dictada por la Audiencia Nacional en la presente causa es, además, de fecha posterior a la entrada en vigor del art. 58 CP en su nueva

redacción, derivada de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio. Indagando sobre la naturaleza jurídica del art. 2 CP, que define las reglas de retroactividad e irretroactividad de las normas penales, la STS núm. 413/2012, de 17 de mayo, aborda también la cuestión de si el abono de la prisión preventiva en la causa por la que se condena posteriormente a quien ha sufrido tal medida cautelar es una ley penal propiamente dicha o si, por el contrario, se trata de una norma que regula una circunstancia atinente a la ejecución de la pena, que por lo tanto únicamente adquiere virtualidad aplicativa cuando se produce el hecho que justifica su existencia, es decir, la condena firme del acusado, lo que abre paso a la ejecución de la pena impuesta al mismo; de manera que antes, pues, de tal momento, no existe derecho alguno por parte del imputado, ni ha adquirido una expectativa que pueda ser protegida como si se tratara de una ley penal más favorable, sino que el abono de la prisión preventiva, será efectuado en los términos en que se encuentre disciplinado legalmente en el momento de efectuar tal operación (ejecutiva). Y se decanta por esta segunda posición.

Distinguíamos entonces entre la configuración de las leyes penales, que son las que tipifican las infracciones criminales o, lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles. A tal núcleo se refiere el contenido del art. 2 CP tanto en la vertiente del principio de legalidad («lex certa, anterior y scripta»), como en su funcionamiento temporal, al establecer la retroactividad favorable al reo. Pero no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, como por ejemplo la sustitución / suspensión de penas o el pago fraccionado de multas, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. Lo mismo sucede en el abono de la prisión preventiva, pues no es más que una norma ejecutiva que regula el cumplimiento de la prisión.

Esta interpretación resulta igualmente del estudio de las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la L.O. núm. 5/2010. Según la primera de ellas, *«los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor»*. Como puede advertirse la norma se refiere a «hechos», lo que caracteriza el hecho punible en sí mismo considerado, y no a las circunstancias atinentes a la forma de ejecución del delito, lo que resulta igualmente del apartado 2 de tal disposición, en donde se aclara que para la determinación de cuál sea la ley más favorable, se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley, previéndose incluso una audiencia al reo. Esto mismo se deduce de los parámetros que se establecen en la D.T. 2ª de la referida L.O., en donde únicamente se tiene en consideración la duración de la pena, pues tal aspecto es el que determina la aplicación más favorable, o no, de la nueva norma penal. Nada de ello tiene, pues, relación con los avatares de la ejecución de tal pena, por lo que respecta al contenido del art. 58 CP, lo que refuerza la interpretación que llevamos a efecto en esta resolución judicial. A mayor abundamiento, cabe destacar que el citado abono doble resulta de una interpretación muy concreta del Tribunal Constitucional, fruto de la STC núm.

57/2008, única dictada hasta el momento, por lo que sus efectos solamente han de desplegarse ante situaciones anteriores a la promulgación del nuevo art. 58 CP, quedando sin efecto tal interpretación, por voluntad del Legislador, a partir de la vigencia de la nueva norma.

Es precisamente en tal momento, esto es, estando ya en vigor el nuevo texto, cuando la Audiencia Nacional dictó aquí su sentencia condenatoria (fecha el 23/05/2011), por lo que las circunstancias de la ejecución y, en particular, la forma de cómputo de los períodos de preventiva se han de ajustar al nuevo marco legal para dar cumplimiento a la pena. A partir de este momento, no existe la laguna legal de la que se hizo eco el Tribunal Constitucional, despejándose cualquier atisbo de duda ante la expresa previsión de que «*en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*».

En consecuencia, desde ninguna de las perspectivas posibles podría computarse al recurrente en más de una causa un mismo período de privación de libertad, periodo durante el cual admite el recurrente que se encontraba cumpliendo condena en Francia. Tal tiempo de prisión ya fue computado, precisamente a efectos de cumplimiento de la pena impuesta en el país vecino. No puede valorarse de nuevo lo ya descontado, al tenor del nuevo art. 58 CP.

4. Finalmente, el auto recurrido reconoce en su FJ. 2º, inciso 2º, que debe ser abonada la detención del recurrente comprendida entre el 07/10/2011 y 20/10/2011, único punto en el que apoya el Fiscal el recurso del penado al no constar por el momento descontados tales días de la propuesta penitenciaria de liquidación. En la medida en que el auto deja pendiente de nueva liquidación la fecha de licenciamiento, corresponderá al órgano *a quo* supervisar que ese período de detención resulte verdaderamente computado, ex art. 17 CE, arts. 34 y 58 CP, y art. 20.5 LOED». (F. J. 2º)

Individualización de la pena. Delitos imprudentes.

Recurso: Casación nº 2301/2011

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 733/2012 de fecha 04/10/2012

«1. Plantea el recurrente si en los delitos imprudentes es correcto imponer la pena inferior en uno o dos grados a la prevista por la ley cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y no concorra agravante alguna. El acusado fue condenado como autor de un delito de conducción temeraria del artículo 380.1 y de un delito de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1, en relación en ambos casos con el artículo 382, todos del Código Penal. Este último precepto dispone que en los casos, entre otros, del artículo 380, cuando además del riesgo prevenido se ocasionare un resultado lesivo constitutivo de delito, los tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior. Dado que la pena más grave era la correspondiente al homicidio imprudente (de uno a cuatro años) el Magistrado-Presidente impuso la pena de dos años, seis meses y un día de prisión, aunque había apreciado la concurrencia de tres circunstancias atenuantes, acogiéndose al artículo 66.2 para no aplicar las

previsiones de la regla 2ª del artículo 66.1 que le obligaría a imponer la pena inferior en uno o dos grados. El Tribunal Superior de Justicia, al resolver el recurso de apelación estimó uno de los motivos y entendió que no se justificaba que concurriendo tres atenuantes la respuesta punitiva pudiera ser igual que cuando no concurriera ninguna. De esta forma acabó imponiendo la pena inferior en un grado, aplicando el artículo 66.1.2ª, e individualizándola en la extensión de un año y diez meses de prisión.

2. El Código Penal, aunque reconoce determinados márgenes para que los jueces y tribunales procedan en cada caso a la individualización de la pena, contiene normas que resultan de obligado cumplimiento cuando se realiza ese proceso. Una de ellas, de carácter muy general, aparece en el artículo 66.2, en el que se dispone que en los delitos imprudentes, aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas previstas en el apartado primero de ese precepto. No quiere ello decir que tales aspectos fácticos no deban ser tenidos en cuenta, pues es claro que el ejercicio del prudente arbitrio supone su valoración. Tampoco puede extenderse a otras previsiones, como las contenidas en el artículo 68 que regula los efectos de las llamadas semieximentes. Por lo tanto, en los delitos imprudentes, la ley impone que el marco penológico sea el mismo, concurren o no circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin perjuicio de graduar la pena dentro de aquel en atención a las características propias de cada hecho enjuiciado.

En el caso, sin embargo, no se trata simplemente de un delito imprudente, sino de un complejo delictivo compuesto por un delito doloso y otro imprudente, lo cual determina un marco penológico diferente del que correspondería al segundo delito aisladamente considerado, en tanto que el artículo 382 determina la pena en su mitad superior. Por lo tanto, la imponible no es, en realidad, la pena del delito imprudente, sino la que resulta de su concurrencia con otro delito doloso, por lo que la regla general del artículo 66.2 no resulta de aplicación». (F. J. 4º)

Multa: cuantificación; principio acusatorio; doctrina.

Recurso: Casación nº 1406/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 380/2013 de fecha 26/04/2013

«En la **sentencia de esta Sala 1263/2009, de 4 de diciembre**, se contiene la evolución jurisprudencial sobre esta cuestión, atendiendo a los distintos plenos no jurisdiccionales celebrados sobre los límites en la imposición de las penas de acuerdo con el principio acusatorio y el derecho de defensa, y también con el principio de legalidad cuando por error se acaba omitiendo la imposición de penas imperativas o se fijan en cuantías inferiores al mínimo legal.

Según recuerda la referida sentencia 1263/2009, en la STS 504/2007, de 28 de mayo, se exponía que la imposición por el órgano decisorio de una pena superior a la solicitada por las acusaciones encontraba su apoyo en la jurisprudencia de la Sala Segunda que, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado

en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la facultad discrecional de la Sala sentenciadora (SSTS 661/1995, de 22 de mayo; 951/1995, de 2 de octubre; y 625/1999, de 21 de abril). En palabras de la STS 31 enero 2000 (651/1999), "los Tribunales no tienen obligación de atenerse cuantitativamente" a la pena pedida por la acusación, debiendo únicamente someterse a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», pues en este orden de cosas hay que entender, en primer lugar, que el principio acusatorio no se conculca en caso de disfunción entre la simple «cuantía» de la pena propuesta y la después aplicada, pues con ese acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que «el delito enjuiciado y los hechos en que se fundamenta no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación»; y, en segundo lugar, y redundando sobre lo mismo, también se ha dicho que los Tribunales no deben quedar encorsetados por el «quantum» de la pena solicitada, «pues ello implicará hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes» (en el mismo sentido, SSTS 1881/1999, de 3 enero 2000; y 1246/2005, de 7 de diciembre).

En la jurisprudencia constitucional tampoco habían faltado pronunciamientos que excluían del contenido del principio acusatorio la fijación del "quantum" de la pena. Tal principio —razona el Tribunal Constitucional— no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino solo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un "factum", que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia procesal, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal (ATC 377/1987 y STC 43/1997, 10 de marzo). La STC 163/2004, de 4 de octubre, denegó el amparo ante la imposición de una pena de multa no contemplada por error al formular la acusación, mientras que la STC 59/2000, 2 de marzo, condicionó la posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal al hecho de que el Tribunal motivara de forma detallada las razones que justifican la imposición de la pena concreta.

También es cierto, recuerda la STS 1263/2009, que no faltaban pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que razonaban en sentido contrario. Así, la STC 347/2006, de 11 de diciembre —con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002, de 9 de diciembre—, ya había incluido la vinculación al "quantum" de la pena entre las exigencias del principio acusatorio: "...hemos afirmado —razona el Tribunal Constitucional— que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: *"El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa"*.

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. La STS 393/2007, 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007, se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina — sigue diciendo la STS 1319/2006—, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 12/1981, 95/1995, 225/1997, 4/2002; 228/2002; 35/2004; y 120/2005). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987 y 4/2002). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992; 95/1995; 36/1996; y 4/2002).

Dicho principio acusatorio —prosigue afirmando la STS 1263/2009— deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 CE), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al "factum" sino a la misma calificación jurídica, y dentro de esta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: "... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones..." Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden estas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualesquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTS 159/2007, de 21 de febrero, 424/2007, de 18 de mayo, y 20/2007, de 22 de enero, han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público.

Recuerda después la misma sentencia 1263/2009 que al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, le ha seguido el de 27 de noviembre de 2007, que dice así: "*el anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena*".

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza —si bien solo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena— la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones, ya fuere por la solicitud en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las penas procedentes.

El nuevo Acuerdo ha sido aplicado, entre otras, en las SSTS 11/2008, de 11 de enero, y 89/2008, de 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, lo que se corrigió en sentencia.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 155/2009, de 25 de junio, ha considerado oportuno, una vez constatadas algunas oscilaciones en su propia jurisprudencia, "... replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso". Y añade después que "...esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo"». (F. J. 3º)

Multa (art. 53 CP): responsabilidad personal subsidiaria (límites). Acuerdo de Pleno de 01/03/2005.

Recurso: Casación nº 11181/2012 P
Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 405/2013 de fecha 08/05/2013

«2) Mientras que por lo que se refiere a la segunda pretensión, que merece el apoyo expreso del Fiscal, es obvia su procedencia, a la vista del tenor del artículo mencionado completado por la doctrina de esta Sala, que culmina en el Acuerdo de 1 de Marzo de 2005 del Pleno de esta misma Sala que afirmaba: “*La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP.*”

Por lo que, excediéndose en esta ocasión con ese cálculo el límite de cinco años previsto en el precepto de referencia, no procede la inclusión de responsabilidad personal subsidiario en caso de incumplimiento de la sanción pecuniaria.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo y corregirse la indebida inaplicación de la referida norma en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará». (F. J. 6º)

Penas accesorias (art. 57). Innecesariedad de la prohibición de residir en determinada población, concurrente con pena de alejamiento.

Recurso: Casación nº 275/2012
Ponente: Sr. Soriano Soriano
Sentencia: nº 1000/2012 de fecha 18/12/2012

«2. La competencia para establecer la medida la ostenta el Tribunal de instancia. El Fiscal no la solicitó en su día y ante tal queja casacional distingue en el sentido de que la imposición de la medida de alejamiento es incuestionable, si bien la prohibición de residir en la misma localidad no viene exigida como obligatoria.

A la vista de tal opinión y no habiéndose practicado prueba contradictoria en el plenario acerca del tamaño de la población y de sus características urbanísticas, con la prohibición de acercarse a menos de 500 metros del ofendido resulta inútil y excesiva la prohibición de residir en la misma.

Así pues, en ausencia de datos que pudieran suponer un peligro de nuevos enfrentamientos, el vivir a una distancia determinada, no los iba a evitar, entendiéndose esta Sala que con la prohibición de acercamiento establecida resulta innecesaria la prohibición de vivir en su propia población de la que son originarios, si fuera posible simultáneamente respetar la medida de aproximación.

El motivo se estima parcialmente, manteniendo la prohibición de aproximación, pero no la de ir a la población y residir en ella, si se respeta la primera medida». (F. J. 2º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Distinción entre tenencia y distribución.

Recurso: Casación nº 1605/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 271/2013 de fecha 26/03/2013

«2.- De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 2319/2010, de 13 de mayo de 2011, al concepto de pornografía infantil y su diferenciación de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Como señala la STS 105/2009, de 30 de enero, el art. 189.2 del Código penal requiere los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica nos debe conducir a interpretar el tipo penal incluido en el art. 189.1 b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya "exhibido" (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de "redifusión" de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido "recopilando" en variadas ocasiones por el autor; c) Será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

El programa EMULE permite al usuario descargar archivos procedentes de la red en su ordenador, al mismo tiempo que otros usuarios que tienen el mismo programa pueden "subir" a su ordenador los archivos almacenados por el acusado, concurriendo así un sistema de archivos compartidos.

En antecedentes de esta Sala hemos convenido, con apoyo en los estudios sobre la cuestión, por todas STS 873/2009, de 23 de julio, con remisión a otras anteriores (SSTS 921/2007, de 6-11; 292/2008, de 28-5; 696/2008, de 29-10; 739/2008, de 12-11; 797/2008, de 27-11; y 307/2009, de 18-2), que al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta "incoming"; de suerte que cuanto más material comparte, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "peer-to-peer", que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto ("incoming") se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida.

3.- En el caso objeto del enjuiciamiento, la pericial acredita que la carpeta que posibilitaba la intercomunicación entre usuarios estaba vacía al tiempo de la intervención policial y, también, que el acusado procedía al archivo del material que había bajado en archivos ajenos a la mencionada carpeta, en discos CD y DVD ajenos a la posibilidad de distribución que proporciona el mencionado programa de compartir archivos.

En la causa adquiere especial relevancia el que el acusado sea un profesional de la informática y que actúe de la forma antedicha, procediendo a la descarga del material que le interesa y al tiempo impidiendo la transmisión de sus archivos mediante su almacenamiento en archivos que no se comparte. En la prueba practicada no resulta una actividad que permita afirmar que el acusado pusiese a disposición de otros usuarios sus propios archivos de contenido pedófilo, antes al contrario, lo que resulta probado es que los ponía a recaudo de esa transmisión facilitada por el programa utilizado en las descargas.

La argumentación del tribunal de instancia, en referencia al origen de la investigación, en nada afecta al acusado. Que una denuncia anónima pusiera en conocimiento la existencia de archivos no guarda relación con una conducta de tráfico del acusado; tampoco la utilización del programa Emule, del que el acusado es conocedor de sus efectos y los admite, si bien despliega una actuación que impide el compartir sus archivos, mediante su vaciamiento; por último el que pudiera ser identificado el contenido de los archivos por el nombre de los mismos no es relevante a la distribución y sí a la posesión por la que será condenado.

En consecuencia procede estimar la impugnación, conformando un nuevo hecho probado en el que afirmando el contenido del declarado en la sentencia de instancia, añadimos que "la carpeta «incoming» complemento del programa Emule para la descarga de archivos y su intercambio estaba vacía, al tiempo del registro" y no consta hubiera sido empleado para intercambiar otros documentos de contenido pedófilo". Los hechos han de ser subsumidos en el tipo penal del art. 189.2 del Código penal, en su redacción dada por la reforma operada por la LO 15/2003

procediendo imponer la pena de multa de 1 año con una cuota diaria de 15 euros. Optamos por esta pena al considerar que en el caso es más efectiva en la fijación de la consecuencia jurídica al hecho, la tenencia de material videográfico con un contenido de pornografía infantil y la actividad profesional del acusado para quien la pena de multa responde mejor, desde la prevención especial, a la función que debe perseguir la imposición de la pena. La profesión del acusado, informático según su propia declaración, y con una actividad laboral que expresa, hace procedente la fijación de una cuota diaria de 15 euros». (F. J. 1º)

Distribución de material pornográfico: elemento subjetivo (art. 189.1.b) CP).

Recurso: Casación nº 837/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 220/2013 de fecha 21/03/2013

«No es fácil sostener la atipicidad de la conducta imputada al acusado en relación con ese vídeo cuando la página web en la que aquél es ofrecido se denomina *rapidshare*. Sería suficiente con invocar la traducción literal de ese vocablo del idioma inglés –*comparte rápido*–, para deducir que la propia funcionalidad de la web se orienta precisamente a hacer más rápidos y efectivos el intercambio y la difusión de archivos. La defensa invoca a su favor la existencia de una clave que limitaría el acceso a ese archivo y que, precisamente por ello, sería expresiva de la falta de voluntad de difusión. Sin embargo, nada se dice en el *factum* ni se precisa en la fundamentación jurídica acerca de tal clave. De ahí que ningún error de subsunción se advierta en el hecho de considerar que la inclusión en la web –*rapidshare*– del archivo en el que se recoge el vídeo de una menor desnuda, integra el tipo agravado al que se refiere el art. 189.1 b) del CP. Por si alguna duda hubiera, el informe de la Brigada de Investigación Tecnológica que obra en la causa –sobre el que se practicó prueba contradictoria en el plenario– explica cómo los agentes que asumieron la investigación tuvieron acceso a ese vídeo de Mxxxx, describiendo esa página como un sitio web en el que se almacena de manera gratuita cualquier archivo que el usuario de internet quiera alojar. Basta con conocer el enlace que dirige al archivo en cuestión. Fue calificado por los agentes como “...una forma de intercambio rápido entre internautas”, a menudo “...utilizado por las personas que trafican con pornografía infantil”. Nada se dice allí de una contraseña que limitara el acceso.

Para colmar el tipo subjetivo es suficiente, como hemos expresado *supra*, la constatación de un dolo de indiferencia, como manifestación del dolo eventual. El acusado es consciente del riesgo que para el bien jurídico protegido encierra transferir a una página web, concebida para el intercambio rápido de archivos, un vídeo en el que se recogen imágenes sexuales explícitas de la menor». (F. J. 6º)

PRESCRIPCIÓN.

Concurso medial de delitos. El delito fin se ha de cometer antes de que prescriba el delito medio.

Recurso: Casación nº 2076/2011
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 813/2012 de fecha 17/10/2012

«Argumenta para sostener su tesis que la Audiencia ha interpretado erróneamente la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la **prescripción de los delitos instrumentales** en los comportamientos delictivos complejos como son los correspondientes a los concursos mediales, ya que en estos casos debe estarse al plazo de prescripción del delito más grave o principal. Y añade que en tales supuestos el “dies a quo” del concurso delictivo ha de fijarse en la fecha en que se haya completado la conducta punible.

La cita que refiere la parte recurrente sobre la doctrina jurisprudencial que aplica esta Sala para la prescripción de los concursos mediales delictivos es correcta, pero no lo es en cambio la aplicación que hace de ella en el supuesto concreto que ahora se juzga.

En efecto, si bien es verdad que el acusado ejecutó la conducta falsaria —directamente o a través de un tercero— con el único fin de defraudar a la entidad querellante en el caso de que esta acudiera a un despido laboral por percatarse del contenido espurio de su currículum profesional, ello no quiere decir que la conexión medial entre ambos delitos —falsedad en documento privado y estafa procesal— se mantenga vigente *sine die* sin atender al tiempo transcurrido entre la comisión del delito medio y la del delito fin. Pues carece de razón jurídica el suspender el transcurso del plazo de la prescripción del delito medio, esto es, el tipo penal falsario, ante la expectativa de que el acusado pueda ejecutar años más tarde el delito fin: la estafa procesal. Esa suspensión del cómputo del plazo prescriptivo del delito falsario no viene prevista en la ley y además se opone a la naturaleza y a los fines sustantivos y procesales del instituto de la prescripción.

En consecuencia, la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de la prescripción de los delitos integrantes de un concurso medial ha de aplicarse partiendo siempre de la premisa de que el delito fin se cometa antes de que prescriba el delito medio. De no ser así, que es precisamente lo que sucede en este caso, el delito medio ha de considerarse prescrito una vez que transcurra el plazo previsto en el art. 131 del C. Penal. De modo que transcurrido el tiempo previsto para la prescripción del delito medio no cabe que este reviva cuando, una vez consolidada la prescripción, se materialice el delito fin. Puede decirse por tanto que el complejo concursal medial no llega a constituirse, de ahí que no quepa aplicar los plazos prescriptivos propios de esa unidad jurídica.

En el supuesto que ahora se juzga transcurrieron más de siete años desde que el acusado ejecutó la conducta falsaria —enero de 1997— hasta que inició la comisión del delito de estafa procesal presentando la demanda por despido ante la Jurisdicción Social, comportamiento perpetrado en el mes de julio de 2004. Visto lo cual, es claro que transcurrieron holgadamente los tres años que para la prescripción del delito de falsedad en documento privado (castigado con una pena inferior a tres años de prisión) prevé el art. 131 del C. Penal que estaba vigente cuando se perpetró la acción falsaria». (F. J. 5º)

“Dies a quo”. Delito de desobediencia a resoluciones judiciales.

Recurso: Casación nº 2326/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 807/2012 de fecha 18/10/2012

«...hemos de referirnos a:

A) La correcta aplicación del referido artículo 410 del Código Penal, toda vez que la conducta de los recurrentes, según viene descrita en la Sentencia recurrida, se subsume en el referido precepto por mucho que, como ya se ha dicho, esas acciones, de evidente incumplimiento de los mandatos judiciales, se efectuaron intentando, en todo momento, obstaculizar los efectos y consecuencias de las decisiones de la jurisdicción contenciosa-administrativa de una forma encubierta y dotándola de apariencia de legalidad, claramente advertida y reprochada por el Tribunal de instancia.

Prueba concluyente de todo lo cual es el extraordinario retraso producido, a lo largo del primer período de casi dos años y medio, bajo la responsabilidad en las tareas municipales de Antonio y Pedro, y otros cuatro años más, siendo ya alcaldesa Lorena, en la tramitación de la solicitud del querellante, formulada en el año 2005 para la modificación de la licencia de explotación inicial, que había obtenido a principios de 2003. Y ello a pesar de haber obtenido tres Resoluciones de los Juzgados de lo contencioso administrativo, a lo largo de esos años, favorables a sus sucesivas pretensiones.

B) La inaplicación del artículo 131 del Código Penal, relativo a la prescripción del delito, pretendida también por los recurrentes.

(...)

Lo cierto es que el “dies a quo”, a partir del cual se ha de iniciar el cómputo del término correspondiente, lejos de situarse en el 26 de Septiembre de 2005, cuando se declara la caducidad de la licencia del querellante como se alega en los Recursos y el Fiscal parece aceptar, ha de serlo para Pedro el 16 de Junio de 2008 y para Lorena en Enero de 2009, fechas en las que, al cesar en sus cargos, dejaron de impedir el cumplimiento de los mandatos judiciales». (F. J. 3º)

Interrupción del plazo por actos nulos

Recurso: Casación nº 1563/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 413/2013 de fecha 10/05/2013

«El esfuerzo argumental de la defensa –que, como todo el recurso, ofrece una más que elogiada técnica casacional- choca con un obstáculo que el propio Letrado reconoce, a saber, la existencia de un acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala que, con fecha 27 de abril de 2011, proclamó que la declaración

de nulidad de un acto procesal no priva a éste de los efectos interruptivos de la prescripción. Dijimos entonces que *“las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento”*. Y ello es lógico, por cuanto que el fundamento de la prescripción tiene mucho que ver con la inactividad de los poderes públicos que, por una u otra razón, ralentizan de forma injustificada la investigación y persecución de los hechos constitutivos de delito. En aquellas ocasiones, sin embargo, en los que la voluntad estatal de persecución del hecho que presenta apariencia delictiva resulta incuestionable, las razones para el efecto extintivo se difuminan. De ahí que cuando la sucesión de actos procesales encaminados al ejercicio del *ius puniendi* resulte afectada por alguna causa de nulidad, su misma preexistencia, en cuanto expresión del propósito del Estado de no abdicar de su deber, es más que suficiente para provocar el efecto interruptivo». (F. J. 4º)

Resolución judicial interruptiva. Cómputo de los plazos.

Recurso: Casación nº 189/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 885/2012 de fecha 12/11/2012

«... como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, la cuestión estriba en determinar si el Auto de fecha 1 de febrero de 1994, constituye una resolución judicial que implique poner en marcha el procedimiento contra el presunto responsable de los hechos.

(...)

En el caso sometido a nuestra revisión casacional, el Auto de fecha 1 de febrero de 1994, en momento alguno excluye la comisión delictiva, sino que concluye precisamente lo contrario, deteniéndose el procedimiento ante la desaparición del denunciado, y consiguiente archivo de las actuaciones. El art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente autoriza la desestimación de la querrela *«cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma»*, lo que no es el caso ciertamente.

Es, pues, una resolución judicial por la que se atribuye a una persona determinada y nominada, su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. Sobre este aspecto, no hay duda alguna. Ahora bien, el art. 132.2.1ª del Código Penal, exige que tal resolución judicial lo sea *motivada*. La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de denuncia o querrela, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta. Ahora bien, si tal resolución judicial entendiera que los hechos puestos en conocimiento del juez no son, indiciariamente, constitutivos de

delito, no podría –claro es–, tal resolución, interrumpir la prescripción, porque ordenaría el archivo de las actuaciones por dicha razón, suspendiéndose su virtud interruptora hasta que, mediante el oportuno recurso, se resolviese lo procedente, conforme ya hemos analizado con anterioridad.

En el caso, existe una resolución judicial –Auto de 1 de febrero de 1994–, se encuentra motivada, al menos en su parte esencial, en ningún momento descarta la existencia de delito, sino todo lo contrario, no fue recurrida, y archiva provisionalmente la causa como consecuencia de lo ilocalizable de la situación del denunciado. Concurren, pues, todos los elementos para tener por interrumpida la prescripción, razón por la cual el motivo será estimado, ordenando que se dicte Sentencia sobre el fondo, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional». (F. J. 3º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Declaración de coimputado que se niega a declarar en plenario; contradicción; corroboraciones.

Recurso: Casación nº 175/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 880/2012 de fecha 13/11/2012

«...no es ocioso recordar la doctrina constitucional, que se inició en una segunda etapa con la STC 153/1997, de 29 de septiembre, manteniéndose hasta la actualidad, acerca de los requisitos que ha de observar la declaración del coacusado para alzarse como prueba apta para enervar la presunción de inocencia. La declaración inculpativa del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir corroborada mínimamente por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, puesto que al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el artículo 24.2 CE, a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; 115/1998, de 1 de junio; 68/2001, de 17 de marzo; 57/2002, de 11 de marzo; 207/2002, de 11 de noviembre; 65/2003, de 7 de abril; 55/2005, de 14 de marzo; y 1/2006, de 16 de enero. De otro lado, y comoquiera que no es posible una fijación globalmente válida de lo que ha de considerarse mínima corroboración, se deja a la casuística la determinación de los supuestos en que puede estimarse que aquélla existe, atendiendo, por tanto, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo; 181/2002, de 14 de octubre; 57/2002, de 11 de marzo; 207/2002, de 11 de noviembre; 65/2003, de 7 de abril; 118/2004, de 12 de julio; y 1/2006, de 16 de enero, si bien, en sentido negativo, hemos afirmado que los elementos de veracidad objetiva que puedan rodear la declaración, tales como su coherencia interna o la inexistencia de resentimiento, no constituyen factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre; 118/2004, de 12 de julio; y 55/2005, de 14 de marzo. Debe tenerse en cuenta igualmente que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo; 181/2002, de 14 de octubre; 65/2003, de 7 de abril; 152/2004, de 20 de septiembre; 55/2005, de 14

de marzo, siendo por tanto necesaria la adveración de las declaraciones mediante algún dato externo también en el caso de pluralidad de coacusados. Finalmente la corroboración ha de estar referida necesariamente a la participación del acusado en los hechos punibles que el juzgador haya considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre; 118/2004, de 12 de julio; 55/2005, de 14 de marzo; y 1/2006, de 16 de enero. 5. Pues bien, en el presente caso, según se expone en la Sentencia de instancia, se ratifica por el órgano de apelación y se ha puesto de manifiesto en los antecedentes los elementos probatorios que tuvo en cuenta el juzgador para establecer los hechos probados y la participación en ellos del recurrente, fueron, además de las declaraciones de los coacusados, el testimonio de los policías actuantes que, ratificando lo manifestando en el atestado y en la fase de instrucción, declararon que hallaron la bolsa que contenía el hachís y que fue arrojada por uno de los acusados al percatarse de la presencia policial y, en lo que aquí interesa, que el vehículo que conducía el demandante se alejó del lugar ante la mentada presencia, hecho éste que reconoció asimismo el interesado. Por consiguiente, frente a lo afirmado en la demanda, en este supuesto es palmario, como pone asimismo de manifiesto el Ministerio Fiscal, que la condena del recurrente no se sustenta únicamente en las declaraciones de los coacusados, sino que se tuvieron en cuenta otros elementos de prueba, tales como la ocupación de la droga y, lo que es más determinante al incidir en el objeto de corroboración, esto es, la participación del recurrente en los hechos, la declaración de los policías que advirtieron su presencia en el lugar de los hechos y el propio reconocimiento de tal circunstancia por aquél, de modo que es indudable que concurre aquí la corroboración mínima exigible para considerar enervada la presunción de inocencia del demandante.

Pues bien, la doctrina del Tribunal Constitucional que se acaba de dejar expresada es perfectamente aplicable, por coincidir en sus circunstancias, al caso que nos ocupa ya que el Tribunal de instancia, además de las declaraciones de los dos coimputados en el acto del juicio oral, pudo valorar las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional que depusieron testimonio en el acto del plenario quienes afirmaron que vieron a los dos hermanos acusados el día 28 de diciembre en la casa del ahora recurrente, en concreto uno de los funcionarios, con carné profesional 81.464, manifestó que vio al coacusado Ibrahim salir de la casa de Alen el día 28 de diciembre; por otra parte el Tribunal de instancia señala las contradicciones en las que incurre el ahora recurrente quién manifestó en la fase de instrucción que conocía a Ibrahim porque había estado unos días antes en su casa para encargarle una mesa y una encimera de piedra y el plenario declaró que no lo había visto en su vida; y señala el Tribunal de instancia, como elemento relevante, que el propio recurrente reconozca que vive en un sitio muy apartado, que es difícil acceder a su casa si no se conoce el lugar, que no existen indicadores al respecto y que para encontrar su casa hay que conocerla, y se razona que los acusados hermanos Ahmeti no sólo fueron a la casa el día 28 de diciembre sino que el día 4 de enero fue detenido Ibrahim portando la droga a las puertas de la vivienda del ahora recurrente que, como precisó el agente con número 81.464, estaban abiertas, y que ese día se había establecido un dispositivo de vigilancia en la vivienda del Sr. Alen, y por ello vieron que Ibrahim se introducía en el camino que iba a esa vivienda, momento en el que fue detenido, hallándose en el interior del vehículo veintidós paquetes que contenían un total de 10.908,80 gramos de heroína, con una pureza entre el 53,87% y el 54,71%, valorado ese total en 480.766,59 euros, lo que

consta acreditado por las declaraciones de los funcionarios que hallaron la droga y por los informes periciales que se emitieron.

Es tan relevante la prueba aportada por las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el destinatario de tan importante cantidad de heroína, declaraciones en las que se precisó el encuentro de los dos hermanos Ahmeti con el ahora recurrente, en el domicilio de éste último, el día 28 de diciembre, y especialmente los datos aportados respecto a la intervención de tan importante cantidad de heroína en el vehículo que fue interceptado en las proximidades del domicilio del acusado José Manuel A., habiendo interrogado el abogado defensor del ahora recurrente a esos agentes policiales, que permite afirmar que, respecto a la participación que se atribuye al acusado Sr. Alén en los hechos enjuiciados, resultarían hasta innecesarias las manifestaciones de esos dos coimputados, que en todo caso vendrían a corroborar las declaraciones expresadas de los agentes policiales. No se puede olvidar que en el auto de procesamiento y en la acusación provisional del Ministerio Fiscal en relación al ahora recurrente no se pudo tener en cuenta las declaraciones inculpativas de los coimputados que se produjeron en el acto del juicio oral, acto en el que se ratificaron y ampliaron las declaraciones de los funcionarios policiales.

Así las cosas, no se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y ha existido prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado». (F. J. 1º)

Este derecho no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba.

Recurso: Casación nº 10762/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 163/2013 de fecha 23/01/2013

«Cuando lo que se sostiene es la actuación ilícita, si no delictiva, de unas autoridades es exigible algo más que una sospecha carente de fundamento (STS 1064//2012 de 12 de Noviembre). El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpativas son ilegítimas mientras no quede acreditado de manera plena lo contrario (SSTS 6/2010 de 27 de enero y 406/2010, de 11 de mayo).

Se denuncia la ilicitud de una entrada y registro por haberse efectuado con violación de derechos fundamentales (art. 11 LOPJ). La base fáctica de la supuesta ilicitud de una prueba no se sustrae al régimen de la casación donde ha de partirse de los hechos que la sala de instancia ha dado como probados excepto en aquellos puntos abiertamente contradictorios con prueba documental (art. 849.2º L.E.Crim). En este extremo rige también el principio de obligado respeto en casación de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de instancia cuando se basa en pruebas personales que, además, están avaladas por documentos. No puede darse pábulo alguno a la hipótesis elaborada (que dista mucho de estar “clara” como se

arguye), con tanto trabajo y mérito como esterilidad, a tenor de la cual no existió auto hasta después del registro. Se apoya en elucubraciones que funda en datos y deducciones imaginativas pero contradichas por múltiples elementos. Del folio 76 de la causa no se deduce que la solicitud de entrada y registro llegase después de las 16 horas, sino que fue posterior al momento en que la detenida hace notar a la policía que su hijo menor ha de ser recogido a la salida del colegio a esa hora (cuatro de la tarde) y se contacta con Ada, su compañera de piso, que muestra su disposición para atender al menor (pero no que se haya hecho cargo ya del menor, como en una interesada e incorrecta lectura se argumenta en el recurso en contradicción además con lo que explicó en el juicio oral el agente policial). Confunde también el recurrente, y eso le lleva a errar en sus deducciones cronológicas, el oficio solicitando la autorización para la entrada y registro, con el atestado levantado. Son documentos independientes. En aquél no figura la declaración de José Ríos que, en efecto, se hizo posteriormente (a las 16.30)». (F. J. 1º)

Prueba de cargo practicada en el acto del juicio. Excepciones. Doctrina del Tribunal Constitucional.

Recurso: Casación nº 837/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 220/2013 de fecha 21/03/2013

«En relación con este tema es muy conveniente reiterar la doctrina del Tribunal Constitucional referida a la exclusiva validez a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, y a las únicas excepciones admitidas. Estas excepciones exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que, como veremos, se cumplen estrictamente en el supuesto enjuiciado.

Esta doctrina, que ha sido acogida reiteradamente por esta misma Sala, aparece sintetizada, entre otras en la STC 68/2010, de 18 de octubre, y ha sido ratificada, de modo muy reciente, en la sentencia dictada hace solamente unos días en el recurso de amparo abocado al Pleno núm. 8309/2010, **sentencia de 28 de febrero de 2013**.

“a) No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).

Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado "que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la

Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción" (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 1/2006, FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b). En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de **una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 Lecrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral-** (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c).

Como recuerda la citada STC 345/2006, FJ 3, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos "la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 Lecrim, siempre que 'el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 Lecrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 Lecrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción" (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4)". De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

En este contexto, "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan,

bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51).

Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), 'los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario' (STC 344/2006, FJ 4 d).

b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral **no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial**. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la Lecrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2).

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales' (STC 217/1989). **Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria**" (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (STC 51/1995, FJ 2). Más

concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, "las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 c). Por otra parte, "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 Lecrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 Lecrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 d)". (F. J. 4º)

Prueba indiciaria. Conclusión excesivamente abierta.

Recurso: Casación nº 1089/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 205/2013 de fecha 15/03/2013

«Como hemos dicho en nuestra STS 282/2011, de 5 de abril, respecto al alcance y requisitos de la prueba indiciaria, tiene declarado el Tribunal Constitucional que desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, se ha sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados, y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero; 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 44/2000, de 14 de febrero; 124/2001, de 4 de junio; 17/2002, de 28 de enero). Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En este último caso, este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por

factores derivados de la intermediación. Por ello, se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 120/1999, de 28 de junio; 44/2000, de 14 de febrero; 155/2002, de 22 de julio).

Igualmente tiene declarado esta Sala del Tribunal Supremo (cfr. sentencias 4 de enero, 5 de febrero, 8 y 15 de marzo, 10 y 15 de abril y 11 de septiembre de 1991, 507/1996, de 13 de julio, 628/1996, de 27 de septiembre, 819/1996, de 31 de octubre, 901/1996, de 19 de noviembre, 12/1997, de 17 de enero y 41/1997, de 21 de enero, y de 18 de enero de 1999, entre otras muchas posteriores) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito. (F. J. 3º)

Aplicando las consideraciones anteriores al caso enjuiciado, detectamos que la inferencia no es ciertamente inequívoca y que admite otras conclusiones o alternativas mucho más favorables para los acusados, pues como ponen de manifiesto los recurrentes tales datos no llevan inequívocamente a una conclusión como la extraída por la Audiencia, máxime cuando la incautación de droga para su difusión no es más que de un gramo de sustancia pura, aspecto éste en donde los controles de la prueba indirecta se han de extremar, porque tal exigua cantidad perfectamente puede estar dispuesta para el consumo propio de los recurrentes, y más si éstos son tres. De los indicios tomados en consideración por el Tribunal sentenciador, no puede mantenerse –inequívocamente– que los tres estaban al frente como encargados del bar, pues quedó claro en el plenario, en virtud de la declaración de los funcionarios de la policía judicial, que el único que estaba realizando funciones de camarero era Olger Rxxxx Mxxx Gxxxx; la cantidad, como hemos dicho, es insignificante, y plenamente compatible con el consumo propio, la báscula y bolsitas tanto pueden ser signos de consumo propio o ajeno, y la voz de advertencia puede haber sido expresada para evitar su incautación.

En suma, con tales elementos probatorios no puede llegarse a la conclusión, más allá de toda duda razonable, de que los tres acusados poseyeran tan insignificante sustancia para difundirla entre terceros compradores, y no para su propio consumo, razón por la cual hemos de declarar que se ha vulnerado su derecho constitucional, y que, en consecuencia, procede la absolución de los recurrentes». (F. J. 4º)

Valor de autoinculpación en sede policial.

Recurso: Casación nº 1287/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 256/2013 de fecha 06/03/2013

«Sin embargo, través de esta única evidencia genética no puede extraerse la conclusión querida por el Fiscal, cual es que esa muestra de ADN de Asier viene a refrendar la versión que sostuvo el aquí enjuiciado Aitor Cxxxx en sede policial, en el sentido de que ambos, Asier y Aitor, junto con una tercera persona, formaban parte del comando del que a su vez era responsable Arkaitz Gxxxxx, y que fue este último quien les proporcionó los dos artefactos explosivos. Y ello porque, según recalca la sentencia recurrida, Aitor se desdijo de sus iniciales manifestaciones en sede policial en todas sus declaraciones posteriores, particularmente en las prestadas en instrucción y en la vista oral, es decir, en presencia judicial. De conformidad con el art. 297 LECrim, esas manifestaciones policiales de Aitor sólo pueden ser tenidas por material incorporado al atestado para encauzar la investigación policial, careciendo por ello de eficacia probatoria por sí mismas.

En este sentido se han pronunciado las SSTS núm. 1228/2009, de 6 de noviembre, y núm. 483/2011, de 30 de mayo, por referencia a las SSTC núm. 134/2010, de 2 de diciembre y 68/2010, de 18 de octubre, a cuyo tenor *“la declaración autoinculpatoria en sede policial no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial”*. Especial atención merece la STS núm. 234/2012, de 16 de marzo, recaída en un procedimiento en el que también se enjuiciaba a Aitor Cxxxx Sxxx y Arkaitz Gxxxxx Bxxxx, entre otros individuos, siendo allí condenados por su pertenencia a la organización terrorista ETA. Según recuerda con detalle esta sentencia, no es posible fundamentar un pronunciamiento condenatorio con exclusivo apoyo en una declaración policial en la que su emisor hubiere reconocido su participación en los hechos que se le atribuyen. Lo impide la naturaleza misma de esa declaración, que por el lugar en el que se presta, la ausencia de contradicción, la vigencia del derecho de asistencia letrada frente al genuino derecho de defensa y, en fin, la falta de presencia judicial, carece de idoneidad conceptual para su valoración como medio de prueba. Se ha dicho que sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el art. 741 LECrim. En consecuencia, toda sentencia que construya el juicio de autoría con el exclusivo apoyo de una declaración autoincriminatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de «proceso jurisdiccional», trasmutando lo que son diligencias preprocesales -que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional,- en genuinos actos de prueba.

También la STC núm. 68/2010, de 18 de octubre, despeja cualquier incógnita acerca del problema suscitado, esto es, la utilización como prueba de cargo de la declaración prestada en Comisaría y, por tanto, en ausencia de una contradicción e intermediación judicial efectivas. Se centra el Tribunal Constitucional en dicha sentencia en el análisis de la validez como prueba de cargo de la declaración incriminatoria prestada en sede policial por la allí detenida, testimonio

del que se retractó posteriormente como coimputada ante el Juez de instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio. En aquel supuesto, la sentencia de instancia había considerado aplicable a tales declaraciones la doctrina relativa a las declaraciones sumariales, afirmándose que su lectura en el acto del juicio -ante la negativa a declarar de ambas procesadas- garantizaba la contradicción y que su contenido debía corroborado por el testimonio de referencia de los agentes policiales que comparecieron al acto del juicio. Sin embargo, recuerda el Tribunal Constitucional que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC núm. 182/1989, de 3 de noviembre, F. 2; 195/2002, de 28 de octubre, F. 2; 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2; 1/2006, de 16 de enero, F. 4; 345/2006, de 11 de diciembre, F. 3, y muy recientemente la STC del Pleno de 28/02/2013, especialmente F.F. 3, 4 y 5).

En nuestro caso, reconoce el Fiscal -y de ello da también cuenta la sentencia recurrida- que Aitor no mantuvo su versión policial en ninguna de sus declaraciones posteriores. De ello se sigue que lo manifestado primeramente, si bien pudo servir para abrir una línea de investigación, no por ello adquirió valor como prueba. Ni siquiera pueden jugar respecto de aquella declaración las prevenciones de las declaraciones incriminatorias entre coimputados, pues en ningún momento sostuvo ante el Juez, ni en fase instructora ni en la de enjuiciamiento, lo dicho entonces. Por la misma razón, tampoco le son aplicables las reglas apuntadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre incorporación al proceso de declaraciones que hayan tenido lugar en fase de instrucción, actuación que entonces no lesiona los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH cuando existe una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos y garantías procesales, pues tampoco era el caso.

En suma, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Sobre este aspecto ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC núm. 31/1981, señalando que *«dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim»* (F. 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en «objeto» de prueba y no en «medio» de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre, F. 2; 303/1993, de 25 de octubre, F. 4; 79/1994, de 14 de marzo, F. 3; 22/2000, de 14 de febrero, F. 5; 188/2002, de 14 de octubre, F. 2). Ello no conduce a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que obran en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías u otros detalles que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental, garantizando de forma

efectiva su contradicción [SSTC núm. 107/1983, de 29 de noviembre, F. 3; 303/1993, de 25 de octubre, F. 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, F. 2 b); 33/2000, F. 5; 188/2002, F. 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así lo ratifica la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, mencionada más arriba, de 28/02/2013, razonando lo siguiente: <<3. *Procederemos ahora a recoger los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por la STC 68/2010, de 18 de octubre.- A) Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1889, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).- B) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que "hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral" (STC 68/2010, FJ 5a, y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados).- C) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual "dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim.", por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5b, "el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios"....- D) El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respecto " a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria - publicidad, inmediación y contradicción-" (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y*

187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.- 4. Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las heteroinculpatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, 206/2003, de 1 de diciembre, o 68/2010, de 18 de octubre.- En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola.- 5. Según la consolidada doctrina de este Tribunal, la Constitución veda ex art. 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena en su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido. El derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad.- Junto a la lesión de ese derecho, cuya declaración se impone cuando haya tenido una incidencia material en la condena se producirá también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado>>.

Admitido que la autoinculpación o heteroinculpación en declaración policial no es por sí misma una confesión probatoria, es decir, un instrumento o medio de prueba procesal, ni una diligencia sumarial susceptible de adquirir esa condición, sino un hecho preprocesal que además sólo es valorable como tal si se desenvuelve dentro del marco jurídico que condiciona su validez jurídica, debe también admitirse que como hecho puede tener, cuando es válido, relevancia en la actividad probatoria procesal posterior en la medida que puede incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios, etc... En tal caso la conjunción de los datos declarados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoincriminatoria policial, y no ratificada judicialmente. En ese supuesto la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatoria policial descansa, pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de

haber revelado y expresado datos objetivos luego acreditados por pruebas verdaderas». (F. J. 2º)

PREVARICACIÓN.

Comisión por omisión.

Recurso: Casación nº 1954/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 731/2012 de fecha 25/09/2012

«En el ámbito del discurso de dogmática penal la sentencia aborda la cuestión de la modalidad de comisión por omisión referida al delito prevaricación. Y busca amparo para su entendimiento en el acuerdo de esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997.

4.- Una lectura atenta de dicho acuerdo permite comprender que la **equiparación**, en lo que a tipicidad de la prevaricación se refiere, entre la comisión activa y omisiva, se circunscribe a los supuestos en que la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente, como resolución presunta, a una resolución expresa.

Ahora bien el alcance de tal posibilidad, recogida en sentencias ulteriores, se comprende a la luz de lo que se expone en la Sentencia dictada a continuación de dicho acuerdo, que fue la 784/1997 de 2 de julio. En ella se da cuenta de que al jurisprudencia venía manteniendo dos posiciones contrapuestas, contraria la una y favorable la otra a la tipificabilidad como prevaricación de comportamientos omisivos. Y al resolución del plenario de la Sala se *decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los **actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.***

Desde luego no resulta dudosa la posibilidad de sancionar prevaricaciones por mera omisión cuando la norma penal la tipifica específicamente, como en el caso del artículo 320 o del 329 del Código Penal. Como ocurre en los casos de omisión en el cumplimiento del deber de perseguir determinados delitos.

Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende, la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de **equivalencia** exigido en el artículo 11 del Código Penal. Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis la modalidades de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal.

En la Sentencia 1382/2002 de 17 de julio, se reiteró la doctrina nueva cuando dijimos: *En relación a la posibilidad de prevaricación por **omisión**, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del*

*Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 Jun. 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos (debe decir **presuntos**), en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto **se efectúa la conducta descrita en el tipo penal** «... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...» de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce **por la negativa a responder**. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por **omisión** de este delito -- SSTS 1880/94 de 29 Oct., 784/97 de 2 Jul., 426/2000 de 18 Mar. y 647/2002 de 16 Abr., entre otras--.*

En la Sentencia 1093/2006 de esta Sala Segunda, citada en la recurrida, no es otra la doctrina sentada cuando se recordaba que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que **no convocó el pleno que le ha sido solicitado** para decidir una moción de censura. Se tomó el Acuerdo de que tal conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por **omisión**. Desde luego el acto de no convocar era equivalente a la expresa resolución denegatoria de la convocatoria solicitada.

Pero a tales supuestos no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar. Así no cabe equiparar la mera ausencia de procedimiento, o su no iniciación con la adopción de una resolución de manera presunta o por silencio.

Ciertamente la *omisión del preceptivo procedimiento* que debe preceder a la adopción de una *resolución expresa* puede considerarse constitutivo de prevaricación, pero ésta se comete cuando se adopta la resolución sin tal procedimiento, es decir adopta una forma de comisión activa. Tal es el caso de la Sentencia de este Tribunal nº 861/2008 de 15 de diciembre. O el de la, entre otras, nº 755/2007 de 25 de septiembre. Pero en tales casos la prevaricación se consuma por el dictado de una resolución expresa.

Pero es claro que el Tribunal de instancia, en el caso que ahora juzgamos, con acierto que no podemos entrar a examinar, excluye que esa parte activa del comportamiento del recurrente quede sancionada dentro del tipo de delito electoral imputado.

Por ello, la omisión de procedimientos de previa constatación de requisitos para la adopción de los acuerdos reflejados en la firma de los contratos de trabajo, pudieran considerarse determinantes de la arbitraria ilicitud de tales acuerdos de contratación. Pero carece por sí solo de entidad autónoma de esa ulterior antijuridicidad. Sin que, dada la decisión del Tribunal de instancia de no penar separadamente aquellos actos de contratación, podamos tener por cometido delito de prevaricación como sanción de esa ausencia de requisitos que dieran licitud a la firma de los contratos.

Menos aún cabría tomar en consideración una genérica y abstracta omisión en el cumplimiento del deber de inspeccionar el funcionamiento de la contratación por el Ayuntamiento. Ese mero incumplimiento de deber puramente omisivo, diferenciado de cualquier resolución expresa o presunta, no resulta tipificado. Ni un sistema democrático podría autorizar la consideración como delito de toda omisión pura en ausencia de concretas tipificaciones como las más arriba citadas». (F. J. 12º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Cooperación necesaria del “extraneus”. Falta de culpabilidad de los autores de la resolución.

Recurso: Casación nº 1036/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 303/2013 de fecha 26/03/2013

«...la conducta llevada a cabo por los recurrentes consistió en manipular el proceder de la Junta de Gobierno ya que los acusados conocían que tanto la Mesa de Contratación (órgano proponente) como la Junta de Gobierno (órgano decisor) actuaban mediante automatismos, aceptando de forma mecánica las proposiciones de los informes técnicos, informes con los que manipularon la voluntad de la Mesa y la resolución de la Junta de Gobierno, con pleno conocimiento de que el órgano decisor dictaría una resolución arbitraria, objetivamente arbitraria aunque no existiera culpabilidad en los miembros de la Junta de Gobierno.

El Tribunal de instancia reconoce que ambos acusados carecen de la capacidad de resolución del expediente administrativos, participando como *extraneus* en forma de cooperación necesaria, en la toma de decisión arbitraria de otros funcionarios, que sí tienen esa capacidad de resolución, por lo que no coincide con el supuesto a que se refieren las Sentencias de esta Sala que se exponen por los recurrentes en apoyo de su motivo.

Ciertamente, como se señala en la Sentencia 627/2006, de 8 de junio, el delito de prevaricación es un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. Añade esta Sentencia que el reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización del hecho delictivo, en este caso con un aporte estimado esencial y, por consiguiente, necesario.

Plantean los recurrentes, como objeción a la condena que serían cooperadores necesarios de un autor que no existe, lo que igualmente alegan en el motivo siguiente.

Tal objeción debe ser rechazada de acuerdo con sentencias de esta Sala.

Así, en la Sentencia 1394/2009, de 25 de enero de 2010, se expresa que *entiende la defensa que ha sido condenado en concepto de cooperador necesario del art. 28.2.b) del CP, es decir, como partícipe, en un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin que se haya condenado a persona alguna como autor del mencionado delito, vulnerándose con ello el principio de accesoriadad limitada, en virtud del cual la participación, tanto en calidad de cómplice, inducción o cooperación necesaria, es accesoria respecto del hecho del autor. En suma, no habiendo autor del delito, no puede haber, de ninguna de las maneras, partícipe en el mismo. La única persona que aparece en la sentencia acusada por el Ministerio Fiscal como autor –del art. 28.1 del CP- del delito de malversación de caudales públicos, es E. G. M., quien ha resultado absuelto. El acusado de cooperación necesaria, en fin, tiene derecho a examinar y contradecir, en su caso, la tipicidad y la antijuridicidad que necesariamente deberían concurrir en los hechos del inexistente autor y, sin los cuales, no se puede condenar al partícipe. No tiene razón el recurrente. La importancia que el principio de accesoriadad tiene en la dogmática mayoritaria y en la jurisprudencia de esta Sala, no necesita ser argumentada. De hecho, aquel principio ha llegado a ser considerado como una necesidad conceptual. Ello no debe ser obstáculo, sin embargo, para reconocer que no faltan propuestas dogmáticas minoritarias que explican la coparticipación sin necesidad de recurrir al principio de accesoriadad, argumentando que el partícipe realiza su propio injusto. Pese a todo, es cierto que esta Sala –en sintonía con la doctrina dominante-, ha convertido el principio de accesoriadad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente. El principio de accesoriadad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriadad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriadad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes. No ha habido infracción del art. 28.2.b) ni se han vulnerado los derechos de defensa y a un proceso justo. Como razona el Ministerio Fiscal, en el descriptivo relato de los hechos probados se expresan con claridad el conjunto de operaciones a través de las cuales se llevó a cabo por terceros la desviación de fondos municipales, así como la contribución aportada por el recurrente, quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por el fallecimiento de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables.*

Y más ajustada al caso que ahora examinamos, es la Sentencia 222/2010, de 4 de marzo, que examina un supuesto parecido en el que los que dictaron la resolución arbitraria no eran culpables, sentencia en la que se declara que el elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de

obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto - configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor -conciencia de antijuricidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad. Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos -ajeneidad de la cosa mueble que se toma-, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho -la toma de esa cosa- no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta- constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el artículo 404 del Código Penal, "a sabiendas de su injusticia" no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición. Pues bien, siendo así, la absolución del Conseller no implica necesariamente que la sentencia proclame que los hechos cometidos por aquél -resoluciones concediendo subvención y adjudicando contrataciones- no eran injustos. Y así es claro que la objeción puesta a la participación -como supuestamente inviable respecto de un hecho justo- carece de fundamento. Lo anterior ya haría innecesario entrar a considerar si la accesoriedad de la participación, como exigencia de que el hecho en el que se participa sea típico y antijurídico, se satisface si la intervención concurre a un hecho de antijuricidad meramente objetiva. Es decir, si cabe responsabilizar al partícipe con independencia del componente subjetivo del tipo ejecutado por el autor. Y sí por ello, cabría participar en un hecho antijurídico cuyo autor principal está incurso en un error de tipo vencible o que, para él, es invencible. Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir por el autor. Se ha podido decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe. Si bien con la advertencia de que, justificada así la responsabilidad, la medida de la misma se determina en función solamente del propio comportamiento. El problema se suscita en relación al establecimiento de los elementos de ese injusto que pueden considerarse excluibles sin que por ello deje de justificarse la responsabilidad del partícipe, porque lo realizado por el autor sigue siendo injusto. Se ha dicho por sectores de doctrina autorizados que para dictar un juicio de antijuricidad, cuando concurren las circunstancias que colman el tipo de una norma prohibitiva, sin que, simultáneamente, concorra ninguna circunstancia objetivamente justificadora, las representaciones del autor acerca de su hecho y la situación no siempre son requeridas en la misma medida. Puede ser suficiente que el autor debiera o pudiera conocer la realización del tipo. La imputación al autor sería a título de imprudencia. El artículo 28 del Código Penal, lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los "considerados" autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya sean los cómplices, participen en la ejecución de un hecho. El que realiza el autor principal. Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriedad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho

del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada, sólo por una accesoriedad mínima. Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas. Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular extraneus del delito del funcionario intraneus. En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad). Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado dolus malus que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico. En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el dolus malus como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar "a sabiendas" de la injusticia de su resolución.

La sentencia dictada por el Tribunal de instancia es acorde con la doctrina de esta Sala que acaba de dejarse expresada por lo que no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en un delito especial cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades y funcionarios que decidieron no lo hicieran a sabiendas de su injusticia. (F. J. 4º)

(...) Se ha tomado por autoridades y funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, una decisión arbitraria, objetivamente considerada, y no es obstáculo, para afirmar la cooperación necesaria del *extraneus* en un delito especial, la falta de culpabilidad de quienes decidieron arbitrariamente, de tal forma que sería de aplicar, como se ha hecho por el Tribunal de instancia, el artículo 65.3 del Código Penal que, por lo tanto, no ha sido infringido». (F. J. 5º)

No concurren requisitos.

Recurso: Casación nº 1123/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 411/2013 de fecha 06/05/2013

«En relación al delito de prevaricación administrativa, en la conducta del acusado Rafael Rxxx Cxxx, que se describe en los hechos que se declaran probados, no concurren los presupuestos que son necesarios para que pueda subsumirse en esa figura delictiva.

Como antes dijimos, el Tribunal de instancia sitúa la resolución arbitraria en el acuerdo de conciliación que fue suscrito entre los acusados, en el que se fijaba la cantidad global neta de cien mil euros, como indemnización por el despido, por los conceptos descritos en las cláusulas V y VI del inicial contrato de trabajo suscrito entre la sociedad y el acusado José Miguel Bxxx Rxxx, de forma que con el percibo de dicha cantidad quedaba el Sr. Bxxx Rxxxx saldado y finiquitado por todos los conceptos derivados de la relación laboral habida con dicha empresa, acuerdo que el Tribunal de instancia considera prevaricador en cuanto se había pactado, al contratarle como Gerente de EMxxxx, S.A., la facultad por parte del Ayuntamiento de rescindirle unilateralmente si bien con la obligación de notificarlo al trabajador con tres meses de antelación, que en caso de incumplimiento daría derecho al perjudicado a recibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al periodo de tiempo incumplido, fijándose además, para el caso de que el Ayuntamiento usare de dicha cláusula de desistimiento la obligación de indemnizar al trabajador en 30.000 euros.

(...)

Y de esos hechos que se declaran probados no se desprende la existencia de una resolución arbitraria de contenido decisorio que se hubiese dictado a sabiendas de su injusticia.

No se puede olvidar que fue la Alcaldesa y Presidenta de EMxxx, S.A, sin convocar previamente al Consejo de Administración de esa sociedad, como hubiese sido lo correcto de acuerdo con los estatutos de esa empresa municipal de limpieza viaria, la que encomendó al ahora recurrente, en su condición de Vicepresidente de la sociedad, que efectuara el despido del gerente José Miguel Bxxx Rxxx. Y así se hizo en el mes de junio del año 2006, comunicándose al acusado José Miguel Bxxx que fuese preparándolo, a lo que siguió unas negociaciones de meses, dilación que lógicamente tenían que conocer tanto la Alcaldesa como los demás consejeros de la sociedad de la que el acusado José Miguel Bxxx era Gerente, y fue en septiembre de 2006 cuando se firmó el acuerdo de conciliación que fijaba una cantidad superior a la inicialmente pactada, si bien incluía otros conceptos que estaban convenidos y que con ello se obtenía el saldo y finiquito de la relación laboral por todos los conceptos. Es especialmente significativa la declaración depuesta en el acto del juicio oral por Salvador Axxx Sxxx, que era el encargado de la confección de las nóminas, quien dejó esclarecido que ninguno de los dos acusados le dio la orden de pago o transferencia sino que le mandaron desde el Ayuntamiento la nómina y que fue desde la Secretaría del Ayuntamiento donde le confirmaron que debía realizar la transferencia conforme a mencionado acuerdo, como también se lo dijo el encargado Francisco Axxx, que había sustituido al acusado José Miguel Bxxx Rxxx.

Como antes se dejó expresado, esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance del elemento subjetivo “a sabiendas de su injusticia” que se recoge en el artículo 404 del Código Penal. Así, en la Sentencia 228/2013, de 22 de marzo, se declara que es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7). por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate “a sabiendas de su injusticia” permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga “dudas razonables” sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)

Y ciertamente, ese exigido conocimiento que abarque el carácter arbitrario de la resolución –en este caso el acuerdo de conciliación- en modo alguno puede inferirse del relato fáctico al que se ha hecho referencia cuando el ahora recurrente, en su condición de Vicepresidente de la sociedad, siguió las ordenes de la Presidenta de que se preparase el despido del gerente, lo que fue elaborado durante unos tres meses, en unas conversaciones cuya existencia lógicamente tenían que ser conocidas por la Presidenta de la sociedad que dio la orden y por el propio consejo.

En consecuencia, no queda acreditada la concurrencias de cuantos requisitos se hacen precisos para afirmar la existencia de una resolución arbitraria, a sabiendas de su injusticia.

Respecto al delito de malversación de caudales públicos, como se dejó antes expresado, esta figura delictiva exige la concurrencia de la facultad decisoria o detentación material de caudales públicos, es decir, que el funcionario tenga la disponibilidad material de los mismos y esa posibilidad de disposición de ningún modo puede afirmarse en relación al ahora recurrente que en ningún momento tuvo ni de hecho ni de derecho poder alguno de disposición de los fondos de la empresa municipal, y que no intervino en las órdenes que se dieron para que la indemnización acordada le fuese entregada al Sr. Barrios Ramos.

Está ausente, pues, uno de los requisitos esenciales que caracteriza al delito de malversación de caudales públicos». (F. J. 1º de R.R.C)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

Prohibición de efectuar interpretación extensiva de los tipos

Recurso: Casación nº 2091/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 432/2013 de fecha 20/05/2013

«Conforme a una consolidada doctrina constitucional (STC 38/2003, de 27 de febrero) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de **taxatividad o certeza**, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (Lex certa).

Esta exigencia no sólo tiene implicaciones para el Legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los Jueces y Tribunales se hallan sujetos al principio de tipicidad, en el doble sentido de que, en primer lugar, están obligados a una sujeción estricta a la ley penal (STC 133/1987, de 21 de julio; 182/1990, de 15 de noviembre; 156/1996, de 14 de octubre; 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 232/1997, de 16 de diciembre) y, **en segundo lugar, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem** (SSTC 81/1995, de 5 de junio; 34/1996, de 11 de marzo; 64/2001, de 17 de marzo; 170/2002, de 30 de septiembre), **es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan**». (F. J. 4º)

PRINCIPIOS PROCESALES.

Non bis in idem. Doble sanción: penal y administrativa.

Recurso: Casación nº 901/2012

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 307/2013 de fecha 04/03/2013

«...la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio), siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (STS 13/2006 de 20.1).

En este mismo sentido, la STS 141/2008, de 8 de abril.

En el caso, consta que la acusada Esther Castellano García fue ya sancionada con tres meses de suspensión en el ejercicio de la abogacía por la

comisión de una falta grave tipificada en el art. 85 a) del Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), lapso temporal que ha de ser descontado de lo sancionado en la sentencia recurrida, por lo que, en este sentido, se estimará este recurso, dictándose, a continuación de ésta, segunda sentencia». (F. J. 7º)

Principio acusatorio.

Recurso: Casación nº 2459/2011

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 809/2012 de fecha 26/10/2012

«En esta sentido la Jurisprudencia de esa Excma Sala ha señalado, por todas, en STS, 515/10 de 4-6-10 que “el principio acusatorio se integra en nuestro ordenamiento procesal penal como presupuesto básico del enjuiciamiento penal. Sin una proclamación constitucional explícita, el art. 24 de la Constitución recoge las manifestaciones de su contenido esencial. Así, el derecho de defensa, el de ser oído, el de conocer la acusación planteada, etc... principios que se manifiestan tanto en la sentencia, observando la debida congruencia entre acusación y fallo, como en el enjuiciamiento y en la propia instrucción de la causa, asegurando un proceso penal con vigencia de los principios básicos del enjuiciamiento penal como la igualdad de las partes procesales y de las armas empleadas, la contradicción efectiva y, en definitiva, el derecho de defensa.

Manifestación principal del acusatorio es que el órgano enjuiciador no pueda realizar una subsunción distinta de la postulada por la acusación a salvo, claro está, los supuestos de homogeneidad delictiva, pues esa resolución jurisdiccional, aún amparada en el principio "iura novit curia", lesionaría el derecho del acusado a conocer la acusación con carácter previo al enjuiciamiento de una conducta para así posibilitar su defensa. Esta construcción de la homogeneidad y heterogeneidad delictiva se efectúa sobre un contenido sustancial, cual es, la interdicción de variación del hecho sometido a juicio"». (F. J. 26º)

Principio acusatorio. Condena por imprudencia y acusación por dolo eventual: No se vulnera.

Recurso: Casación nº 685/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 120/2013 de fecha 20/02/2013

«También puede el Tribunal modificar la calificación jurídica, siempre que no se alteren los hechos imputados, que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ya señaló en la STC nº 225/1997, de 15 de diciembre, que “*so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación*

de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STC 10/1988, fundamento jurídico 2). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique (STC 11/1992, fundamento jurídico 3)».

2. En el caso, los recurrentes no se quejan de ningún cambio sustancial en los hechos probados respecto de los contenidos en la acusación. En ésta se afirmaba que conocían el origen delictivo del dinero, mientras que en la sentencia, aunque se admite que no tenían ese conocimiento, se afirma que pudieron haberlo adquirido o excluido con las mínimas cautelas respecto de la constatación de su origen. Dicho de otra forma, se les acusaba de haber permitido a su hijo y nuera la realización de obras en las dos fincas reseñadas, que luego transmitieron a ella, mediante el empleo de dinero procedente del tráfico de drogas, sabiendo que su hijo había sido condenado por esa clase de actividades delictivas en el año 1998, de donde se deducía que conocían esa procedencia ilícita. El Tribunal, manteniendo los hechos, alcanza una conclusión distinta: que aun no conociendo ese origen, debieron acordar alguna cautela para excluir su origen ilícito, e impedir que con su conducta se favoreciera el blanqueo. Por lo tanto, los recurrentes pudieron defenderse de su posición respecto del origen del dinero cuya inversión permitieron y lo hicieron sosteniendo, como hacen en el recurso, que tales fondos les pertenecían y que, por lo tanto, no fueron invertidos o gastados por su hijo y su nuera.

3. El delito doloso de blanqueo y el imprudente constituyen tipos distintos, aunque no siempre sea fácil establecer los límites entre la culpa consciente y el dolo eventual, generalmente aplicado. Pero, como se advertía en la STS nº 1109/2004, *“...no se trata de comparar las descripciones típicas de los dos delitos que se comparan, sino de valorar si en función de las mismas y de los hechos imputados, el acusado ha tenido oportunidad adecuada de defenderse de la acusación”*. Y, en ese sentido, la afirmación de la acusación respecto a que los recurrentes conocían el origen ilícito del dinero, incluye la relativa a que nada hicieron para excluirlo, pues ambas se basan en los mismos hechos probados: el conocimiento de la previa condena por tráfico de drogas y el evidente empleo de importantes cantidades de dinero cuyo origen no se justificaba por las actividades lícitas de sus poseedores. Aunque los datos disponibles hubieran podido conducir sin dificultad a la apreciación del dolo eventual, el tránsito hasta la culpa consciente, que el Tribunal estima concurrente, se desarrolla a lo largo de la misma línea argumental, de manera que no causa indefensión. Pues en realidad se trata de una valoración jurídica del grado de responsabilidad del sujeto, dada la probabilidad del resultado y su conocimiento acerca de la misma.

Este Tribunal ha admitido en ocasiones la condena por delito de blanqueo imprudente en la sentencia de casación aun cuando en la de instancia se había condenado por delito doloso (STS nº 34/2007 y STS nº 1137/2011) cuando para ello no ha sido preciso alterar el relato fáctico, obteniendo, sin embargo, del mismo

conclusiones jurídicas diferentes. Así, como la condena por imprudencia cuando se acusaba del mismo delito cometido dolosamente, (STS nº 1503/2003), centrándose la cuestión en la inexistencia de alteración sustancial en los hechos, superando la doctrina mayoritaria anterior especialmente tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pues “...la jurisprudencia de esta Sala que estimaba heterogéneos los delitos dolosos y los culposos (SS. 22-3-1991, 1-7-1993, 16-2, 3-11 y 2-9-1994, 23-10-1995 y 9-2-1996), se basaba en la normativa del CP de 1973, en que los tipos de imprudencia se hallaban regulados de forma genérica, en los arts. 565, 586 bis y 600 del citado Cuerpo Legal, mientras que en el nuevo Código de 1995, existe una tipificación de la imprudencia ajustada a cada especie delictiva, en los supuestos penales en que se admite la forma culposa, por lo que existe una mayor proximidad entre los tipos dolosos y los culposos, que permite apreciar con mayor amplitud la homogeneidad entre ellos”, (STS nº 1035/1999)». (F. J. 2º)

Principio acusatorio. Congruencia entre acusación y sentencia: condena conducción temeraria e imprudencia; acusación por conducción con manifiesto desprecio a la vida y lesiones

Recurso: Casación nº 2178/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 706/2012 de fecha 24/09/2012

«La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del *titulus condemnationis* implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando *in casu* se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas.

En el caso concreto que examinamos ahora no hay alteración relevante que haya sido arrebatada a las posibilidades defensivas. La alegación de indefensión es meramente retórica.

Se llega a esa conclusión a partir de varias evidencias que trata de explicar la sentencia en el cuarto de sus fundamentos de derecho:

a) Se ha condenado por un delito del art. 381 en la redacción vigente en el momento de los hechos: conducción temeraria produciendo un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

b) Ese delito puede considerarse homogéneo con el delito de conducción con consciente desprecio a la vida de los demás del art. 384, también en la redacción que presentaba ese precepto en el momento de los hechos. Su literalidad lo pone de manifiesto a las claras: ese tipo recoge íntegramente la conducta del art. 381 añadiendo un único nuevo elemento adicional: el consciente desprecio por la vida. Decía en la fórmula vigente en el momento de los hechos el antiguo art. 384

(actual 381): *“Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que con consciente desprecio por la vida de los demás, **incurra en la conducta descrita en el art. 381**”*. O sea, el delito objeto de acusación incluía todos los elementos del delito objeto de condena que la Audiencia ha considerado acreditado; más otro (el consciente desprecio por la vida) que la Sala no ha reputado probado.

c) No debe despistar la presencia de resultados lesivos, que son completamente prescindibles a efectos de subsunción jurídica dada la especial regla concursal del entonces vigente art. 383: *“Cuando de los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara además del riesgo prevenido un resultado lesivo, **cualquiera que sea su gravedad**, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, **condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que haya originado**”*. Al cobijo de ese precepto (aunque el Tribunal ha errado al acudir al vigente art. 382 y no al más beneficioso art. 383) se han podido imponer exclusivamente las penas del art. 381. No puede aducirse seriamente que no ha sido posible articular una defensa correcta frente a las consecuencias indemnizatorias de las lesiones, porque se las catalogase como dolosas. Es evidente que acusado y terceros responsables civiles han podido impugnar las cuantías reclamadas y de hecho las han discutido. Si no hubiese existido ningún resultado lesivo, los hechos encajarían en el mismo tipo y merecerían la misma pena. Nada concreto relevante desde el punto de vista penal han añadido esas lesiones en este caso según la tesis que recoge la sentencia de instancia. Descartada su consideración como dolosas, no se alcanza a comprender qué estrategia defensiva de la que se haya privado a la defensa podría haber sido útil. Esa sería la “prueba del nueve” de la indefensión. Imaginemos que una de las acusaciones hubiese basado su pretensión exclusivamente en el art. 152 en relación con el art. 381 (que es lo que asume la sentencia): ¿en qué podría haber cambiado la defensa del recurrente cuya tesis fue no solo la de que los hechos fueron inintencionados, sino que además fueron provocados por la maniobra de un tercero no identificado que excluía su imprudencia?.

d) A mayor abundamiento, en muchos supuestos de discusión sobre la concurrencia de dolo eventual, no puede descartarse la homogeneidad con un delito de imprudencia grave, en su versión de culpa consciente. Las difusas fronteras entre esas dos formas de culpabilidad permiten afirmar esa homogeneidad y considerar correcta una sentencia en la que, excluyéndose la pretensión de la acusación de condena por delito doloso, en la modalidad de dolo eventual, se condene por imprudencia grave (vid. STS 1187/2011, de 2 de noviembre).

e) Por fin, no sobra aludir a que varias de las acusaciones mencionaban en sus escritos de manera expresa el art. 381 del Código Penal aunque fuese para significar que quedaba embebido por el delito del art. 384 por el que dirigían finalmente su acusación (escritos de acusación de Francisco Miguel Nxxx, Luis Miguel Gxxxx Rxxxx o Sagrario Rxxxx Gxxxx). En consecuencia incluso se puede hablar de acusación explícita lo que disipa cualquier atisbo de indefensión.

No hay en la sentencia nada que haya podido resultar sorpresivo para la defensa. El discurso del recurrente en casación se limita al marco teórico: delito

doloso y culposo son heterogéneos. Pero no desciende al caso concreto para mostrar qué argumentos hubiese hecho valer o qué pruebas hubiese propuesto de aparecer también en alguna de las calificaciones la imputación a título de imprudencia de los resultados lesivos. Estamos ante otra evidencia de la ausencia de indefensión. En esas circunstancias no puede hablarse ni de violación del principio acusatorio (los hechos no se han mutado; la pena impuesta es inferior a la solicitada por el Fiscal; todos los hechos relevantes para la condena aparecían en la calificación de la acusación); ni de vulneración del derecho a ser informado de la acusación o del derecho de defensa (el definitivo título de condena -conducción temeraria- estaba abarcado implícitamente por la calificación de algunas acusaciones y aparecería de manera explícita en otras).

Lo decisivo tratándose del derecho a ser informado de la acusación, no ha de ser el ajuste mimético de la sentencia con la acusación, sino consideraciones más de fondo que lleven a indagar si ha habido menoscabo de las posibilidades de defensa por no haberse explicitado la acusación». (F. J. 2º)

Principio acusatorio: homogeneidad entre los delitos de abuso sexual y prostitución de menores.

Recurso: Casación nº 1291/2012

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 404/2013 de fecha 07/05/2013

«El proceso acusatorio es aquél en el que —en el enjuiciamiento— el juzgador está concebido como un operador pasivo, cuyas funciones se encuentran rígidamente deslindadas de las de las partes. Esto es lo que hace posible que el juicio sea una contienda entre iguales ante un juez imparcial, seguida a iniciativa de la acusación, a la que compete la afirmación de unos hechos como perseguibles y la aportación de la prueba en apoyo de ese aserto. De este modo, cualquier apunte de confusión o solapamiento del papel del juez con el de la acusación o el de la defensa, afectaría esencialmente al propio curso procesal, introduciendo el inevitable desequilibrio.

Esta sala, en la sentencia n.º 1028/2009, recordaba que sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/3006, de 11 de diciembre, argumenta que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas (SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; y 33/2003, de 13 de diciembre)”.

Así pues, lo que exige la efectividad del principio es claridad en la formulación de la imputación, de modo que el acusado haya sabido con certeza a *qué atenderse* en lo que se refiere a los hechos objeto de reproche; también que haya podido discutir sus implicaciones jurídicas; y, en fin, que en la sentencia

aquellos no hubieran experimentado ninguna alteración sustancial ni sido objeto de un tratamiento jurídico abiertamente distinto del postulado por la acusación. Lo que quiere decir que la condena no podría producirse por un delito más grave en cuanto a la pena, ni estructuralmente heterogéneo en su formulación del contemplado por aquella.

Tanto el recurrente, como la sala como asimismo el Fiscal, citan jurisprudencia consolidada al respecto, que no es preciso reiterar. Se trata, pues, de ver si el canon inequívocamente consagrado en la misma ha sido o no respetado decidir y fundar la condena.

Situando la cuestión en el plano fáctico, resulta que el Fiscal imputó al ahora recurrente la acción consistente en tratar de conectar con mujeres menores de edad, con el propósito de mantener con ellas contactos de índole sexual a cambio de pequeñas cantidades de dinero. Y, en concreto, en el caso de la concretamente afectada, haberla recibido en su casa, donde la requirió para que se despojase de parte de la ropa y le masturbase, estando el desnudo de la cintura para abajo; esto a cambio de 20 euros. De la acusación formó parte también la existencia de una felación.

Luego el mismo Fiscal, en efecto, valoró los hechos del modo que dice el recurrente y se ha recogido antes, de donde resulta que, como primera hipótesis mantuvo la de un delito de abuso sexual de una menor, con prevalimiento y penetración por vía bucal, solicitando una pena de seis años de prisión; y como alternativa la de la misma clase de abuso, pero sin penetración, con la solicitud de una pena de tres años.

Al fin, es cierto, la sala ha condenado por un delito del art. 187,1º CPenal, en la redacción vigente en la época de los hechos, esto es, en la anterior a la actual, que castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años la conducta consistente en “inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad”.

Prostituir, en español usual, equivale a entregar alguien a los deseos de otro o utilizarlo uno mismo como fuente de placer sexual por dinero. Una conducta, por tanto, de la que, con absoluta claridad, fue acusado el ahora recurrente y resultó recogida del mismo modo en los hechos probados de la sentencia.

Sucede, además, que esta clase de acción, sin duda apta en principio — aquí ni siquiera se discute— para integrar un delito de abuso sexual, satisface asimismo, también, las exigencias típicas del art. 187,1º CPenal, por el que se ha producido la condena.

En fin, esta lo ha sido por una pena menor que la solicitada tanto en la calificación principal como en la alternativa del Fiscal; y al amparo de un precepto que, en abstracto, prevé una pena inferior a la del abuso sexual con penetración bucal.

Por tanto, solo cabe afirmar que, como por lo demás resulta con encomiable rigor de la propia sentencia, el acusado pudo defenderse de la

acusación en todos sus elementos constitutivos y en todas sus implicaciones de derecho. Así, los motivos no pueden estimarse». (F. J. 1º)

Principio de intervención mínima.

Recurso: Casación nº 1822/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 448/2013 de fecha 27/05/2013

«En este sentido la STS. 1484/2004 de 28.2.2005, señaló que: "en todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación", lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear dada la entidad y trascendencia del bien jurídico tutelado. Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

La consideración del derecho penal, como "ultima ratio", trata de reducir su aplicación al mínimo indispensable para el control social lo que puede ser un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal». (F. J. 3º)

PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN.

Diferencia con la orden de busca y captura a efectos de interposición de la prescripción.

Recurso: Casación nº 928/2012

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 297/2013 de fecha 11/04/2013

«...en la medida en que toda extradición es una decisión de ámbito supranacional que afecta, cuando menos, a dos Estados (requerente y requerido) con actuación efectiva tanto de sus órganos judiciales como de sus Gobiernos, necesariamente rebase en importancia el ámbito de la simple orden de busca y captura a la que asimila la Audiencia Nacional sus efectos, incluso cuando esta

última se tramite bajo el mecanismo reforzado de la requisitoria, prevista para el procedimiento contra reos ausentes en los arts. 834 y ss. LECr.

Aunque es cierto que en algunas ocasiones esta Sala ha negado que la orden de busca y captura pueda tenerse por diligencia que, por sí misma, pueda tildarse de «sustancial» e interrumpir los plazos de prescripción (entre otras muchas, SSTS núm. 1250/2011, de 22 de noviembre, ó 66/2008, de 4 de febrero de 2009, así como SSTS de 05/01/1998 y 10/03/1993), no lo es menos que la equiparación entre extradición y orden de busca y captura que sirve de primer fundamento a las conclusiones del órgano "a quo" no resulta aceptable. Y no sólo por el hecho de que ambas actuaciones cuentan con resortes específicos en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, separados entre sí bajo los respectivos Títulos VI («del procedimiento para la extradición») y VII («del procedimiento contra reos ausentes») del Libro IV, dedicado a los «procedimientos especiales». Es principalmente su diferente naturaleza lo que impide equiparar una orden de busca y captura a la solicitud extradicional. En este punto, ha de convenirse con la acusación recurrente en que la orden de busca y captura no precisa de ese componente transnacional que, sin embargo, resulta inherente a toda extradición.

De mismo modo, en la naturaleza de la orden de busca y captura subyace precisamente el desconocimiento del concreto paradero del individuo afectado, siendo la ignorancia de este extremo lo que justifica su emisión, según se desprende de las causas que para su adopción respecto del requisitoriado articula la Ley Procesal (art. 835 LECr). Por el contrario, la extradición parte de la base de la aportación por el Estado solicitante de un cúmulo de datos que no sólo permitan la perfecta identificación del sujeto sobre el cual se vierte tal petición, sino muy especialmente de su punto de localización y/o residencia en el territorio del Estado reclamado, pues sólo así podrá cursarse, llegado el caso, su extradición. De hecho, si estas exigencias o presupuestos formales fueren insuficiente o defectuosamente cumplimentados por el Estado requirente en la documentación aportada a tal fin, deberá el requerido comunicárselo a la mayor brevedad para su subsanación, no dando curso entretanto a su petición.

Son también muy diferentes los fines que guían a una y otra. En la extradición, como ya hemos señalado, la misiva fundamental es la entrega del sujeto extraditado para su enjuiciamiento en el país reclamante o bien para el cumplimiento efectivo en él de una condena ya impuesta, bajo los concretos parámetros especificados en cada Convenio. Por el contrario, la busca y captura, si presenta el formato de una requisitoria, irá dirigida a localizar al procesado que, ausentado del domicilio designado para notificaciones, no fuere hallado en el mismo y careciere de otra residencia conocida en la que poder localizarlo; también se dictará respecto de quien se hubiere evadido del establecimiento en el que se hallare detenido o preso; e igualmente de quien incumpliere su deber de presentación «apud acta» o ante cualquier llamamiento judicial, estando en libertad provisional (art. 835 LECr). Estos tres supuestos parten, por tanto, como premisa esencial del ya señalado carácter ilocalizable del sujeto al que se dirigen, cuya necesidad de ubicación puede obedecer, como también queda visto, a fines bien distintos de los de enjuiciamiento o ejecución de condena que directamente justifican la extradición.

(...)

...Es indudable que una petición de extradición desplegada de acuerdo con el procedimiento exigible, oportunamente fijado en la norma, que cumple además los presupuestos y garantías preconcebidos por ambos Estados en el ejercicio de su potestad soberana y que, no adoleciendo de defectos sustanciales, ha sido tramitada a través de los órganos específicamente habilitados a tal fin, constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable.

De ello se sigue la necesaria consecuencia de interrumpir el plazo de prescripción. Como de nuevo con acierto expresa la acusación recurrente, tal efecto no puede quedar supeditado al resultado final, favorable o adverso a la extradición, siempre que la solicitud inicial reúna todos los presupuestos materiales necesarios.

(...)

Nada justifica, en definitiva, la vinculación que consigna la resolución de instancia entre la detención del sujeto sobre el que recae la petición extradicional y sus efectos sobre el proceso penal abierto en el Estado reclamante». (F. J. 1º)

PROFANACIÓN DE CADÁVERES.

Respecto a la memoria de los difuntos (art. 526 CP). Elementos típicos. Modalidades.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

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

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos

concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida. Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar "con ánimo de", "con intención de", "con propósito de", "a sabiendas de" o "con el conocimiento de".

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

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

que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica -profanar un cadáver o sus cenizas- la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo art. 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material, siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

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

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

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

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la

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

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos *“a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada”* (art. 612.7 CP). En similar forma proscribe el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no sólo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra (art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite «a priori» lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos -también en el del art. 526 CP- por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos». (F. J. 10º)

PRUEBA.

Cacheo y registro corporal integral.

Recurso: Casación nº 10437/2012 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 941/2012 de fecha 29/11/2012

«4. En cuanto a la imposibilidad absoluta de proceder a un registro con desnudo integral de una persona no detenida, es una afirmación que, sin precisiones relativas al consentimiento, no encuentra soporte legal. La invasión de la intimidad que supone un cacheo o reconocimiento con desnudo integral, requiere, dentro del ámbito en que aquí se examina, de una habilitación legal; un fin constitucionalmente lícito, como lo es la persecución de delitos graves; una

justificación basada en sospechas razonables de la comisión de un delito; y la autorización judicial en defecto del consentimiento del interesado afectado. Y, en cuanto a su práctica, que ésta se desarrolle en lugar reservado, con la mínima afectación de los derechos del sospechoso. Ningún ciudadano puede ser requerido a someterse a un cacheo, superficial o integral, de forma arbitraria, es decir, sin una causa justificada. Pero, concurriendo los anteriores requisitos, nada impide que, dadas las circunstancias, un ciudadano que se encuentra en situación de libertad consienta voluntaria y libremente en la realización de un registro corporal con desnudo integral, sin necesidad de esperar a la autorización judicial, que solo sería necesaria en caso de negativa a someterse a esa diligencia». (F. J. 2º)

Declaración de coimputado. Doctrina.

Recurso: Casación nº 10631/2012 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 988/2012 de fecha 03/12/2012

«El *leit motiv* de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia externa que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroincrimación. No obstante la desconfianza no debe ser magnificada porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza que se pueda suscitar, en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado como ocurre con los arts. 376 y 579 --las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo--, es decir en relación a las más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada.

En definitiva, la singularidad del testimonio del coimputado --cuando es única prueba-- es que es insuficiente para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba distinta de la facilitada por el propio imputado. Es en este punto donde la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando con diversos elementos qué se deba entender por corroboración y cual debe ser su contenido, y en tal sentido se pueden citar las siguientes aportaciones:

a) STC 72/2001: la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.

b) STC 181/2002: los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional --y por tanto también eventualmente por esta Sala de Casación-- son los que exclusivamente aparezcan expresados en la resolución impugnada como determinantes de la condena.

c) STC 207/2002: los datos externos que corroboren la versión del coimputado se deben producir, precisamente en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el Tribunal estima probados.

d) STC 233/2002: los elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como puede ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento de la versión facilitada, o su coherencia, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, tales datos solo podrán entrar en consideración después de que la declaración del coimputado, integrada con las corroboraciones sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional.

e) SSTC 17/2004 y 30/2005: la existencia de la corroboración ha de ser especialmente intensa en los supuestos en que concurren excepciones o circunstancias en relación a la regularidad constitucional en la práctica del coimputado, es decir, cuando, por ejemplo, las declaraciones inculpativas del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías.

f) SSTC 55/2005 y 165/2005: no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

A la vista de este casuismo, puede definirse la corroboración, con la STS 944/2003 como dar fuerza a una imputación con informaciones probatorias de fuente distinta de las que prestaron inicial soporte a las mismas. En definitiva la corroboración es un método de acreditación de la suficiencia probatoria.

También ha sido estudiado por el Tribunal Constitucional y por esta Sala -- SSTC 200/1996; 1/2006; 142/2006; 126/2011, entre otras, y de esta Sala SSTC 245/2012 y 880/2012, entre las más recientes--, la especial situación del coimputado que es juzgado con anterioridad y separadamente al juicio posterior de otro imputado, en el que aquel acude como testigo formalmente, aunque su declaración heteroinculpativa fue efectuada como coimputado en sentido estricto, y cuando acude al posterior juicio ejerce su derecho al silencio.

Dejamos apuntado el tema en la medida que no es esta la situación del caso de autos, pues, ya lo adelantamos, los coimputados declararon en el Plenario en el que se juzgaba al actual recurrente.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta "*.....los delicados problemas --del testimonio del coimputado-- ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales....*". Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba --párrafos 156 a 159 de la STEDH, Labita vs. Italia, 6 Abril de 2000-». (F. J. 2º)

Declaraciones de coimputado.

Recurso: Casación nº 975/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 339/2013 de fecha 20/03/2013

«No puede negarse la valorabilidad de la declaración sumarial del coimputado aunque luego fuese rectificada, tanto en el acto del juicio oral como previamente durante la instrucción (folio 1613). Ha existido posibilidad de contradicción de esas declaraciones que, por otra parte, no han sido rectificadas en cuanto a lo relativo al viaje a Venezuela y la colaboración de este recurrente. La posibilidad de someter a contradicción esas manifestaciones del coimputado ha estado salvada: durante toda la instrucción la defensa personada de este recurrente pudo instar su declaración e intervenir en aquellas posteriores a la inicial que fueron acordadas. Al igual que en las declaraciones testificales aquí hay que subrayar que el principio de contradicción exige la posibilidad de ella, pero no la efectiva contradicción (STEDH de 5 de diciembre de 2002 -asunto CRAXI contra ITALIA-). La negativa del coimputado a contestar en el acto del juicio oral a las preguntas del Fiscal tampoco es obstáculo insalvable para valorar esas declaraciones. Esta recurrente no reclamó expresamente en ese momento interrogar a este coimputado. Pero ni siquiera aunque hubiese existido una negativa expresa a contestar a sus preguntas, sus declaraciones anteriores serían “invalorables”. No es una situación insólita. Se ha presentado en la jurisprudencia (ATC 224/1996, de 22 de julio). La STC 142/2006, de 8 de mayo rechazaba el amparo en un supuesto paralelo con estos razonamientos:

“Es doctrina constitucional consolidada que el principio de contradicción es básico para el desarrollo del proceso y, más concretamente, en lo que concierne al derecho, reconocido en el art. 6.3 d) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo como expresión de aquel principio, que se satisface, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofreciendo al acusado una oportunidad apropiada para combatir los testimonios en su contra e interrogar a su autor cuando declara o en un momento posterior del proceso (SSTC 141/2001, de 18 de junio, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 4; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5). Asimismo este Tribunal ha declarado que no se infringe el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 5); por otro lado, como se indicó en la STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado.

En el presente caso, ya en el acto de la vista, estando presentes los coacusados tras haber sido citados en tiempo y forma, todos ellos, afirmaron, excepto el demandante, al inicio del interrogatorio del Ministerio Fiscal estar conformes con el relato de los hechos contenido en su escrito de acusación, si bien

a continuación rechazaron hacer cualquier otro tipo de declaración, razón por la cual tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del recurrente hicieron constar sus preguntas en el acta del juicio oral.

Así pues, lo cierto es que en este supuesto el demandante dispuso de una ocasión adecuada y suficiente para realizar el interrogatorio de los coacusados, aunque aquéllos se negaron a responder a las preguntas formuladas, pero ello no infringe, por sí mismo, el principio de contradicción, ya que, salvo que al juzgador, dando un intolerable paso atrás en el tiempo, utilizara métodos proscritos en nuestro Ordenamiento, o con abierta vulneración del derecho constitucional a no declarar contra uno mismo consagrado en el art. 24.2 CE compeliere de algún modo al acusado a declarar, no le es atribuible que la contradicción no se haya cumplido en la forma idealmente deseable, lo cual no supone, sin más, se reitera, una quiebra constitucionalmente censurable de dicho principio, puesto que, **según su primera y fundamental formulación, la garantía de contradicción implica, como se ha dicho más arriba, que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, sin que, por consiguiente, resulte justificable que la total contradicción se logre postergando el derecho fundamental de un tercero.**

De otro lado, en los casos como el presente en que el coacusado se acoge a su derecho a no autoincriminarse y, en consecuencia, la contradicción no se muestra con la plenitud abstractamente pretendida, **ha de tenerse presente que, con la exposición de las preguntas, aun sin obtener respuesta (que, por lo demás, tampoco ofrecería una completa garantía de autenticidad, dada la posibilidad del acusado de no contestar conforme a la verdad), pueden introducirse, ante la inmediación judicial, las oportunas dudas sobre la veracidad del declarante y refutar su versión de los hechos, pudiendo asimismo el juzgador ponderar la decisión de guardar silencio (vid. la STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), de tal modo que, en definitiva, siempre que la defensa, siquiera sea de un modo atenuado, pueda objetar el contenido de la declaración del coacusado realizando cuantas alegaciones estime convenientes, queda salvaguardado el principio de contradicción, siendo en última instancia el órgano judicial quien, apreciando libremente la prueba en el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE, ha de resolver finalmente acerca de la eficacia probatoria de aquel testimonio para enervar la presunción de inocencia, lo que enmarca la cuestión justamente, no en el ámbito de este derecho, sino en el de la valoración de la prueba.**

Junto a las líneas generales apuntadas, y sin excluir la eventualidad de atender al caso concreto en orden a determinar si la declaración del coacusado emitida con la contradicción atenuada derivada del ejercicio de su derecho a guardar silencio ha de perder o no su validez probatoria, deben tenerse en cuenta, en todo caso, dos elementos básicos. En primer lugar, como se acaba de señalar, que el órgano judicial, precisamente por su misión, asentada en el principio de libre apreciación de la prueba, de valorar su significado y trascendencia para

fundamentar los fallos contenidos en sus Sentencias, podrá extremar las precauciones en el tratamiento del resultado de esta clase de pruebas provenientes del coacusado. Y, en segundo término, que la doctrina constitucional, consciente ya desde la STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, de que el testimonio del coacusado sólo de forma limitada puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa que reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11 y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2)-, ha venido disponiendo una serie de cautelas para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria y, así, se ha exigido un plus probatorio consistente, como enseguida se verá, en la necesidad de un corroboración mínima de la misma.

En definitiva, pues, atendiendo a todo lo expuesto, ha de concluirse que no se ha producido una vulneración constitucionalmente relevante del principio de contradicción y, en consecuencia, ninguna tacha de invalidez puede oponerse en el supuesto aquí examinado a las declaraciones de los coimputados para que puedan formar parte del acervo probatorio a valorar por el órgano judicial”». (F. J. 4º)

Declaraciones policiales: valor

Recurso: Casación nº 705/2012

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 959/2012 de fecha 05/12/2012

«...el Tribunal Constitucional ha declarado, una vez más, la imposibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones policiales no ratificadas ante la autoridad judicial, que deben excluirse, por lo tanto, del acervo probatorio, aun cuando, si han sido practicadas de forma inobjetable, hayan podido constituir un mecanismo válido a efectos de orientar la investigación y aportar elementos cuya comprobación pueda ser luego adecuadamente valorada.

Pero siendo ello así, nada empece que esas declaraciones autoinculpatorias e incriminadoras para el coacusado, puedan ser consideradas como un hecho ciertamente sucedido y acreditado que configura no una prueba de cargo, pero sí un elemento periférico corroborador de la auténtica prueba de cargo constituido por el testimonio de la víctima.

Como se expone en la STS nº 1228/2009 “Esa declaración, que no es diligencia sumarial, es no obstante un hecho sucedido, un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo que recaiga sobre las verdaderas pruebas del proceso, cuyo análisis, sometido a una ineludible exigencia de razonabilidad, no permite prescindir de la índole significativa, - aunque no por sí misma probatoria- del comportamiento del inculpado en actos preprocesales cuando éstos permiten calibrar el alcance de los datos aportado por las pruebas. La declaración

autoinculpatoria en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, pero es un hecho personal de manifestación voluntaria y libre documentada en el atestado. Un acto que en todo caso por su misma naturaleza sólo puede suceder dentro de un marco jurídico, con observancia de requisitos legales, sin los cuales el ordenamiento le niega validez, es decir existencia jurídica, y por ello aptitud para producir efecto alguno”. También decíamos que nada impide, por otro lado, que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, (STS nº 1228/2009), especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan. Bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno». (F. J. 4º)

Desconexión de antijuricidad entre escucha telefónica y hallazgo de droga ingerida en operación de urgencia.

Recurso: Casación nº 148/2012

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 927/2012 de fecha 27/11/2012

«- Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art. 32), el denominado “efeito-a-distancia”, o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la “inutilizzabilità” de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Código di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la “inutilizzabilità derivata” se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el “principio de lealtad en la aportación de la prueba”, en la alemana, en la que se aplica la “teoría de la ponderación de intereses” por la que la vulneración de una prohibición

probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada (“*fernwirkung des Beweisverbots*”), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art. 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina (“*fruits of the poisonous tree*”), es indudable que resoluciones como *Hudson vs. Michigan*, o *Herring vs. United States*, han atenuado mucho los efectos de la “*exclusionary rule*”. Aun sin compartir, obviamente, esta regresión, es claro que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno.

Volviendo, en consecuencia, al caso enjuiciado, y aplicando al mismo la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad, podemos apreciar que se trata de un supuesto en el que la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en el que el Tribunal sentenciador ya ha aplicado generosamente la regla de exclusión probatoria, tanto a la prueba directa como a la prueba derivada.”

3. Por su parte, la sentencia de instancia ya salió al paso de la objeción opuesta por la defensa del acusado, recogiendo fallos jurisprudenciales, como la STS de 22-4-2011, reflexionando sobre las circunstancias que concurren en el supuesto que nos ocupa. Y así, en el apartado 3º del fundamento jurídico dedicado a las “cuestiones previas”, viene a reconocer que: “En el caso aquí tratado queda fuera de discusión que los agentes investigadores conocían con datos precisos la llegada al Aeropuerto de Tenerife Norte, en el día y hora indicados, de Juan Carlos Cansado Marrero, así como que, con cierta seguridad, podía transportar consigo una cantidad de droga. Estas informaciones se obtienen de las escuchas telefónicas que han sido invalidadas como medio probatorio y, por lo tanto, no han sido introducidas como tales en el juicio oral. Aunque formalmente puede plantearse alguna confusión sobre el origen de estas actuaciones (las que conducen a la detención del acusado), en la medida que en el atestado policial (folios 2394 y 2395), por razones inexplicadas, se hace constar que la detención fue fruto de un procedimiento aleatorio de control de los pasajeros de este vuelo, lo cierto es, como se expresa en las actuaciones (informe del Comisario Jefe, folios 2012-2013) que se llega a su detención en función de la observación telefónica. Dato que, por otra parte, en el acto del juicio vienen a confirmar la totalidad de los agentes policiales que comparecieron como testigos.

No obstante, aun cuando existe una conexión natural entre las actuaciones procesales declaradas nulas con la detención del acusado y la posterior aprehensión de la droga, en base a la doctrina invocada, debemos entender que no existe esta conexión de antijuridicidad que permita invalidar probatoriamente el

propio hallazgo de la droga, así como las actuaciones que luego derivan de esta intervención. Todo ello sin atender, exclusivamente, a la confesión sumarial del acusado o a su declaración final, al hacer uso del derecho de última palabra, cuando pidió perdón por lo que había hecho. Estas manifestaciones, al entender del tribunal, exclusivamente consideradas, carecen de entidad suficiente como para producir este efecto de desconexión: en cuanto a la primera, por sus circunstancias (proximidad a la detención, en diligencias bajo secreto sumarial), la segunda, puesto que después de haber hecho uso de su derecho a no declarar y a no autoincriminarse, autónomamente considerada, no es una manifestación inequívoca de reconocimiento de los hechos y de aceptación de su responsabilidad. Por esto, en este punto, a fines estrictamente dialécticos, sin perjuicio de su valoración probatoria, consideramos que la confesión del acusado, inmediata a su detención, cuando las actuaciones continúan secretas y no ha conocido el contenido de las escuchas previas y sus circunstancias, tratándose de una confesión que luego no ratifica, no permitiría "per se" la desconexión de la antijuridicidad (SSTS 29 diciembre 2006 y 24 de mayo 2010)."

Ello no obstante, entienden los jueces *a quibus* que esta desconexión "se ha producido anteriormente, en las actuaciones precedentes que conducen a la aprehensión física de la droga, después de una intervención quirúrgica de la droga que el acusado había ingerido para poder transportarla de forma subrepticia. En este hecho debemos incidir, en la medida que la extracción quirúrgica de la droga, no es el método habitual de expulsión de la droga ingerida, ordinariamente expulsada por un procedimiento natural. Las reglas generales de experiencia, nos llevan también a considerar que la decisión médica de abordar una operación quirúrgica, de estas características, por los riesgos que conlleva, debe responder a una necesidad terapéutica o preventiva que excluya la aplicación médica de métodos menos invasivos o arriesgados para el paciente. Aunque no se ha aportado a la causa información médica sobre esta intervención quirúrgica, resulta plenamente acreditada, incluso con referencia al hecho que la motiva. Así, en el folio 2396 de las actuaciones, se hace constar que el detenido queda ingresado en el Hospital Universitario Virgen de la Candelaria, Servicio de Urgencia, bajo custodia policial, para expulsión de las cápsulas. En el folio 2397 de las actuaciones, se hace constar por diligencia, que sobre las 4,35 horas el Jefe de Sala del servicio 091, pone en conocimiento del Inspector que el detenido ha sido operado de urgencia, como consecuencia de la obstrucción que sufría, motivada por la droga que ocultaba en el interior de su organismo –telefonema 136. Al folio 2398, se hace constar la comparecencia de los agentes 97.787 y 115.323, que presentan los 54 cilindros extraídos del cuerpo del detenido, manifestando los agentes que los habían recibido, en el quirófano, de un facultativo. Ambos agentes, comparecen como testigos en el juicio, y confirman haber recibido la droga en estas circunstancias. En el momento de la remisión de las actuaciones al Juzgado instructor se hace constar que el detenido continúa todavía ingresado y en esta situación se encuentra cuando el juzgado instructor se constituye en el Hospital para recibirle declaración."

Por ello, concluyen, que: De estos datos se infiere que una vez ingresado el detenido en el servicio de urgencia del Hospital para la expulsión de la droga, previamente detectada en una exploración radiológica, se produce una circunstancia (objetivamente definida en las actuaciones como una obstrucción) que

obliga a adoptar una decisión estrictamente médica, ajena al proceso penal, como es la necesidad de extraer estos cuerpos extraños a través de una operación quirúrgica. Hecho que se acredita en la causa, a través de la comunicación descrita, la diligencia de remisión del atestado y las correlativas en las diligencias previas, significando este ingreso hospitalario. Además, de ello los testimonios directos de los agentes policiales, especialmente los que comparecen en las inmediaciones del quirófano y de manos de una persona, a la que identifican como un facultativo, reciben los 54 envoltorios que contienen la droga.

La hipótesis que plantea el recurrente, de que quizá hubiera sido posible la expulsión natural de los objetos que portaba en su organismo, no deja de ser una elucubración carente de todo fundamento, ante la certeza de una patología que exigía la inmediata asistencia médica y la intervención quirúrgica de urgencia, obteniéndose de ella, como consecuencia necesaria, en los términos ordenados por el Art 262 LECr, la entrega por el personal facultativo de la sustancia tóxica recuperada.

Por ello, los juzgadores de instancia, exponen -con un razonamiento plenamente compatible- que ello "lleva a considerar que en la aprehensión final de la droga ha incidido un hecho inevitable o que con toda probabilidad lo era, en la medida que la expulsión de la droga no se ha producido por un procedimiento natural, incidiendo una circunstancia – en la causa se significa un obstrucción que, en otro caso, habría precisado asistencia médica para su extracción, permitiéndose por ello concluir al valorar la transmisión de la antijuridicidad inicial a este suceso, que la extracción de la droga por un procedimiento quirúrgico, fundado en una decisión médica, por más que se produzca en el contexto de la detención policial, implica un suceso que por un conducto ajeno a la propia actuación investigadora previa, habría llevado también a la aprehensión de la droga"». (F. J. 1º)

Incautación policial de efectos.

Recurso: Casación nº 99/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 882/2012 de fecha 14/11/2012

«En relación a la ocupación de la bolsita dejada por el recurrente es claro que se está en una situación previa a la detención, que no requiere ninguna autorización judicial ni menos presencia de letrado. Se está en una diligencia de investigación para la que la policía está específicamente autorizada como viene a reconocer el propio recurrente que cita la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la L.O. 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Retenemos de dichas leyes las siguientes previsiones:

Art. 11.1 g) de la L.O. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

"g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición

del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes....".

Arts. 19 y 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana:

"Art. 19 (Restringir el tránsito en vías públicas).

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

Art. 20 (Identificación de personas).

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad a que los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (RCL 1986, 788).

Asimismo hacemos referencia al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de Enero de 2006 sobre recogida de efectos biológicos, y que por analogía tiene incidencia en el presente caso:

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

Obviamente de dicho Acuerdo se deriva la legitimidad de la policía para recoger por sí misma, la papelina abandonada por el recurrente.

La actuación de la policía en relación a esta primera actuación es absolutamente correcta y no merecedora de reproche alguno: el agente ve que un peatón, al verle, cambia bruscamente la dirección, se agacha entre dos coches y sale, el agente ante una acción claramente sospechosa por inusual, se dirige al lugar donde el viandante se ha agachado, y allí, sin fracturas temporales, recoge una papelina húmeda, evidentemente se ignora la sustancia pero la probabilidad de que sea droga es alta por la presentación y por estar húmeda, lo que se puede relacionar con que pudiera haberla extraído de la boca donde se suelen esconder, lo que constituye un dato de experiencia avalado por la reiteración de ese lugar de ocultación». (F. J. 2º)

Proposición de prueba (art. 729.3 LECrim.): revisión casacional de su pertinencia y necesidad.

Recurso: Casación nº 10895/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 439/2013 de fecha 22/05/2013

«En relación al art. 729.3 LECrim se ha abierto paso una solución más favorable a la posibilidad de supervisar esa decisión por este Tribunal, aunque sin perder de vista ese mayor nivel de “discrecionalidad” que concede la Ley a la Sala de instancia.

La STS 276/2012, de 2 de abril analiza los antecedentes jurisprudenciales sobre esta cuestión pronunciándose por la apertura a la revisión casacional de esa facultad:

“...se alega que la Sala sentenciadora de instancia debió suspender el juicio oral para practicar una sumaria instrucción, al amparo de lo autorizado en el art. 729.3º... Dicho precepto permite practicar excepcionalmente «las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

El ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede, en efecto, ser objeto de control casacional, como hemos dicho en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2000, y reiterado en la STS 306/2003, de 4 de abril. Ahora bien, las razones que expresa la Audiencia, en el sentido de que no existe motivo alguno para dudar de la veracidad de los testigos funcionarios policiales de aduanas, es suficiente para su denegación.

En este sentido, la STS 1100/2002, de 13 de junio, declara que el art. 729, en sus apartados 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim, vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala -como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio- ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECrim, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la LECrim. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/1993, también

de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 4 de noviembre de 1996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1998, 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

La incorporación tardía de las pruebas, sin embargo, sólo es posible si el Tribunal «las considera admisibles» según expresión del propio art. 729.3º; y en este caso, fundadamente estimó que no lo eran”.

La doctrina sobre esta cuestión y en relación en exclusiva del art. 729.3 puede articularse en tres puntos:

a) La denegación de una diligencia de prueba propuesta al amparo del art. 729.3 puede revisarse en casación vía art. 850.1 LECrim siempre que se haya verificado la oportuna protesta *in actu*.

b) Esa revisión solo será posible si la prueba se ajustaba estrictamente al presupuesto previsto en el art. 729: ha de ser "prueba sobre la prueba" (que tienda a corroborar o desacreditar el valor de las declaraciones de un testigo y no a introducir hechos distintos: ha de estar vinculada a otra prueba), y que se ofrezca en ese momento por alguna de las partes. Por "ofrecer" ha de entenderse no solo la proposición, sino también la posibilidad de practicarla en el acto (un documento que se entrega en ese momento; o un testigo no propuesto que está en estrados, v.gr). "Ofrecer" implica la aportación en ese momento. No es factible la suspensión del juicio oral que solo procedería, en su caso, ante "revelaciones o retractaciones **inesperadas**" (art. 746.6 LECrim).

c) Que concurren los demás requisitos que condicionan la prosperabilidad de un motivo por el cauce del art. 850.1 LECrim, en el bien entendido de que deberá ser muy superior el rigor al enjuiciar la **necesidad** de esa prueba, en la medida en que la ley deposita un mayor margen de discrecionalidad, como se ha razonado, en el Tribunal de instancia.

Desde estos presupuestos se hace viable el examen del motivo rechazándose la objeción de que la prueba era intempestiva: el art. 729.3º habilita un último momento apto para proponer ese tipo de pruebas con esos condicionantes. Cosa diferente es que esa prueba fuese idónea para menguar la credibilidad de la menor (que dijo ignorar si el recurrente tenía algo especial o no en sus genitales por no haberse fijado, manifestación que es no solo comprensible sino la más natural). Sí podía ser apta para refrendar las manifestaciones del "pseudo-perito", lo que explica bien que el Fiscal reproche que en ese momento no se reiterase el ofrecimiento por la defensa.

En cualquier caso **el motivo no es estimable**. La prueba, más que extravagante –que lo era, aunque eso no es causa de inadmisibilidad- resultaba absolutamente innecesaria e inútil, lo que hace superfluo adentrarse en examinar la corrección procesal de la silente estrategia del recurrente al inicio del juicio, recriminada por Fiscal y acusación.

Como recuerda la STS 881/2012, de 28 de septiembre, para la anulación de una resolución judicial por rechazo de alguna prueba es imprescindible que la

misma, sea no solo pertinente sino también necesaria. La **necesidad** es un requisito inmanente a todos los motivos de impugnación en los que se solicita la anulación con retroacción del procedimiento para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser **pertinente** en un juicio *ex ante*, pero carece de utilidad o necesidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. Sería absurdo anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba blandida para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena, por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, no puede arrastrar nunca una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio, aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: “...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. **En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.** Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2).”

No bastaría por tanto para que el motivo prosperase concluir que la prueba era pertinente o admisible en un juicio *ex ante*; o que, en efecto, la petición tenía cobijo legal. Habría que llegar a la conclusión de que la prueba era **necesaria** en el sentido de que su resultado podía haber incidido en el fallo, en una valoración *ex post*. Aquí la prueba no era ni necesaria ni útil en absoluto por dos órdenes de motivaciones». (F. J. 2º)

Prueba ilícita: doctrina. Conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 593/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 301/2013 de fecha 18/04/2013

«Como ha señalado reiteradamente esta Sala, el art. 11.1 de la L.O.P.J. establece con claridad que "en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal.

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya doctrina en esta materia nos vincula (Art. 5 1º LOPJ), ha matizado la aplicación del Art. 11 LOPJ, en función de la extensión que su propia jurisprudencia iba otorgando a las violaciones constitucionales en materia probatoria y las consecuencias anulatorias que esta extensión podía determinar en caso de aplicación ilimitada del efecto indirecto, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en la STC 81/98, de 2 de abril, dictada por el Pleno.

La conexión de antijuridicidad supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero esta conexión no es meramente causal sino que admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional. Es decir que para evitar extender hasta el infinito el efecto prohibitivo derivado del artículo 11.1 LOPJ, se admiten excepcionalmente factores de corrección. Este criterio del Tribunal Constitucional coincide, en líneas generales, con las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado sobre esta materia.

El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización. (F. J. 21º)

El análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

En primer lugar es necesario un análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en

los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.

Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, como sucede en el caso actual, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas.

Es solo en estos supuestos, por tanto, cuando cabe la posibilidad de analizar la prohibición desde el punto de vista interno para constatar si puede concurrir algún supuesto específico de desconexión». (F. J. 22º)

Prueba indiciaria. Víctima en ignorado paradero: acreditación bastante de su fallecimiento violento. Diferencias con la STS núm. 1043/2012.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«Aun encontrándonos ante la misma situación de fondo que examinaba la citada STS núm. 1043/2012, cual es la desaparición repentina de una persona sin saberse desde entonces su paradero, no coinciden ambos procedimientos en su situación probatoria. Nos referimos a la acreditación bastante de la intervención de terceros en aquella desaparición que permita estimarla forzada, resultando de ello la eventual comisión de uno o varios delitos. En el supuesto analizado por esta sentencia, el pronunciamiento absolutorio recaído en apelación, revocando la inicial condena en primera instancia, pivotó sobre la ausencia de vestigios sólidos y bastantes para estimar debidamente probada la intervención del allí acusado en la desaparición de la mujer seguida del hecho de haberle dado muerte (criterio que había mantenido el jurado popular). Se tildó, no obstante, de excesivo pensar que, ante el reconocido carácter involuntario de la desaparición de la supuesta víctima, existieran otras hipótesis alternativas a su fallecimiento que pudieran gozar del mínimo grado de probabilidad exigible para considerar excesivamente abierta a estos efectos la inferencia condenatoria dictada por el jurado popular en primera instancia, destacándose que *“...cualquiera que se aproxime a ese cuadro probatorio difícilmente no alcanzará la conclusión de que X ha fallecido y que la hipótesis de que haya iniciado otra vida, sin previo aviso, sin intento de contactar con sus personas más queridas, puede racionalmente descartarse, no siendo lógica otra alternativa. En ese extremo quizás cabría pensar en potencialidad suficiente del derecho a la tutela judicial efectiva como para torcer esa conclusión de la Sala de apelación...”*. Recordábamos, al efecto, cómo la Ley de Enjuiciamiento Criminal

consiente una condena por homicidio aunque no aparezca el cadáver (arts. 954.2º y 699 LECrim), incluso no mediando confesión, sin perjuicio de que en tales situaciones se establezcan más cautelas. Debemos rechazar ahora, como hacíamos entonces, toda proyección al ámbito penal de la regulación civil en materia de ausencia y declaración de fallecimiento (arts. 181 y ss. Código Civil), pues no permite extraer conclusiones en absoluto seguras desde una perspectiva penal. Son además muy distintas las finalidades a las que responde la regulación civil de ambas materias, construidas sobre supuestos y bases diferentes de las presentes en un proceso penal. Cuestión distinta es que del material probatorio practicado se siguiera en el caso examinado por la STS núm. 864/2012 la constancia probatoria de que en alguna forma el allí acusado hubiera provocado su desaparición y muerte. La razonabilidad de la tesis exculpatoria expuesta en tal sentido por el órgano de apelación motivó su confirmación absolutoria en sede casacional». (F. J. 11º)

Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad. Declaración de imputados: convalidación.

Recurso: Casación nº 2207/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 821/2012 de fecha 31/10/2012

«Con cierto afán recopilador y con abundante cita de precedentes la STS 91/2011, de 9 de febrero, aunque guardando fidelidad a la postura de la Sala Segunda más reticente a acoger sin matizaciones las directrices del TC, dice: ‘Por consiguiente, podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la “desconexión de antijuricidad”:

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse, o en el caso de ser sumarial ratificarse, en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre por supuesto, completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.

Requisitos los anteriores sin duda estrictos y rigurosos, ya que no debemos olvidar que nos hallamos, ni más ni menos, que ante un mecanismo que procura la excepcional convalidación del valor probatorio de las consecuencias derivadas de diligencias llevadas a cabo con vulneración de derechos fundamentales». (F. J. 13º)

Prueba ilícita. Principio de reconocimiento mutuo: Derecho comparado.

Recurso: Casación nº 258/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido y Tourón

Sentencia: nº 811/2012 de fecha 30/10/2012

«La valoración de esta doctrina matizada exige efectuar un excursus de derecho comparado, para constatar si en el espacio judicial europeo, en el que necesariamente nos movemos, la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de una forma rígida o extensiva, o más bien matizada conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo que es esencial sostener el principio de reconocimiento mutuo, principio que debe convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión.

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar su aplicación.

El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no solo confianza en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagran el derecho a un juicio equitativo, mientras que el artículo 48, párrafo segundo, de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa.

Pero aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que dicha pertenencia por sí sola no aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.

El refuerzo de la confianza mutua exige, además, una aplicación coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH. **Y en este ámbito es necesaria la homologación, o al menos aproximación, entre los estándares de protección de los derechos fundamentales y las garantías que ofrecen los sistemas penales de los diversos Estados que conforman la Unión.** (F. J. 9º)

Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art. 32), el denominado “*efeito-a-distancia*”, o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la “*inutilizzabilità*” de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Código di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la “*inutilizzabilità derivata*” se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el “*principio de lealtad en la aportación de la prueba*”, en la alemana, en la que se aplica la “*teoría de la ponderación de intereses*” por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada (“*fernwirkung des Beweisverbots*”), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina (“*fruits of the poisonous tree*”), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la “*exclusionary rule*”. Aun sin compartir, obviamente, esta regresión, es claro que **la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado**, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más

coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno ». (F. J. 10º)

Reconocimiento fotográfico en sede policial: diligencia de mera investigación.

Recurso: Casación nº 929/2012

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 283/2013 de fecha 26/03/2013

«Puede reconocerse hoy como pacífica una precisa jurisprudencia acerca de la admisibilidad de las diligencias de identificación de sospechosos de actos delictivos en sede policial. Se recoge ampliamente en la Sentencia de esta Sala 2ª, de fecha 28-3-2012, nº 263/2012, rec. 2235/2011 en la que se cita la jurisprudencia de esta Sala –por todas STS 994/2007 de 5-12–, de la que cabe recordar que los reconocimientos fotográficos **por sí solos no constituyen prueba** apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día y que, aunque lícita como línea de investigación, la policía **procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.**

También cabe citar la doctrina expuesta en la STS 503/2008 de 17 de julio advirtiendo que **el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes**". Y que los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la **presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de Letrado, o en el mismo acto del juicio oral**. Pero, incluso con tal previsión, en realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción". Porque la diligencia de reconocimiento **ni siquiera puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida** de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible.

En similar sentido cabe recordar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/2005 de 20 de diciembre, que atribuye a esos reconocimientos, policial o judicial, previos al juicio oral, naturaleza de mero **medio válido de investigación**.

Pero dada la trascendencia que puede trasladar al medio de prueba testifical ya a practicar en el juicio oral, también hemos reiterado la necesidad de que la diligencia previa a dicho juicio se revista de las garantías de credibilidad que señala la ley de enjuiciamiento y hemos ido perfilando en la doctrina jurisprudencial (STS 525/2011, de 18-5, 169/2011, de 22-3; 331/2009, de 18-5). Entre ellas,

recordábamos en la antes citada 263/2012, que se realice mediante la exhibición de **un mínimo lo más plural posible de clichés** fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc...) coincidentes con las ofrecidas inicialmente en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

Por otra parte, en la Sentencia de esta Sala 2ª, de fecha 29-5-2012, nº 478/2012, rec. 11834/2011 advertimos de las consecuencias que se derivan en orden a la presunción constitucional de inocencia en el caso de que quien reconoció previamente a un sospechoso como el verdadero autor del hecho delictivo, en el juicio oral no reitera esa identificación. Si en tal caso resta como elemento de juicio la identificación realizada a medio de fotografía en sede policial, **se suscita la cuestión de si la presunción de inocencia puede ser enervada por estimar prueba suficiente lo que la testigo manifestó ante los agentes policiales, y si la asunción de tales declaraciones es compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías.**

Recordábamos entonces la insuficiencia de una declaración policial para enervar la presunción que la Constitución establece a favor de la inocencia. Y glosábamos la resolución de la contradicción entre tesis hasta ese momento contrapuestas, que fue zanjada por la STC 68/2010 y por las del TS 603/2010 de 8 de julio, y 1055/2011 de 18 de octubre, abandonando lo acordado por el pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 28 de noviembre de 2006. (F. J. 2º)

(...)

A tales premisas resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial antes extractada.

Conforme a la misma, la diligencia de reconocimiento fotográfico no era necesaria para iniciar una investigación que permitiera conocer los eventuales sospechosos. Estos ya habían sido determinados policialmente. Por más que por una unidad de Madrid y no por la unidad policial que llevó a cabo el reconocimiento fotográfico. Por lo que aquella diligencia policial se contraponía frontalmente a la previsión legislativa.

Las fotografías exhibidas eran todas de personas ya bajo sospecha, sin añadir la de personas notoriamente ajenas al hecho. Por ello restaban al resultado la credibilidad requerida. El testigo estaba totalmente conducido de suerte que más que una identificación simplemente se le pedía una "confirmación" de la sospecha policial.

En ningún momento se llevó a cabo ¡en nueve años! una diligencia de reconocimiento dirigida por juez imparcial y con asistencia Letrada al reconocido, que hubiera salido al paso de eventuales distorsiones de elementales cautelas como las vulneradas policialmente.

En el juicio oral, con los sospechosos presentes físicamente, ningún acusado los reconoció como partícipes en los hechos. Es decir que los testigos,

como medio de prueba, no dieron el resultado que permita tener por enervada la presunción de inocencia. Desde luego la mera ratificación de que en su día efectivamente participaron en la diligencia policial no supone la automática conversión de un medio de investigación en medio de prueba ya que aquella mera afirmación no equivale al debate sobre el contenido y credibilidad de tal testimonio que justifica la asunción de una declaración policial como declaración en juicio oral.

Y ello porque como dijimos en la citada Sentencia de 29 de mayo de 2012, ante esa ausencia durante el juicio oral de reiteración en la afirmación del testigo solo resta una declaración que no constituye medio de prueba por vertida fuera de la sede en que tal medio se debe producir.

Ciertamente el Tribunal afirma que ha examinado los DNI falsos y estima que las fotografías insertas en ellos coinciden con la de las personas acusadas.

Desde luego no consta que el Tribunal haya puesto de manifiesto a las partes la posibilidad de intervenir en tal reconocimiento o comparación de las personas acusadas con las fotografías. Y aunque el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el Tribunal examinará por sí mismo las piezas de convicción, aquella comparación excede de tal reconocimiento pues los acusados no son piezas de convicción y lo que hace el Tribunal en la comparación abarca a piezas y a acusados.

Aún cabe añadir que la sentencia no especifica qué acusados, que son cinco, se corresponden con las fotografías en los DNI, que son tres, y que en los hechos probados no se indica en que hechos concretos se intervino un DNI falso y cual era la persona que lo utilizó. De ello se habla ya en sede de fundamentos jurídicos que no es el adecuado a tal efecto.

Pero es que, y es lo más relevante, el Tribunal, no solamente se ahorra hasta la más mínima justificación de su convicción acerca de la identidad de los acusados con las personas representadas por las fotografías, sino que, en todo caso, tal reconocimiento no puede ir más allá, y, en consecuencia no puede acreditar que esas idénticas personas sean las mismas que estaban en el lugar de los hechos el día en que ocurrieron. La credibilidad que merece la convicción del Tribunal en ese particular no puede superar la duda que suscita quien, en mucho más ventajosa situación, como el testigo, no se atreve a hacer esa afirmación.

Por todo ello concluimos que no existe prueba suficiente válidamente obtenida y producida con garantías en juicio oral que permita afirmar la veracidad de la imputación de que los acusados eran las personas que llevaron a cabo los hechos que les imputan». (F. J. 3º)

Silencio del acusado: valor corroborador.

Recurso: Casación nº 10595/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 1073/2012 de fecha 29/11/2012

«El ejercicio por varios de los acusados de su derecho a no contestar las preguntas de la acusación pública no es la razón de la condena, como sugiere alguno de los recurrentes. También ese tema está analizado con acierto en la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo). El apoyo probatorio de la condena radica en la acreditación de que los recurrentes viajaban en esa embarcación con unas dimensiones que hacen presumir que no podían ignorar ni el cargamento ni la finalidad del desplazamiento. Partiendo de esa sólida prueba, el silencio de alguno de los acusados o sus explicaciones inconcretas y huérfanas de racionalidad, hacen descartar cualquier alternativa diferente de la que racionalmente infiere cualquier observador. No hay en esa forma de valorar la prueba nada contrario ni a la presunción de inocencia ni al derecho a no declarar contra sí mismo. La actividad probatoria no descansa en el silencio de los acusados o en su negativa, sino en la evidencia de su detención a bordo de una embarcación con gran cantidad de droga. Acreditado eso, en un segundo momento valorativo se hace necesario refutar las posibles hipótesis alternativas diferentes a la colaboración deliberada consciente en los hechos que podrían explicar esos datos objetivos. Es en este plano ulterior donde entra en juego la ponderación de las alegaciones de los acusados. Si han aducido otra hipótesis con pretensiones explicativas será necesario refutarla poniendo de manifiesto su irracionalidad o su incompatibilidad con otros elementos acreditados. Si sencillamente han guardado silencio no ofreciendo otra explicación de esos datos objetivos y verificados, puede legítimamente concluirse que se debe a que no hay otra explicación posible. De existir, se hubiese expuesto. Eso no significa que la condena se base en el silencio, sino que la prueba de cargo sigue incólume pues la persona a cuya culpabilidad apunta no alega otra explicación diferente que refute su inequívoco carácter inculpatario.

En el sentido indicado la STS 1736/2000 de 15 de noviembre razona así: *«es valorable como “indicio” el ejercicio por el acusado en el plenario de su derecho a no declarar. El acusado, que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar por tanto la prueba de su culpabilidad. La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva, y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros»*.

Cuestión distinta a la indicada es el alcance que en determinados supuestos pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario. El supuesto fue contemplado por el TEDH en un muy citado pronunciamiento, el asunto *Murray*, (STEDH de 8 de febrero de 1996). Doctrina similar se compendia en la sentencia que resolvía el asunto *Landrome*, que lleva fecha de 2 de mayo de 2000. Advierte el TEDH que *«los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de*

utilizar el silencio del acusado en su contra» ya que «sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar». Pero se apresura a continuación a admitir que esa premisa no impide «tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo». De esa doctrina se ha hecho eco el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 137/1988, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio): ese mecanismo de apreciación «sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación... **no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga.** Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial... como corroboración de lo que ya está probado... es situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible». En esta misma Sala Segunda han proliferado también pronunciamientos en idéntica dirección: SSTS 554/2000 de 27 de marzo ó 358/2004 de 16 de marzo). Como señala la STS 874/2000, de 24 de mayo, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte acerca de los hechos.

Conviene remarcar el carácter meramente accesorio de ese tipo de indicios (silencio del acusado o, en su caso, explicaciones inverosímiles o inveraces). La condena no puede descansar nunca de manera exclusiva o fundamental en ello. Así lo destaca la STC 61/2005, de 14 de marzo. <<Finalmente, se otorga un peso específico (en la sentencia objeto de ataque) a la conducta procesal del demandante, ya que se dice que es “su propia negativa y su forma de defenderse” la que lleva a la conclusión de que es autor de los hechos. Ahora bien, como se afirmó en la STC 161/1997, de 2 de octubre, F. 5, acogiendo la doctrina expresada en la precedente STC 197/1995, de 21 de diciembre, F. 6, “el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia” y, por otra parte, su declaración, “a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones”, de tal forma que “los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”. Por consiguiente, y aunque es cierto que en alguna ocasión este Tribunal

ha reputado lógico, racional y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad (vid. la STC 202/2000, de 24 de julio, F. 5, si bien ha de subrayarse que en el supuesto allí examinado la condena se asentó en otras pruebas de cargo válidas), tal deducción ha de realizarse, en circunstancias muy singulares, en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles. Como quiera que, tal como se ha dejado dicho, en el supuesto actual no existe ningún otro elemento de prueba, la valoración negativa del silencio del recurrente ha quebrantado su derecho a la presunción de inocencia».

La STC 26/2010, de 27 de abril matiza reiterando el valor corroborador que en ciertas situaciones puede tener ese silencio: *“Como se desprende de la lectura de las resoluciones impugnadas, la condena se funda esencialmente en las declaraciones de los funcionarios policiales que habían participado en el proceso de investigación, detención de la acusada y ocupación de la droga oculta bajo su ropa, sometidas tales declaraciones a la debida contradicción en el acto del juicio oral y respecto de las que la recurrente no plantea óbice alguno de constitucionalidad. Junto a ello, la Audiencia Provincial ha tomado en consideración el propio silencio de la recurrente, considerando (...) que, ante el contenido de las grabaciones de las intervenciones telefónicas realizadas y el restante material probatorio, era exigible una explicación que la recurrente se negó a proporcionar, negándose a contestar las preguntas de la acusación formuladas en el acto del juicio. Por lo demás, frente a la relevancia que se otorga en la demanda a la declaración prestada por la demandante de amparo ante la policía, de la lectura de las Sentencias recurridas se puede inferir que tal testimonio no ha sido tenido en cuenta por el órgano judicial para fundar su condena, sino que le ha otorgado relevancia únicamente para enervar la presunción de inocencia de la otra persona coimputada en el proceso penal. Por ello, no procede entrar a analizar aquí su validez como medio de prueba. Junto a ello, pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. **A este respecto, hemos afirmado que "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria"** (SSTC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15); **ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, FJ 15, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6), tal como acontece en el presente caso.***

La decisión de la Sala de instancia respeta escrupulosamente el carácter accesorio o complementario y no fundante de ese indicio (explicación fútil o ausencia de explicación) conforme a esta doctrina que demuestra conocer bien.

No hay pues violación de la presunción de inocencia: la deducción sobre el conocimiento por parte de todos y cada uno de los recurrentes del transporte de droga y su voluntaria cooperación al mismo con misiones diversas en esa tarea

conjunta está bien fundada y ha sido extraída con racionalidad de la actividad probatoria desplegada». (F. J. 3º)

Testifical de víctima menor de edad: doctrina.

Recurso: Casación nº 788/2012

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1016/2012 de fecha 20/12/2012

«3. Ciertamente, en nuestro caso, el relato de lo verdaderamente acontecido se corresponde con la descripción efectuada por el recurrente. Lo que ocurre es que no podemos coincidir con el análisis y conclusión a que llega el mismo, aunque haya que proclamar, que la doctrina general, a efectos de práctica de prueba testifical en el juicio oral, sigue siendo la de su desarrollo presencial ante el órgano encargado del enjuiciamiento, garantizando una inmediatez directa y completa por parte de sus miembros. Y ello aunque el testigo o víctima fuere un menor y hubiere depuesto ante el Juez de Instrucción.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", disponiendo en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra".

Por su parte, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Realmente, no puede aceptarse -como a veces se sostiene- que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria. Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y

disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo.

Así, la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

La Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Y el mismo texto añade que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley", admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen "a través de *videoconferencia u otro sistema similar* que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

Y, finalmente, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que "el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ".

Debe tenerse en cuenta que la propia interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 16 de junio de 2005 "caso Pupino", sobre los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de

15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal si recomienda la declaración de los niños “*fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta*”, de ningún modo excluye la realización de aquella con la intervención de los magistrados encargados del enjuiciamiento en la fase de juicio oral.

Por todo ello ha de ponerse el acento en que, con la misma habilidad, cautelas y medios con los que pueda llevarse a cabo la exploración-entrevista en la fase de instrucción como prueba anticipada, puede y debe realizarse la prueba **ante el Tribunal de instancia**, conforme a las previsiones de los arts 325 LECr, 707 LECr y 229 LOPJ, evitándose, naturalmente, la victimación secundaria o revictimación del compareciente.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, sólo, **excepcionalmente**, cuando se den las circunstancias (concurrentes, por cierto, **en nuestro caso**) de acentuada minoría de edad del testigo-víctima, comprobación por el propio Tribunal (con los asesoramientos pertinentes en su caso) de la realidad y corrección técnica de la exploración y de su **grabación** en soporte audiovisual, fácilmente reproducible en la vista, y de que se han salvaguardado los principios de inmediación, contradicción y defensa, **podrá** tenerse la exploración por realizada, y surtir los efectos probatorios que correspondan, sin necesidad de su repetición en el juicio oral (En este sentido vide nuestra STS de 14-3-2006, nº 332/2006)». (F. J. 1º)

Testifical de víctima menor de edad: reproducción audio videográfica

Recurso: Casación nº 788/2012

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1016/2012 de fecha 20/12/2012

«Y tal como manifiesta la sentencia recurrida, nuestra jurisprudencia admite la reproducción audiovideográfica del testimonio del menor llevado a cabo en la fase de instrucción, con todas las garantías ya señaladas, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDCP o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Esta línea inspiradora encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20/11/1989 y en vigor en España desde 05/01/1991 (art. 96.1 CE), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39.4 CE.

"los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (SSTS nº 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007, ó 429/2002) opta por una ampliación de la idea de «*imposibilidad*» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y

797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley. De hecho, tal valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos *"la supremacía del interés del menor"* [apartado a)] y *"la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal"* [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección *"se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor"*. Es más, en su art. 17, la propia Ley Orgánica contempla el mandato de que:

"en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia".

Como nos recuerda la STS nº 96/2009, antes citada, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que:

"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño"». (F. J. 1º)

Testifical del menor de edad: ponderación de intereses.

Recurso: Casación nº 11907/2011 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 714/2012 de fecha 02/10/2012

«En el presente caso el problema que se plantea tiene que ver con los supuestos de la necesidad y oportunidad de la prueba en el juicio oral en aquellas situaciones con las que entran en colisión las necesidades de prueba de un proceso penal que puede acabar con una sentencia condenatoria, y el contenido esencial del derecho de defensa del imputado, de una parte, y los derechos del menor en el proceso penal que como, víctima, es llamado a proporcionar los datos del hecho enjuiciado.

En la valoración sobre la necesidad ha de ponderarse, de una parte, el derecho del acusado a interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2

CE y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta), y el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. En los términos de la STS 429/2002, de 8 de marzo, "La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra". El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Esta jurisprudencia, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal cuando éstos son testigos del hecho criminal, obliga a compaginar las exigencias de su específica protección con las que en el derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3.d del CEDH), indica la necesidad de un equilibrio, una ponderación entre los intereses descritos, ponderación que ha de ser racional y explicitada en la motivación de la resolución que se dicte.

El tribunal de instancia inició el interrogatorio, y cuando la menor ya había ratificado el contenido esencial de la denuncia es cuando se produce la situación, que el Presidente califica de "tortura", y decide acabar con la situación de riesgo para la menor, lo que es aceptado por la defensa.

En el caso el tribunal oyó en declaración a la madre y abuela de la menor, testigos referenciales de hecho, que lo denunciaron. Ha valorado la pericial médica sobre la realidad de las lesiones en la zona anal, compatible dice el médico con los abusos sexuales denunciados, y ha valorado las periciales de los psicólogos afirmando las secuelas y la credibilidad del testimonio de la menor. Todo el anterior acervo probatorio hace plausible el hecho probado y la condena del acusado.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria derivada de la testifical de la menor y de las corroboraciones con las que se ha dispuesto, el motivo se desestima». (F. J. Único)

RECURSO DE CASACIÓN.

Admisibilidad del recurso.

Recurso: Casación nº 1371/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 145/2013 de fecha 14/02/2013

«Hay que decir que el objeto del proceso queda fijado en las calificaciones provisionales de la acusación siempre que estas reúnan los requisitos exigidos, esto es, un relato de hechos comprensible y una subsunción o calificación jurídica, por lo que se refiere a los imputados, la apertura del juicio oral contra ellos equivale en el procedimiento abreviado al auto de procesamiento, es decir se está en presencia de un auto de imputación formal acordado por el Sr. Juez Instructor y que exterioriza un juicio de probabilidad que justifica su traída al juicio oral para la práctica de las pruebas, de cargo y de descargo, y fijar de forma definitiva los hechos y la calificación jurídica a la vista de todo lo practicado, siendo claramente extemporáneos en este momento las estrategias relativas a la interpretación del delito de cohecho, cuestión que se debe quedar reservada para el Plenario sin anticipar decisiones en este momento, lo que en modo alguno es admisible.

Lo relativo a la adopción de uno u otro procedimiento, toda vez que el cohecho es competencia del Jurado y no los otros delitos, es una cuestión a resolver por las reglas de la conexión delictiva, no siendo válido el planteamiento del tener que elegir uno u otro procedimiento con las consecuencias de sobreseer --en su caso-- el delito de cohecho, disyuntiva que supone una flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al *principio pro actione* en relación a los tres recurrentes.

En definitiva, en la medida que el auto recurrido ha cercenado de forma indebida las facultades de la acusación, procede estimar los recursos de casación instados por el Sr. Abogado del Estado, Ministerio Fiscal y Unión de Consumidores Valencianos, en el sentido de que se remitan las actuaciones al Sr. Juez de Nules nº 1, por conducto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección I, para que éste con absoluta libertad de criterio dicte nuevo auto de apertura con expresión de las personas contra las que se abre y de los delitos que se les imputan, concretando el tipo de procedimiento teniendo en cuenta las reglas de la conexión delictiva, lo que supone una admisión parcial del recurso en los términos expuestos, que difieren, aunque no en forma esencial, de lo solicitado por los recurrentes que interesaban la nulidad del auto recurrido y el mantenimiento del auto de apertura de juicio oral dictado en su día por el Sr. Juez Instructor». (F. J. 4º)

Cuestión nueva: excepciones a su inadmisibilidad.

Recurso: Casación nº 2365/2011
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 705/2012 de fecha 27/09/2012

«La doctrina sobre la posibilidad de abrir la casación a cuestiones no debatidas en la instancia se articula en dos puntos:

a) El ámbito de la casación y en general de los recursos se ciñe a los temas o pretensiones que fueron planteados formalmente en la instancia por las partes. No pueden introducirse *per saltum* cuestiones diferentes, hurtándolas al necesario debate contradictorio en la instancia y a una respuesta que a su vez podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon (SSTS. 545/2003 de 15 de abril, 1256/2002 de 4 de julio, 344/2005 de 18 de marzo o 157/2012 de 7 de marzo).

b) Ese principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) de la LECrim proporciona cierta base legal para esa excepción, aunque en un ámbito muy específico). De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos cuya aplicación hubiese beneficiado al reo. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante. Para admitir esa excepción se suele exigir la constancia en la sentencia de todos los requisitos exigibles para la aplicación de la atenuante. Si no se abriese esa puerta se llegaría, en palabras de la STS 707/2012, de 26 de abril *“a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor”* (STS 157/2012 de 7 de marzo). En fechas más recientes reitera esa doctrina la STS 438/2012, de 16 de mayo: *“En efecto este criterio, como señala la STS 707/2004 de 20 de abril, se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba el examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1.7.2002, 4.7.2002, 15.4.2003).*

La doctrina jurisprudencial -por ejemplo STS 357/2005 de 22.3, 707/2002 de 26.4- admite no obstante, dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar, cuando se trate de infracciones penales sustantivas cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional, porque su concurrencia conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada.

Este último supuesto que por regla general se refiere a la concurrencia de circunstancias atenuantes independientemente de que se hayan aducido o no por la defensa, cuando todos los requisitos exigibles para su estimación aparezcan en el "factum", podría aplicarse por idénticas razones a la indebida aplicación de una circunstancia agravante por no aparecer sus elementos definidores en la referida relación histórica.

Esa jurisprudencia, combinada con las consideraciones antes vertidas, permiten adentrarse en el alegato que da contenido al segundo de los motivos de casación». (F. J. 3º)

Cuestión nueva: límites.

Recurso: Casación nº 1568/2012

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 383/2013 de fecha 12/04/2013

«Recordemos la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión nueva que se articula en dos puntos:

- El ámbito de la casación y en general de los recursos se restringe a las cuestiones, temas o pretensiones que fueron planteadas formalmente en la instancia por las partes. No pueden introducirse *per saltum* cuestiones diferentes, hurtándolas del necesario debate contradictorio en la instancia y de una respuesta que, a su vez, podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon (SSTS. 545/2003 de 15 de abril, 1256/2002 de 4 de julio, 344/2005 de 18 de marzo ó 157/2012 de 7 de marzo).

- Ese principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) de la LECrim proporciona cierta base legal, aunque en un ámbito muy específico, para esa excepción). De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos cuya aplicación hubiese beneficiado al reo. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante. Pero nunca una alegación contra reo porque con ello padecería no ya el principio de contradicción (lo que se puede salvar con la contradicción propia de la casación) sino el derecho a ser informado de la acusación que rige con plenitud en las dos instancias. No puede ser subsanada su merma en vía de recurso, porque a ese derecho se anuda las

posibilidades de defensa basadas no solo en alegaciones, sino también en proposición de pruebas». (F. J. 7º)

Cumplimiento de las exigencias del art. 14.5 PIDCP.

Recurso: Casación nº 1247/2012
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 341/2013 de fecha 09/04/2013

«No existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP». (F. J. 1º)

Falta de legitimación de acusación particular que carecía de poder especial para querellarse.

Recurso: Casación nº 2322/2011
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 810/2012 de fecha 25/10/2012

«La exigencia de poder especial para querellarse que exige el art. 277 LECriminal no es un capricho, el ejercicio de acciones penales supone un aliud más grave y cualitativamente distinto de los poderes de naturaleza civil, la exigencia del poder especial y de la concreción de la persona y delitos posibles persigue la verificación de una concreta voluntad por parte del poderdante de querer ejercer las acciones penales, constituyéndose en parte desde el inicio de la causa penal.

Ciertamente, tal requisito es subsanable, como se ha dicho, según reiteradísima jurisprudencia que por conocida exime de su cita. En el presente caso se le requirió para la subsanación, lo que ocurrió es que no se cumplió con lo exigido, con independencia que haya sido en el Plenario cuando, a instancias de la defensa, el Tribunal a quo lo ha advertido y declarado, apartando del proceso a la entidad.

La confirmación de la decisión del Tribunal de instancia, viene a dar respuesta a la segunda cuestión relativa a la legitimidad del recurrente para sostener el recurso de casación, cuestión a la que se refiere el Ministerio Fiscal.

Resulta claro que si la entidad Pxxxx Oxxxx S.A. no estaba legitimada para personarse como parte e iniciar una querrela contra el absuelto, es igualmente evidente que no está legitimado para recurrir en casación contra dicha resolución.

Ciertamente el art. 854 LECriminal permite la interposición del recurso de casación al Ministerio Fiscal y a los que hayan sido parte en los juicios criminales, o sean condenados y a los herederos de unos y otros.

En el presente caso, declarado que la entidad Pxxxxx Oxxxxx S.A. debe ser apartada del proceso por las razones expuestas --con independencia que se siga la

causa por acusar el Ministerio Fiscal-- es evidente que carece de legitimidad para formalizar recurso de casación, lo que no debió serle permitido.

Por ello, técnicamente más que rechazar los motivos del recurso, lo que procedería sería declarar mal admitido el recurso, lo que en este momento procesal opera como causa de desestimación». (F. J. 3º)

Incongruencia omisiva: nuevo régimen de impugnación.

Recurso: Casación nº 901/2012
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 307/2013 de fecha 04/03/2013

«...el régimen jurídico de la impugnación por la vía del art. 851.3 de la LECrim. ha experimentando un cambio sustancial, ya destacado por la más reciente jurisprudencia de esta Sala, respecto de los términos de su alegación. En efecto, como decíamos en nuestras SSTS 933/2010, 27 de octubre y 1094/2010, 10 de diciembre, entre otras, la incidencia que, en la reivindicación casacional del defecto de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3 de la LECrim., puede llegar a tener la reforma operada por la LO 19/2003, 23 de diciembre, que ha ensanchado la funcionalidad histórica asociada al recurso de aclaración de sentencia. En efecto, el apartado 5 del art. 267 de la LOPJ dispone que *“...si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla”*.

Dada la excepcionalidad que es propia del recurso de casación y, sin perjuicio de ponderar, en cada caso concreto, la relevancia constitucional de la omisión en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, está fuera de duda que aquellos errores puramente formales, subsanables mediante la simple alegación ante el Tribunal *a quo*, habrán de hacerse valer por medio del expediente acogido por el art. 267.5 de la LOPJ. Su alegación tardía en casación puede exponer otros derechos fundamentales, de similar rango constitucional al que se dice infringido, a un injustificado sacrificio, mediante la retroacción del proceso a un momento anterior con el exclusivo objeto de subsanar lo que pudo haber sido subsanado sin esfuerzo ni dilación alguna». (F. J. 2º)

Quebrantamiento de forma: denegación de prueba (requisitos: protesta en tiempo y forma).

Recurso: Casación nº 1459/2012
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 327/2013 de fecha 04/03/2013

«Aunque la queja se encauza por la doble vía apuntada -art. 852 LECrim por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y art. 850.1º -por quebrantamiento de forma- el motivo ha de ser analizado, desde esta última perspectiva El art. 852 no puede convertirse en un expediente para burlar los requisitos de los tradicionales motivos de casación por *error in procedendo* (SSTS 430/2000, de 17 de marzo, y 1073/2012, de 29 de noviembre). La invocación del art. 852 en lugar del art. 850.1º no permite escapar de los condicionantes de este precepto. Si fuese así, sobraba el art. 850 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por el cauce del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno. Por tanto *in casu* debemos exigir para la viabilidad del motivo que se trate de prueba propuesta en tiempo y forma y que se haya formulado en su momento la preceptiva protesta.

Enfocado así el tema son varias las razones, tanto de forma como de fondo, que conducen al rechazo del motivo:

a) No ha escapado al atento examen del Fiscal, en primer lugar, la divergencia parcial entre lo que ahora se pide en casación y el contenido de la prueba reclamada en la instancia. Ahora se amplía su contenido a las conversaciones mantenidas por esa vía entre la denunciante y su amiga Rocío. Tal punto ha de quedar contundentemente rechazado. No se trata de prueba propuesta en la instancia.

b) En cuanto a las conversaciones entre víctima y acusado, hace notar también el fiscal el incumplimiento de un requisito exigido por la Ley Procesal (art. 659.4 LECrim): la preparación del recurso mediante la oportuna protesta. Estamos ante un procedimiento ordinario. En el procedimiento abreviado el momento previsto para efectuar esa protesta es el inicio de las sesiones del juicio oral tras una nueva tentativa de admisión de la prueba. En el procedimiento ordinario, según una clásica jurisprudencia que es recordada por el Ministerio Público, la reclamación, que conecta con lo dispuesto en el art. 884.5 LECrim, ha de elevarse tras la notificación del Auto denegatorio. Ante la falta de indicación legal la jurisprudencia ha oscilado entre los cinco días previstos para la interposición del recurso de casación o los tres días propios del recurso de súplica. La jurisprudencia más reciente se inclina por la analogía con la preparación de una casación, pero en ningún caso ha prescindido de esa exigencia que es algo más que un mero obstáculo formal.

(...)

c) Robustece ese argumento indagar la actitud procesal de la defensa durante la causa. Fue ella quien instó en fase de instrucción la práctica de esa prueba mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2010 (folio 98 de la causa), que concretaba en el examen del “ordenador” tanto del imputado como de la víctima. La prueba sería denegada mediante auto de 20 de enero siguiente por considerarse inútil e innecesaria. El recurso de reforma interpuesto por la defensa contó con el apoyo del Ministerio Público (folios 110 y siguientes) y fué estimado (auto de 20 de abril de 2011, folio 129). Se acordó su práctica a cuyo fin se ofició a la Unidad de delitos Tecnológicos. El recurrente fue citado para comparecer el 11 de mayo (folio 137). Explicó (folio 138) que había “reformateado” su ordenador en varias ocasiones desde la fecha de los hechos y que no lo tenía configurado para

archivar las conversaciones telemáticas mantenidas. Ante ello, a instancia de la defensa (folio 144), se requirió al padre de la denunciante para poner a disposición del Juzgado el ordenador utilizado por su hija. Manifestó que se encontraba averiado (folio 148) lo que movió al juzgado a considerar de imposible ejecución la prueba expresándolo mediante el auto obrante a los folios 149 y 150. Nada adujo la defensa ante esa resolución. Cuando se declaró concluso el sumario y se elevaron las actuaciones a la Audiencia, el Ministerio Fiscal solicitó la revocación del auto de conclusión para practicar nuevo informe psicológico (folio 33 del rollo) petición a la que se adhirió la defensa que instó otra prueba complementaria (folio 37) en el traslado previsto en el art. 627 LECrim (según la reforma de 2009 que incorporó al texto legal lo que una antigua jurisprudencia constitucional venía reclamando entender ese trámite también con las partes pasivas del proceso). Nada adujo tampoco en ese momento la defensa sobre la incorporación de esas conversaciones. Cuando tras la práctica de las diligencias acordadas por la Audiencia Provincial se dictó nuevo auto de conclusión, la defensa se mostró conforme con él al evacuar el trámite del art. 627 LECrim. Esa secuencia es indicativa de una actitud de anuencia con esa renuncia a la práctica de esa prueba que había quedado reflejada en el citado Auto obrante a los folios 149 y 150. El aquietamiento de la defensa no solo se muestra en la ausencia de protesta señalada por el Fiscal, sino que es congruente con todo el *iter* que se ha detallado.

d) Por fin, faltan también presupuestos de fondo para la viabilidad de este motivo; singularmente, la posibilidad de la prueba. No disponiéndose de las computadoras usadas para esas comunicaciones deviene inviable su recuperación, salvo una laboriosa y de dudoso éxito tarea técnica que explore la posibilidad de hallazgo de las mismas en un aparato averiado. No hay forma alternativa de conocerlas como evidencia la consulta del art. 3.2 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Es impensable que esas conversaciones puedan estar almacenadas en un lugar distinto del dispuesto por los comunicantes.

La protesta ha de rechazarse en sus dos formatos (constitucional -art. 24.2 CE- y legal –art. 850.1 LECrim)». (F. J. 2º)

Quebrantamiento de forma: incongruencia omisiva (art. 851.3º LECrim) previa interposición de recurso de aclaración.

Recurso: Casación nº 11181/2012 P
Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 405/2013 de fecha 08/05/2013

«La doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar ese precepto (SsTS de 30 de Enero y 3 de Octubre de 1997, entre muchas otras) es insistente en proclamar la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos para la constancia de la efectiva presencia del vicio denunciado.

Tales requisitos son: a) una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador y que no pueda suplirse ni aún acudiendo, incluso con motivo del Recurso de Casación, al

contenido implícito de su Resolución; b) que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes; y c) que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico.

Pues bien, aunque en este caso se cumple la última de tales exigencias ya que, indudablemente, lo alegado era una cuestión de carácter tan sustantivo como la infracción del derecho a conocer los términos concretos de la acusación, no ocurre lo mismo con los otros dos requisitos.

En primer lugar porque no se planteó la cuestión cuya ausencia de respuesta se alega, en el tiempo y en la forma debidos, ya que ni en el escrito de conclusiones provisionales ni al comienzo del Juicio oral se formuló protesta alguna acerca de la falta de concreción, por parte del Ministerio Público, de los hechos atribuidos al recurrente, siendo tan sólo en el Informe final, según en el propio Recurso se reconoce, cuando tal alegación se efectúa.

Debiendo señalarse además que tampoco hizo uso la parte de la vía procesal que le ofrece el artículo 267 de la Ley Orgánica procesal, en su redacción actual tras la reforma del mismo operada por la LO 19/2003, para que se subsanase el defecto denunciado por el propio Tribunal que dictó la Resolución defectuosa, a fin de que, de existir tal incorrección, dictase el correspondiente Auto de aclaración cuyo ámbito pudiera abarcar la complementación que ahora se interesa en sede casacional». (F. J. 1º)

Resoluciones recurribles: auto recaído en apelación frente a auto de prosecución de las actuaciones.

Recurso: Casación nº 2201/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 815/2012 de fecha 26/10/2012

«La otra cuestión controvertida consiste en especificar en qué casos cabe recurso de casación contra autos en el procedimiento abreviado. El tema, ha sido muy debatido originando una profusa jurisprudencia que ya está relativamente asentada. El silencio de la Ley, a tenor de la cual nunca cabría ese recurso salvo frente a algunos autos de competencia o dictados en la fase de ejecución, ha de suplirse con la doctrina de esta Sala Segunda.

A tenor de los arts. 636, 847 y 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la resolución impugnada no sería atacable en casación. Sólo cabe tal recurso frente a Autos en los casos expresamente previstos por la Ley, entre los que no se encuentran las resoluciones de un Tribunal resolviendo recursos contra autos del Instructor. La modificación del art. 848 operada con motivo de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se refiere a los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo un recurso de apelación. Pero está pensando en ese

procedimiento especial y no en las causas contra aforados. En todo caso su dicción no incide en los razonamientos que siguen.

La afirmación del párrafo segundo del citado art. 848 relativa a la recurribilidad de los autos de sobreseimiento (solo pueden recurrirse en casación cuando el sobreseimiento es libre y existe un auto de procesamiento) es clara. Pero ha de ser profundamente modulada a la vista de esa aludida jurisprudencia que cristalizó finalmente en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 9 de febrero de 2005.

Como en el procedimiento abreviado la fase intermedia se desplazó del órgano sentenciador al órgano Instructor, es éste habitualmente el llamado a abortar el procedimiento anticipadamente mediante el sobreseimiento. Esta reordenación procesal cercenó significativamente la posibilidad de recurso de casación frente a autos en el procedimiento abreviado. Los autos de sobreseimiento dictados por el Instructor no son en principio susceptibles de casación, sino solo de apelación. La resolución de la apelación cierra como norma general la instancia. La jurisprudencia más tradicional negó la posibilidad de casación frente a tales autos (Autos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 y 31 de octubre de 1990, 26 de febrero y 2 de octubre de 1992; y 9 de junio de 1993). No obstante en la primera mitad de la década de los noventa se abrió una brecha en esa posición iniciándose una tendencia jurisprudencial, que ya puede considerarse enraizada, favorecedora de un entendimiento que no cancelase de manera absoluta la posibilidad de casación. La STS de 21 de mayo de 1993 es la primera de una larga serie de resoluciones favorables a la recurribilidad en casación de los autos de sobreseimiento libre en el procedimiento abreviado, siempre que se den ciertos requisitos construidos a través de una interpretación recreadora del art. 848 de la Ley Procesal Penal. El citado Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 9 de febrero de 2005 ha reconducido esa línea jurisprudencial a unos parámetros comunes. Hay que exigir ciertos requisitos para no desbordar la aplicación analógica del art. 848 de la Ley y no llegar a la perversa y paradójica consecuencia de instaurar un régimen de recursos más flexible y amplio en el procedimiento abreviado que en el ordinario.

El punto de partida es el citado art. 848: sólo cabe recurso de casación contra los autos definitivos dictados por la Audiencias cuando se trate de sobreseimiento libre y exista una persona procesada. Como en el procedimiento abreviado no existe auto de procesamiento, no puede exigirse esa condición pero sí será necesario que se haya producido una resolución equivalente. El aludido acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda se refiere a tres requisitos que presenta con carácter compilador:

a) Es indispensable que estemos ante un sobreseimiento libre (art. 848) y no ante un sobreseimiento provisional. Sólo el primero permite una revisión adecuada en casación a través del art. 849.1º.

b) Se exige igualmente que el enjuiciamiento de las infracciones objeto del procedimiento por su penalidad estuviese atribuido a la Audiencia y no al Juzgado de lo Penal (entre otras, sentencia 1467/1998, de 25 de noviembre). Con ello se quiere evitar el sinsentido de que el auto de sobreseimiento pudiese llegar a casación y no la sentencia.

c) No puede faltar algún tipo de resolución o acto procesal equivalente al procesamiento (auto de 31 de mayo de 1999, o sentencia 1097/1999, de 1 de septiembre). Este es quizás el punto de más difícil concreción y en el que pueden tropezar con mayor facilidad los intentos de aplicar el art. 848 al procedimiento abreviado. Identificar el equivalente al procesamiento en el procedimiento abreviado no es fácil. Tiene que ser algo más que la simple y casi obligada y automática toma de declaración como imputado, pero sin llegar a la exigencia de adopción de alguna medida cautelar.

En este caso no existe duda alguna en cuanto a la concurrencia de los dos primeros requisitos.

Tratándose de una causa especial a enjuiciar por el Tribunal Superior de Justicia la sentencia sería siempre recurrible en casación (art. 847).

Dado el tipo de resolución examinada (decisión estimando un recurso de apelación contra el auto denominado de “prosecución”) puede suscitarse alguna cuestión sobre si estamos ante acuerdo equiparable a un sobreseimiento libre. La naturaleza de la argumentación desplegada en el auto combatido lleva a una respuesta afirmativa a este segundo interrogante: el Tribunal Superior de Justicia considera que aunque los hechos quedasen probados no sería constitutiva de delito la actuación de la aforada, lo que es sustancialmente una decisión de sobreseimiento libre del art. 637.2º que, como tal, puede ser debatida en casación.

La resolución prevista en el art. 779.1.4ª de la Ley puede erigirse en el acto asimilable al procesamiento en cuanto supone que el Instructor está descartando la adopción de los otros acuerdos previstos en el citado artículo. Es claro el parentesco existente en la actualidad entre el procesamiento del procedimiento ordinario y esa resolución en el abreviado.

El tradicional auto de procesamiento de nuestro sistema procesal clásico según detectó la doctrina constituye el equivalente al juicio de acusación. Solo la decisión de un Juez estimando que existen indicios bastantes para sostener la acusación por unos hechos, permite entrar en el acto del juicio oral. Sin procesamiento no cabe acusación en el procedimiento ordinario. La suficiencia de la base indiciaria es sentada por el Instructor al decretar el procesamiento. En momentos posteriores podrá el Tribunal de enjuiciamiento valorar la existencia de los otros requisitos necesarios para abrir el juicio oral: que existe una parte dispuesta a sostener la acusación y que esos hechos indiciariamente fijados revisten caracteres de delito (arts. 642 a 645 LECrim.).

La supresión del auto de procesamiento en los procedimientos de urgencia llevó a buscar otras resoluciones que sustituyesen ese “juicio de acusación” que encierra el procesamiento. Primero fue un auto “de inculpación” que se pergeñó en el rodaje de la nueva legislación. Con la introducción del procedimiento abreviado se difuminó la cuestión. La doctrina contenida en la conocida STC 186/1990 de 15 de noviembre, reivindicaba la necesidad de una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral y de que el imputado tuviese capacidad para oponerse eficazmente mediante un recurso a esa decisión. De ahí que, no sin cierto

forzamiento de lo que se desprendía de la ley, se proclamase la exigencia de una imputación judicial anterior a la acusación a cargo de un juez (toma de declaración como imputado); y la posibilidad de que el auto por el que el Instructor daba traslado a las acusaciones para formular sus pretensiones al considerar clausurada la fase de investigación, fuese susceptible de recurso de queja. La irrecurribilidad del auto de apertura del juicio oral sentada diáfana en la ley no abría otro cauce para salvar ese principio. De esa forma las funciones del irrenunciable “juicio de acusación” se distribuían en tres momentos: la inicial decisión judicial de tomar declaración en calidad de imputado; y, sobre todo, las decisiones de “no archivar” y por tanto dar traslado a las acusaciones (frente a la que cabía un recurso devolutivo), y finalmente de decretar la apertura del juicio oral (pese al cierto aroma de contradicción que podía significar una decisión divergente en esos dos momentos, el tenor de la ley reservaba sin duda al instructor la capacidad de decretar el sobreseimiento frente a la pretensión acusatoria. Otra cosa es que la imposibilidad de recurrir en ese momento, obligó al TC a desplazar parte del contenido nuclear de esa decisión a un momento anterior -el auto de prosecución que preveía el antiguo art. 790 LECrim.- para habilitar un cauce impugnativo que se antojaba irrenunciable). De esa forma se dibujaban unos equilibrios semejantes a los del procedimiento ordinario.

La reforma de 2002 tradujo a normas legales esa doctrina del Tribunal Constitucional, confiriendo a la decisión del art. 779.1.4^a (asimilable a la prevista en el anterior art. 790) un mayor contenido expreso, para erradicar el aire de disposición de mera tramitación que revestía en la legislación previgente y que el Tribunal Constitucional había desmentido. Aflora ya de manera expresa la función que la doctrina constitucional quiso conferir a ese auto como equivalente, *mutatis mutandi*, al de procesamiento en el procedimiento ordinario. Se hace necesario a partir de esa reforma legal delimitar el ámbito objetivo y subjetivo del proceso (determinación de los hechos punibles y posibles partícipes). La amplitud que se confería en el procedimiento modificado al recurso de apelación (art. 766), en contraste con la legislación anterior donde la queja era el medio generalizado de impugnación (art. 787) reforzaba las nuevas funciones del auto de “prosecución”: frente a él cabía un recurso devolutivo de la máxima amplitud como es la apelación. De esa manera se articulaba una posibilidad de oposición a la apertura del juicio oral que era imprescindible según la jurisprudencia constitucional (STC 66/1989 de 17 de abril).

A esa normativa se ha ajustado la tramitación de esta causa.

El auto de prosecución dictado por el Instructor, aún luego revocado, ¿permite tener por cumplimentado el requisito de que exista un procesamiento a los efectos del art. 848.2º?

Más allá de ejercicios especulativos, la solución surgirá con naturalidad si proyectamos la secuencia procesal seguida en este caso sobre la regulación del procedimiento ordinario en el que está pensando el original art. 848. Si las actuaciones hubiesen seguido la tramitación de tal tipo procesal, el instructor hubiese dictado el correspondiente auto de procesamiento al amparo del art. 384 de la Ley Procesal. Ese auto hubiese sido susceptible de recurso de apelación (art. 384). Frente al auto estimatorio del recurso (“desprocesamiento”) no cabría ulterior

recurso (art. 384). Y llegada la fase intermedia, si no se hubiese producido otra decisión de procesamiento en el trámite de instrucción (arts. 627, 630 y párrafos antepenúltimo y penúltimo del art. 384 LECrim.) atendiendo la reproducción de la petición de procesamiento, la causa estaría abocada a un auto de sobreseimiento que no sería en ningún caso recurrible en casación por faltar el presupuesto de un auto de procesamiento vigente.

Estas consideraciones hacen concluir que si bien la resolución prevista en el art. 779.1.4ª cumple las funciones del procesamiento a los efectos del art. 849.2º, es imprescindible que la resolución no haya sido legalmente privada de eficacia a través de un recurso.

No sería coherente que la aplicación analógica del art. 848.2 llegase a producir como resultado que una decisión que no hubiese podido recurrirse en casación en un procedimiento ordinario, sí lo sea en un procedimiento abreviado. Si estuviésemos ante una infracción que por su penalidad rebasase los contornos legales del procedimiento abreviado, sería el Tribunal Superior de Justicia quien tendría la última palabra en este momento procesal sobre la cuestión dilucidada. No cabría casación ni contra el auto que estimando el recurso de apelación hubiese dejado sin efecto el procesamiento (art. 384); ni contra el auto rechazando la revocación del auto de conclusión ante la reproducción de la petición de procesamiento (arts. 384 y 632); ni contra el auto de sobreseimiento dictado ante la ausencia de procesamiento (art. 848.2º).

No puede hacerse más fiscalizable esa decisión estando en un procedimiento abreviado. El auto estimando el recurso de apelación frente a la decisión de proseguir el procedimiento dando traslado a las acusaciones no puede tener un régimen de impugnación más generoso que la estimación de una apelación frente al procesamiento; o que el sobreseimiento dictado en un procedimiento ordinario donde no está procesada la persona frente a la que se quiere ejercitar la acusación.

El auto no es susceptible de recurso de casación como no lo son otros equivalentes (auto de inadmisión de la querrela, v. gr.). En el diseño legal la decisión final en ese caso está radicada en el Tribunal Superior de Justicia sin que sea posible la revisión en casación». (F. J. 3º)

Sentencia absolutoria: condena en segunda instancia (hechos probados).

Recurso: Casación nº 1148/2012

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 325/2013 de fecha 02/04/2013

«2. Como advertencia previa, procede poner de relieve que, si bien la sentencia de instancia resultó absolutoria para ambos acusados, ello no constituye un obstáculo para que ahora se revise en esta instancia la absolución y se pueda concluir en un fallo condenatorio, puesto que el recurso del Ministerio Fiscal no cuestiona los hechos probados, sino que su pretensión punitiva se basa únicamente en la infracción de ley. De modo que, asumiendo la premisa fáctica de la sentencia

de la Audiencia, estima que los hechos declarados probados sí resultan subsumibles en las normas penales que tipifican los delitos objeto de acusación, por lo que no se suscitara ninguna cuestión probatoria que pudiera precisar de una vista oral ante el Tribunal de Casación para garantizar los principios de inmediación y de contradicción, así como el derecho de defensa.

Sobre este extremo se hace preciso traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional acerca de la **revisión de las sentencias absolutorias** cuando se trata de convertirlas en condenatorias atendiendo a criterios estrictamente jurídico-sustantivos, respetando en su integridad los hechos probados.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, será indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación “no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas” (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; y de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, entre otras). De donde, *a sensu contrario*, se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal *ad quem* se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, en la medida en que “los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un carácter puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados”.

Con base en lo anterior, afirma el Tribunal Constitucional que “la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte” (SSTC 153/2011, de 17 de octubre; y 201/2012, de 12 de noviembre).

Así pues, al no tener por objeto en este caso la casación penal la modificación en contra del reo de los hechos declarados probados y ceñirse la controversia a una cuestión jurídica, es claro que no se precisa una vista oral ni la audiencia del acusado para revocar el sentido absolutorio del fallo impugnado». (F. J. 1º)

Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH, TC y TS.

Recurso: Casación nº 1812/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 400/2013 de fecha 16/05/2013

«El Ministerio Fiscal apoya el motivo por razonamientos absolutamente diferentes. Considera que deben superarse los límites angostos de los requisitos procesales para dar audiencia al acusado con el fin de respetar la jurisprudencia del TEDH que impide la reforma peyorativa en las sentencias casacionales cuando implica una modificación fáctica en perjuicio del reo, sin previa audiencia del mismo.

Esta Sala se ha pronunciado recientemente en contra de dicha audiencia personal por estimarla incompatible con la naturaleza del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado es siempre oído en casación a través de su defensa jurídica. Así se ha acordado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el pasado 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que **“La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni esta prevista en la Ley”**. (F. J. 3º)

Es cierto que tanto la doctrina de esta Sala (SSTS 1013/2010, de 27 de octubre, 698/2011, de 22 de junio y 333/2012, de 26 de abril, entre otras), como la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido un criterio muy restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias.

Esta restricción afecta a la revisión fáctica y no a la revisión jurídica, es decir **no debería afectar a los errores de subsunción**. Por ello no impide, en principio, la creación de doctrina jurisprudencial penal, en concreto la fijación de criterios interpretativos uniformes sobre la aplicación de las normas penales, que garantizan la unidad del ordenamiento jurídico, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica.

Es significativa la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero) al señalar que en un modelo de recurso que no permite la práctica de prueba ante el Tribunal revisor, como lo es el recurso de casación español, la modificación del relato fáctico en perjuicio del reo, que no pudo ser oído en la alzada, realizada a través de un nuevo análisis probatorio, (es decir **"considerando de nuevo algunas evidencias presentadas en la primera instancia"**) vulnera el art 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero que esta vulneración no se produce cuando la revisión se limita a modificar la interpretación jurídica de los mismos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Como ya hemos recordado en las STS 333/2012, de 26 de abril, y 39/2013, de 31 de enero, este criterio jurisprudencial que admite la reforma en casación o apelación de sentencias absolutorias en sentido condenatorio cuando la revisión se funda exclusivamente en la modificación de la subsunción jurídica, pero no cuando la modificación es fáctica, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández). En ellas se aprecia vulneración del art 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero consideran, "a contrario sensu", que es procedente la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González contra España) señala expresamente que *"El alcance del examen efectuado por la Audiencia en este caso conduce al Tribunal a considerar que la celebración de una vista pública no era indispensable. En efecto, el Tribunal constata que los aspectos que la Audiencia tuvo que analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante: la sentencia de la Audiencia manifiesta expresamente que no le corresponde proceder a una nueva valoración de las pruebas practicadas, tarea que depende del Tribunal a quo. En consecuencia, se limitó a efectuar una interpretación diferente a la del Juez a quo acerca de los comportamientos despenalizados en aplicación de la Ley 13/1998, relativa al mercado del tabaco. Por otro lado, la Audiencia realiza igualmente ciertas consideraciones sobre las condiciones jurídicamente necesarias para la validez del atestado policial, sin que en ningún momento se pronuncie sobre cuestiones de hecho. Por tanto, a diferencia de otros asuntos (ver Spînu contra Rumanía, Sentencia de 29 abril 2008), la jurisdicción de recurso no conoció el asunto ni de hecho y ni en derecho. En cambio, los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados"*.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas, que es la función que legalmente le corresponde realizar.

Ha de tenerse en cuenta que el recurso de casación penal ante el Tribunal Supremo, con independencia de la referida doctrina, nunca ha incluido la revisión de los hechos en contra del reo.

La función del supuesto excepcional previsto en el número segundo del art 849 de la Lecrim no es, ni puede ser, la de constituir una vía subrepticia para introducir la valoración probatoria peyorativa en la casación sino que **constituye un motivo indirecto de infracción de ley, destinado exclusivamente a corregir errores manifiestos en sentido estricto**, por lo que la efectividad de este motivo

queda reducida a supuestos muy excepcionales en que se trata de corregir un mero error manifiesto documentalmente acreditado, en relación con un elemento fáctico sobre el que el Tribunal no haya dispuesto de ninguna otra prueba contradictoria que haya podido conducirle a una valoración diferente, **incluida la propia declaración del inculpado.**

Tampoco puede el Tribunal Supremo, ni ha estado nunca entre sus facultades, revisar en perjuicio del reo, **los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo.** Cuestión distinta es modificar la subsunción de los **hechos** declarados expresamente probados, desde una perspectiva puramente jurídica.

Por ello no se ha estimado procedente por el Pleno de esta Sala modificar “*contra legem*” la tramitación del recurso de casación introduciendo una audiencia personal del acusado. Audiencia personal que el Acuerdo de 19 de diciembre de 2012, ha considerado **ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley.**

El respeto al derecho de defensa del acusado en la casación se realiza a través de su defensa técnica, garantizando la audiencia de sus argumentos de defensa mediante la intervención del Letrado Defensor en la vista, o en la tramitación escrita del recurso, cuando no se celebre vista. Se estima, por ello, que la audiencia personal no añade nada en un recurso de la naturaleza de la casación, que no incluye la admisión de nuevas pruebas, y debe resolver en los términos estrictos del relato fáctico elaborado por el Tribunal de instancia. (F. J. 4º)

La doctrina reciente del Tribunal Constitucional reitera el criterio de que la audiencia personal no es necesaria cuando la cuestión a dilucidar es estrictamente jurídica, **aunque suscita algunas dificultades en lo que se refiere a la valoración (que no acreditación) de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito, desde la perspectiva estricta de la subsunción.**

(...)

La extensión de la cita de esta Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 11 de abril de 2013, se justifica por ser la más reciente pronunciada sobre la doctrina que plantea el problema del estrechamiento del espacio competencial de este Tribunal Casacional penal en relación a la valoración de la razonabilidad de la inferencia sobre los elementos subjetivos del tipo en los recursos planteados por el Ministerio Público en defensa del principio de legalidad y de la unidad del ordenamiento penal, problema oportunamente y razonablemente suscitado por la ilustre representante del Ministerio Fiscal que ha informado en el recurso, y se justifica también por el carácter recopilatorio y sistematizador de la doctrina que incorpora la referida sentencia, en la que se han destacado expresamente los pronunciamientos que se estiman más relevantes». (F. J. 5º)

Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH y del TC.

Recurso: Casación nº 2531/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 906/2012 de fecha 02/11/2012

«En segundo lugar, también constituye un obstáculo importante para que prospere el recurso la reciente doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional sobre los límites de los recursos de casación y de apelación en el proceso español a la hora de revisar la premisa fáctica de una sentencia de instancia. Y más en concreto, por la relevancia que tiene para dirimir la presente causa la verificación de los elementos subjetivos de los tipos penales por un Tribunal funcionalmente superior, cuando se trata de modificar una sentencia absolutoria cimentada precisamente sobre la falta de constatación probatoria del dolo fraudulento atribuible a los acusados.

7. A este respecto, siguiendo lo argumentado en la sentencia de esta Sala **670/2012, de 19 de julio**, procede recordar la reciente doctrina jurisprudencial sobre las limitaciones del control de una segunda instancia cuando se trata de revisar una sentencia absolutoria en la que no se aprecia la existencia de los elementos subjetivos del tipo penal, limitaciones que proceden tanto del derecho a un proceso penal con todas las garantías (principios de inmediación, contradicción y oralidad) como del derecho de defensa.

Así, en la **sentencia del Tribunal Constitucional 184/2009, de 7 de octubre**, en la que se resolvió el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia, centrándose la cuestión determinante para el fallo en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión, se estimó el amparo y se anuló la condena dictada *ex novo* en apelación, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. El Tribunal Constitucional argumentó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional relevante para dirimir la cuestión examinada es la **142/2011, de 26 de septiembre**. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró “estrictamente documental”. Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está

ante una cuestión de estricta calificación jurídica “*en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados*”. Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la **STC 120/2009, de 18 de mayo**, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, *caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, *caso Hermi c. Italia*, § 64; y 10 de marzo de 2009, *caso Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).

En la **STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España**, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias *Bazo González* contra España, de 16 de diciembre de 2008; *caso Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barros contra España*, de 21 de septiembre de 2010; y *García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que era necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo *caso Almenara Álvarez contra España*, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta para formar su convicción. Y enfatiza en el párrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza

puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una *cuestión de hecho*, a saber: la *intencionalidad* de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una *voluntad fraudulenta* por su parte, cuestión que considera de naturaleza *sustancialmente factual* (las cursivas no figuran, obviamente, en el original).

Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2011 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH), precepto que se consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Así pues, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un *elemento subjetivo del injusto* alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

Con posterioridad, la **STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero contra España***, examinó el supuesto de un notario que fue condenado *ex novo* en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria de casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de noviembre.

El supuesto que analiza esa sentencia del TEDH tiene una especial relevancia, desde dos perspectivas. En primer lugar, porque en la resolución de la causa intervinieron dos tribunales ordinarios españoles —Audiencia Nacional y Tribunal Supremo— y también el Tribunal Constitucional, debiendo subrayarse que no se está ante el caso habitual de la doble instancia mediante un recurso de apelación, sino ante un caso en el que la segunda instancia se instrumenta a través de un recurso “extraordinario” de casación. Y en segundo lugar, también resulta relevante que el núcleo de la cuestión jurídica se ubicara en determinar si el notario imputado intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta de obligaciones hipotecarias al portador con conocimiento de que se trataba de ventas fraudulentas por no estar constituidas las correspondientes hipotecas y ni siquiera hallarse inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes sobre los que recaía el gravamen hipotecario. Y es que el hecho de que el centro del debate recayera

sobre la verificación probatoria del elemento subjetivo del tipo penal imputado (estafa) presenta unas connotaciones especiales en casación por las cuestiones que suscita la doctrina jurisprudencial de los “juicios de valor”.

Según el Tribunal de instancia (la Audiencia Nacional), el notario imputado no podía ser declarado partícipe en el delito de estafa cometido por los administradores de la sociedad que emitió las obligaciones, al no haberse probado que, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de los administradores encausados. Por el contrario, esta Sala del Tribunal Supremo consideró que, al no acreditarse ante el notario la inscripción registral de las fincas sobre las que se otorgaba escritura de hipoteca como garantía de la emisión de las obligaciones, tuvo que percibir el acusado que con su intervención contribuía a un engaño generalizado, de lo que se deduce el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, conclusión que resultó reforzada por los datos relativos a las infracciones de la normativa notarial y por la sobrevaloración en las escrituras de las fincas hipotecadas. Se entendió, además, que se estaba ante un “juicio de valor” revisable por la vía del art. 849.1º de la LECr. y subsumible en la fundamentación jurídica de la sentencia y no en la premisa fáctica.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 328/2006, avaló el criterio de esta Sala argumentando que la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que “se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente —el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas—, que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Se trata, afirmó, de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de casación y que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la inmediación.

El TEDH discrepó, en cambio, de los criterios probatorios seguidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional y estimó la demanda de la parte recurrente. Argumentó al respecto que *“el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una **voluntad fraudulenta (dolo eventual)** en relación con las personas afectadas”*. Ahora bien, sigue diciendo, *“el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos”*.

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2011 que *“el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado”*. Y matiza a continuación que *“cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de **dolo eventual**), no es posible proceder a la valoración jurídica de la*

actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan”.

Y aunque reseña que “el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)”, objeta que “*para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta”.*

A continuación hace el TEDH una consideración muy relevante: “*las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos* (ver *Botten c. Noruega*, 19 de febrero de 1996, § 52, *Repertorio 1996-I*; *Ekbatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados en el § 36)”. Y se estima relevante porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. Con lo cual, deja entrever que no solo se trata de una manifestación del acusado a efecto de alegaciones defensivas, sino de auténticas pruebas en las que incluye también la manifestación de los testigos.

Por último, acaba estimando la demanda porque, en definitiva, “*el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad”.*

Entre los puntos a destacar de esta resolución del TEDH sobresalen el que considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es *un tema de naturaleza sustancialmente factual*, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis que eran sostenidas por la sentencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al art. 6 del CEDH.

Y como segundo extremo destacable hemos de referirnos al ya advertido de la necesaria audiencia del acusado y también a la posible práctica de prueba testifical en la vista oral de la segunda instancia, exigencia que se contradice con la esencia y la naturaleza impugnativa del recurso de casación, que, tal como recuerda el propio TEDH en su sentencia, carece de un trámite para tales fines en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación, tal como se sugiere en la sentencia del TEDH, implantaríamos “de facto” un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal. Esta innovación supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el

ámbito procesal penal, tanto en el marco de la apelación como en el de la casación, distorsionando así las bases de nuestro sistema procesal de impugnación, con bastantes más inconvenientes que ventajas

El TEDH ha dictado otra sentencia en la misma línea que las dos que se acaban de citar y desarrollar de los *casos Almenara Alvarez y Lacadena Calero contra España*. Se trata de la sentencia de **13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo contra España***, en la que se enjuició un supuesto de dos delitos contra la Hacienda Pública, resultando absuelto el acusado por el Juzgado de lo Penal, por no haberse constatado su voluntad defraudatoria, convicción probatoria que fue revocada después por la Audiencia Provincial, que sí estimó probado mediante fundamentalmente prueba documental y pericial el dolo defraudatorio del acusado.

En este caso el TEDH estima también la demanda al considerar vulnerado el art. 6.1 del CEDH y vuelve a insistir en su tesis de que la verificación de la existencia de una voluntad defraudatoria es una cuestión esencialmente de hecho. Y recoge como argumento capital que la modificación de los hechos por la Sala de apelación, al estimar que sí concurre la voluntad defraudatoria, se produjo teniendo únicamente como base las pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral, en el curso de la cual *“las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas”*.

Por último, en la **sentencia de 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras contra España***, se sometió al juicio del TEDH una condena dictada *ex novo* en casación por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil y oficial. El acusado había sido absuelto de esos delitos por la Audiencia Provincial, pero fue condenado en casación por la sentencia de esta Sala 1435/2005, de 14 de octubre, sin que después el Tribunal Constitucional admitiera a trámite el recurso de amparo.

Los hechos consistieron en un fraude cometido en relación al comercio de semillas de trigo duro que fueron vendidas a unos cooperativistas como semillas certificadas sin tener esa condición, valiéndose de etiquetas falsas italianas. Le dieron los acusados salida de ese modo a gran cantidad de semillas que tenían almacenadas, consiguiendo el pago de un sobreprecio por parte de los agricultores a la Cooperativa, que se ha beneficiado de ello, y además los agricultores percibieron después subvenciones con cargo a fondos comunitarios.

En la sentencia de casación (1435/2005) se incidió en que la circunstancia de que los agricultores no hubieran efectuado reclamación alguna por la distinta calidad de la semilla utilizada, no altera el hecho de que ellos creían sembrar con semilla certificada y no era así, habiendo sido engañados —engaño bastante— por la utilización de etiquetas falsas semejantes a las auténticas utilizadas por el ENSE italiano. En todo caso, se dijo, una explicación plausible de la ausencia de reclamación por parte de los agricultores pudiera encontrarse en que ellos percibieron el pago compensatorio procedente de los fondos comunitarios, y por eso fueron engañados pero no perjudicados. El perjuicio lo fue para un tercero.

Pues bien, el TEDH en la sentencia citada de 20 de marzo de 2012 estima la demanda por considerar infringido el art. 6.1 del Convenio que reconoce el derecho a un juicio equitativo.

El TEDH argumenta en su sentencia (parágrafos 38 a 41) que “A juicio del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, **la existencia de dolo**), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente **la comprobación de la intención del acusado** con relación a los hechos que se le imputan (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47).

Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción **sin haber oído al acusado**, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (Lacadena Calero, antes citada, § 48). **El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación.**

A la luz de lo que precede, el Tribunal considera que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo **requerían la valoración directa del testimonio del acusado o de otros testigos** (Botten c. Noruega, 19 de febrero de 1996, § 52, Recopilación 1996-I, y Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A nº 134). Sin embargo, ninguna vista oral se celebró ante el Tribunal Supremo. Por lo tanto, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que era sin embargo determinante para la valoración de su culpabilidad”.

Como puede apreciarse, sigue en este caso el TEDH la doctrina que había aplicado anteriormente en el caso *Lacadena Calero contra España*. Vuelve, pues, a considerar que el dolo defraudatorio tiene un componente factual que no puede ser constatado por el Tribunal de Casación para fundamentar una condena sin haber oído previamente al acusado, y desarbola así el criterio de los *juicios de valor* como instrumento procesal válido para acreditar los elementos subjetivos del delito en casación y dictar *ex novo* una sentencia condenatoria. Además, se sugiere de nuevo la repetición de la prueba testifical en la segunda instancia.

Por último, la **jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo** también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 1423/2011, de 29 de diciembre, 164/2012, de 3-3, 325/2012, de 3 de mayo, y 757/2012, de 11 de octubre, entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que

haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso». (F. J. 2º)

Sentencia absolutoria. Imposibilidad de celebrar la vista en casación.

Recurso: Casación nº 161/2012

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 830/2012 de fecha 30/10/2012

«2. Ni que decir tiene que la pretensión del motivo 4º, de celebrar audiencia pública, no resolvería la cuestión, ya que no estarían obligados a asistir los acusados (basta la concurrencia de los procuradores y letrados) amén de que no existe un trámite adecuado para ello.

Esta Sala ha acogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Constitucional trasladando la doctrina al recurso de casación, y así, en las SS.T.S. 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, se ha considerado que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza de este recurso extraordinario.

En el supuesto concernido no procedía la celebración de vista pública de conformidad al art. 893 bis a) L.E.Cr». (F. J. 3º)

Sentencia absolutoria. Límites.

Recurso: Casación nº 2143/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 771/2012 de fecha 16/10/2012

«Ante el resultado de la prueba pericial y el del resto de las pruebas, la decisión del Tribunal de absolver a Pedro José de los delitos de que venía siendo acusado, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, aparece justificada, existió una duda razonable que por ello razonó el Tribunal, razonamiento que debe ser mantenido en este control casacional máxime si se tiene en cuenta que se dictó una sentencia absolutoria, que cumplió con el estándar del razonamiento exigible, que por ello está situada extramuros de toda decisión arbitraria desde el respeto al mandato del art. 9-3º de la Constitución y desde el respeto al ámbito del debate

posible en relación a las sentencias absolutorias que son recurridas con la intención de obtener una sentencia condenatoria.

Hay que recordar que la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tienen declarado que el hipotético fallo condenatorio que pudiera dictarse en apelación o casación exige indiscutiblemente que haya tenido la persona absuelta la posibilidad de declarar ante el órgano judicial que conoce del recurso por ser este el que le va a condenar por primera vez, por lo que no sería posible una mera re-valoración de las pruebas practicadas en la instancia para arribar a otra conclusión condenatoria, obligación que sería exigible siempre que se pretendiera una nueva re-valoración de las pruebas, incluso aunque estas no sean personales, pues el trámite de audiencia sería indispensable para decidir sobre los elementos subjetivos del injusto. En tal sentido, SSTS 325/2012; 719/2012; 716/2012; 1215/2011; 1240/2011; 998/2011 ó 1106/2011, entre otras.

Del Tribunal Constitucional SSTC 167/2002 --primera que asentó esta doctrina seguida por otras muchas de las que se citan las más recientes--: 177/2008; 3/2009; 21/2009; 118/2009; 120/2009; 2/2010; 127/2010; 45/2011; 142/2011; 209/2012 ó 236/2012.

SSTEDH de 27 de Junio de 2000, caso Constantines vs. Rumania; 16 de Noviembre de 2010, caso García Hernández vs. España; 25 de Octubre de 2011, caso Valvueda Redondo vs. España; 22 de Noviembre de 2011, caso viuda de García Atance vs. España ó 25 de Octubre de 2011, caso Almenara Alvarez vs. España. Exclusivamente, cuando se trate de una sola valoración de elementos de naturaleza exclusivamente jurídica sin incidencia sobre los hechos, cabría la posibilidad de la sentencia condenatoria.

Retenemos de la última sentencia del TEDH citada los párrafos 47 y 49:

"...47. Es obligado constatar que, a diferencia del asunto Bazo González precitado, en este caso la Audiencia Provincial no se limita a una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se ha pronunciado sobre una cuestión de hecho, a saber, la intencionalidad de la demandante en el momento de vender algunos de sus bienes inmobiliarios, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia. En opinión del Tribunal, tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante (ver la sentencia Igual Coll ya citada).

49. Las cuestiones tratadas eran esencialmente de naturaleza factual, el Tribunal considera que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos tales como sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la demandante haya tenido la ocasión de ser oída personalmente y de impugnarlos mediante un examen contradictorio durante una audiencia pública, no es conforme a las exigencias de un proceso equitativo como garantiza el artículo 6 & 1 del Convenio.

La justificación de esta exigencia es clara, tratándose de una cuestión de hecho que sea determinante de su culpabilidad, no puede modificarse el inicial fallo absolutorio por otro condenatorio sin oír previamente al absuelto, y en el presente caso es claro que la re-valoración del informe pericial para llegar a la conclusión de que el absuelto es culpable y que él presentó el documento falso en juicio e intentó estafar a su hermano, son cuestiones totalmente fácticas, razón por la cual está vedado a este Tribunal casacional de acuerdo con la doctrina expuesta una nueva valoración sin oír al absuelto.

No existió ningún error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal y en consecuencia el *factum* debe ser mantenido». (F. J. 3º)

Sentencia absolutoria. Límites en cuanto a modificación en vía de recurso. Doctrina y jurisprudencia.

Recurso: Casación nº 773/2012
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 39/2013 de fecha 31/01/2013

«Ha de recordarse que tanto la doctrina de esta Sala (SSTS 1013/2010, de 27 de octubre, 698/2011, de 22 de junio y 333/2012, de 26 de abril, entre otras), como la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido un criterio muy restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias.

Esta restricción afecta esencialmente a la revisión fáctica y no a la revisión estrictamente jurídica, es decir a los errores de subsunción, y por ello no impide la creación de doctrina jurisprudencial penal, en concreto la fijación de criterios interpretativos uniformes sobre la aplicación de las normas penales, que garantiza la unidad del ordenamiento jurídico, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica.

Es significativa la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero) al señalar que en un modelo de recurso que no permite la práctica de prueba ante el Tribunal revisor, como lo es el recurso de casación español, la modificación del relato fáctico en perjuicio del reo, que no pudo ser oído en la alzada, realizada a través de un nuevo análisis probatorio (" considerando de nuevo algunas evidencias presentadas en la primera instancia") vulnera el art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero que esta vulneración no se produce cuando la revisión se limita a modificar la interpretación jurídica de los mismos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Como ya hemos recordado en la STS 333/2012, de 26 de abril, este criterio jurisprudencial que admite la modificación en casación o apelación de sentencias absolutorias en sentido condenatorio cuando la revisión se funda exclusivamente en la modificación de la subsunción jurídica, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández), en las que

se aprecia la vulneración del art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considerando "a contrario sensu" que es procedente la revisión de sentencias absolutorias aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González contra España) señala expresamente que *"El alcance del examen efectuado por la Audiencia en este caso conduce al Tribunal a considerar que la celebración de una vista pública no era indispensable. En efecto, el Tribunal constata que los aspectos que la Audiencia tuvo que analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante **tenían un carácter jurídico predominante**: la sentencia de la Audiencia manifiesta expresamente que no le corresponde proceder a una nueva valoración de las pruebas practicadas, tarea que depende del Tribunal a quo. En consecuencia, se limitó a efectuar una interpretación diferente a la del Juez a quo acerca de los comportamientos despenalizados en aplicación de la Ley 13/1998, relativa al mercado del tabaco. Por otro lado, la Audiencia realiza igualmente ciertas consideraciones sobre las condiciones jurídicamente necesarias para la validez del atestado policial, sin que en ningún momento se pronuncie sobre cuestiones de hecho. Por tanto, a diferencia de otros asuntos (ver Spînu contra Rumanía, Sentencia de 29 abril 2008), la jurisdicción de recurso no conoció el asunto ni de hecho y ni en derecho. En cambio, los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados".* (F. J. 4º)

Ahora bien, en el caso ahora enjuiciado, los hechos declarados probados no constituyen delito alguno, ni cabe apreciar ningún error de subsunción del Tribunal sentenciador. Lo que se interesa por la parte recurrente, a través de estos motivos, es una completa reevaluación de la prueba, para que donde el Tribunal de instancia ha apreciado que no consta que los acusados se apropiasen de mercancía alguna perteneciente a los querellantes, se declare probado lo contrario. Y ésto, como se ha expresado, ni el cauce casacional lo acredita, ni la moderna concepción constitucional de la casación lo permite». (F. J. 5º)

Sentencia absolutoria. Motivación y límites.

Recurso: Casación nº 2455/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 796/2012 de fecha 09/10/2012

«Esta Sala se planteó en un pleno no jurisdiccional, celebrado el día 11 de julio de 2003, si el Ministerio Fiscal puede invocar arbitrariedad en los argumentos del Tribunal sentenciador sobre credibilidad de los testigos y en concreto se examinan supuestos de sentencias absolutorias en casos de pequeño tráfico de drogas, recurridas por el Ministerio Fiscal alegando vulneración de la tutela judicial efectiva sobre la base de la arbitrariedad o escasa consistencia de los argumentos del Tribunal de instancia para justificar la construcción del hecho probado que

conduce a la absolución. En ese pleno, tras la intervención de los Magistrados de la Sala, se tomó el siguiente Acuerdo: **“Cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados”**.

Consciente de este Acuerdo y especialmente de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Ministerio Fiscal no plantea la modificación de los hechos que se declaran probados para que sean sustituidos por otros que permitan sustentar un pronunciamiento condenatorio.

En el presente recurso, la cuestión se contrae a analizar si el Tribunal de instancia ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante y si se puede considerar que se han alcanzado los estándares mínimos en la exigida motivación.

El Tribunal de instancia expone en los hechos que se declaran probados las dudas que se le ofrecen, atendidas las pruebas practicadas, sobre si el acusado conocía que se había escondido una persona en el interior del vehículo que empujaba.

Y analiza en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida las pruebas que ha tenido en cuenta y que le han determinado a manifestar esa duda. Así señala que el acusado ha negado que conociese que en el interior del vehículo estuviese escondido una persona que quería inmigrar a España y argumenta en su defensa que el vehículo se lo había entregado momentos antes una persona, a la que identifica, para que lo pasara a Melilla; el Tribunal declara a continuación que no se ha probado que la persona que indica el acusado hubiera estado en el lugar de los hechos, ni que ayudara a empujar el vehículo junto al otro testigo Nabil Boudahou. Lo que para el Tribunal es significativo son las extrañas circunstancias en las que el vehículo apareció en la frontera, entre otras que el motor no funcionaba, y ante esas circunstancias y las declaraciones depuestas, no descarta la hipótesis de que el acusado desconociese la presencia de una persona oculta en el interior del vehículo y que su participación fue simplemente la de aceptar pasar el vehículo a Melilla, por favor o a cambio de un precio. Y apreciando en conciencia las pruebas practicadas, de las que entiende no se infiere suficientemente como se han producido realmente los hechos enjuiciados, ello le determina a dictar una sentencia absolutoria con aplicación del principio “in dubio pro reo”, reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del delito del que acusó el Ministerio Fiscal.

Es cierto, como señala el Ministerio Fiscal, que el Tribunal de instancia no entra a valorar determinados datos aportados por los agentes policiales sobre el lugar en el que el acusado buscó la documentación ni sobre las personas que empujaban el vehículo, como también es cierto que tampoco se recogió lo que los agentes declararon sobre el conocimiento que tenían del acusado de que se dedicaba a pasar objetos por la frontera por encargo de otros y las contradicciones que se ofrecieron sobre las personas que empujaron al vehículo.

Ciertamente, la motivación ofrecida por el Tribunal de instancia no es modélica ni exhaustiva sin embargo no puede afirmarse, dadas las pruebas practicadas, que la duda que expresa sea arbitraria ni se alcancen los mínimos necesarios para sostener una elemental explicación de su convicción». (F. J. Único)

Unificación de doctrina penitenciaria: presupuestos.

Recurso: Casación nº 20495/2012

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 167/2013 de fecha 28/02/2013

«El recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 22 de julio de 2004, se examina el alcance y contenido de este Recurso de Casación para Unificación de Doctrina tomándose los siguientes Acuerdos:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. Son requisitos de este recurso: a) La identidad del supuesto legal de hecho. b) La identidad de la norma jurídica aplicada. c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y, d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario: a. No es una tercera instancia. b. Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo. Y, c. No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: El Tribunal a quo debe comprobar: a) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina; b) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y, c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal a quo deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal a quo -previa audiencia del Ministerio Fiscal- deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (art. 858 LECrim.)

Formalización del recurso: Ante la Sala Segunda del TS: Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

Decisión del recurso: Por una Sala compuesta por cinco Magistrados. Sin celebración de vista. Y, mediante sentencia, que decidirá cual es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el recurso. El Tribunal que conozca de este recurso no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas pro la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme la doctrina que estime aplicable.

Estas consideraciones del Pleno no jurisdiccional de la Sala han sido recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo, 1097/2004, de 30 de septiembre, en la que se declara, entre otros extremos, que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Se añade que este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que –en consecuencia- debe ser corregida por esta Sala, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad. Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados

de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que también es necesario para la activación de este recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la ley, en relación con sus efectos, que “los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”. Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal “a quo”, ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

Al formalizarse el recurso ante esta Sala, no podrá fundamentarse en motivos por infracción de ley ni en quebrantamiento de forma, sino que únicamente son admisibles los motivos por infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción de doctrina entre distintas Audiencias Provinciales (en su caso, también con la Audiencia Nacional). La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en este recurso como

manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. En consecuencia, no podrán alegarse vicios constitucionales relacionados con la tramitación de la causa, tales como indefensión, derecho a la prueba, etc.

El recurso se decidirá ordinariamente sin celebración de vista, terminándose mediante el dictado de sentencia (especialidad ésta propia del recurso de casación). Concurrirán al dictado de tal sentencia la Sala compuesta por un mínimo de cinco magistrados, en función de las características unificadoras de este recurso. Lo resuelto en la sentencia o resolución judicial de contraste no podrá ser modificado, aunque se case la resolución impugnada, afectando solamente a ésta el contenido de la sentencia casacional.

En similares términos se pronuncia la Sentencia de esta Sala 748/2006, de 12 de junio». (F. J. 1º)

RECURSO DE REVISIÓN.

Hecho nuevo: cambio de filiación. Impago de pensiones: no efecto retroactivo.

Recurso: Casación nº 20160/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 743/2012 de fecha 02/10/2012

«La cuestión objeto de la revisión ha sido objeto de anteriores pronunciamientos por esta Sala. En la STS 922/2007, de 28 de noviembre, dijimos, y ahora reiteramos, que los efectos de una ilegitimidad declarada con posterioridad, no tiene fuerza expansiva ilimitada y queda enmarcada en la previsión que el artículo 112 del Código Civil. Dicho precepto dispone que la determinación legal tiene lugar, en este caso, desde la inscripción como hijo matrimonial en el Registro Civil. Por un lado mantiene, la validez de los actos otorgados en nombre del hijo menor y no puede alcanzar a las obligaciones derivadas de la patria potestad mantenida durante la vigencia del asiento registral que así lo confirmaba. En consecuencia, los efectos de la sentencia recaída en la impugnación de la filiación se produce desde la actuación registral.

El Código Penal en el tipo penal objeto de la condena no distingue y solo exige la condición de hijo que es la que ostentó el menor durante el tiempo en que se cometieron los hechos que han dado lugar a la condena que se pretende revisar. El legislador penal ha querido reforzar el cumplimiento de obligaciones que son debidas en función de una resolución judicial perfectamente válida sin perjuicio de que al permitirse la investigación de la paternidad, pueda suceder que, años más tarde, incluso cuando el menor haya alcanzado la mayoría de edad, se determine que la paternidad legal no coincide con la biológica y se acuerde acomodar la realidad biológica y la realidad registral.

El tipo penal del abandono por incumplimiento del deber de pago de las prestaciones señaladas es un delito de omisión de cumplimiento de un mandato jurídico que le estaba directamente dispuesto al notificarle la resolución judicial en la que se le señalaba su obligación de pagar la pensión. Por ello, el mandato jurídico

era claro e ineludible. El recurrente sabía y conocía perfectamente que el derecho no le permitía omitir la acción correspondiente. Tenía perfecta conciencia de lo injusto de su negativa a cumplir lo que se le ordenaba sin error posible. Su condición de obligado estaba inexorablemente determinada por su condición de padre, por su conciencia de que éste era su estado y por el mandato judicial. El bien jurídico defendido se integra por el deber prestacional hacia los destinatarios de la obligación legal de alimentos, en este caso, hacia los seres indefensos, como los menores necesitados de una protección para asegurar su libre desarrollo de la personalidad, aun en situaciones de crisis familiar. Desde la perspectiva expuesta, el deber prestacional de alimentos estaba vigente al tiempo de la omisión, por lo que era exigible y su incumplimiento lleva consigo el ilícito penal». (F. J. Único)

RECURSOS FRENTE A PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS.

Doctrina del TEDH y del TC.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«En la misma línea que la anterior se pronunciaba recientemente la STS núm. 1043/2012, de 21 de noviembre, recaída -al igual que en nuestro caso- ante la desaparición de una persona y la hipótesis más que probable de su fallecimiento. Insistíamos en esta última resolución en que la revisión casacional del juicio de inferencia no puede expansionarse hasta abarcar todas las discrepancias sobre valoración de la prueba o aplicación del derecho, sino limitarse a corregir aquellas decisiones que, por su irrazonabilidad, supongan un quebranto de la legalidad o de máximas de experiencia, o bien la aplicación de discutibles criterios de valoración, siempre con efectiva erosión del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, solamente cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación bastante, introduzca una motivación extravagante o irracional, o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse -en todo o en parte- por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se ha sugerido antes, y conviene insistir en ello, la invocación de la presunción de inocencia no blindará frente a cualquier impugnación acusatoria en estos términos. Siempre a través del derecho a la tutela judicial efectiva, y aunque con las limitaciones anteriormente destacadas, deberá capitular una arbitraria aplicación de la presunción de inocencia. Y no son insólitos fundados y razonados pronunciamientos por esa vía (vid. STS núm. 548/2009, de 1 de junio, o STC núm. 69/2004, de 6 de octubre)». (F. J. 11º)

RESOLUCIONES MANIFESTADAS.

Conspiración para el delito: diferencias con los “actos neutrales”.

Recurso: Casación nº 2511/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 823/2012 de fecha 30/10/2012

«La conspiración a que se refiere el art. 17 del Cpenal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito, en este caso, de tráfico de drogas. De ahí la definición de conspiración del art. 17 Cpenal que nos dice que:

"...La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo...."

De acuerdo con ello, surge la conspiración cuando hay una puesta en común de la ideación criminal. En el presente caso, incluso se superó la fase interna de la mera ideación y resolución en la medida que se adoptaron medidas externas como adquisiciones de medios de transporte, y pagos hechos por los financiadores de la operación, actos todos de naturaleza preparatoria, previos a la ejecución.

En todo caso, hay que insistir, por un lado en la autonomía de esta figura -- ciertamente autonomía relativa--, ya que la pena está en relación al delito proyectado y por otra parte solo pueden ser autores de conspiración los que reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado. En todo caso dada su condición de actividad previa a los actos de ejecución, nos encontramos en una fase previa a la tentativa.

Desde esta doctrina, es claro que no puede prosperar el motivo. En definitiva, la Sala comparte la decisión de la sentencia al fundamentar la calificación de conspiración en el f.jdco. segundo.

De la STS 1129/2002 de 18 de Junio citada en dicho f.jdco., retenemos las características de la conspiración delictiva, que, recordemos solo es punible en los concretos casos previstos en el Cpenal de acuerdo con el principio de especialidad declarado en el art. 17-3º en relación con el 373 del mismo texto.

En dicha sentencia 1129/2002 de 18 de Junio se concretan las características de la conspiración en las siguientes:

1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "*dinámica propia*", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "*dependiente*" de otro que podemos llamar "*principal*", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "*mediato*" y no "*inmediato*", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "*ejecución de un delito*" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya

de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).

3- Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4- Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo e llevar a acabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "*condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia*" cual son, no sólo el carácter previo o "*pactum scaeleris*" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "*resolutio finis*".

Por otra parte es evidente que estos actos preparatorios no son actos neutrales. Por actos neutrales pueden entenderse actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito. Las SSTS 34/2007; 185/2005; 797/2006; 928/2006; 189/2007 ó 1300/2009, han tratado la problemática de tales actos neutrales. En general la opinión mayoritaria se inclina por el criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, estimando que no son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito. Es decir se tiende a la relevancia penal que merezca tal acto por aparecer claramente favorecedor o tendente a la realización de un delito.

Por lo que se refiere al caso de autos, la construcción de un sumergible no puede ser calificado como acto neutral pues no es actividad socialmente adecuada para ningún fin lícito, y por el contrario, sí lo es para el tráfico de drogas.

Ciertamente esta Sala tiene declarado --STS 161/2011 de 25 de Febrero-- que la participación de una persona en un plan criminal no puede inferirse, ni por tanto declararse de su participación en actos neutrales.

Es obvio que no es el caso del recurrente por las razones expuestas.

Procede la desestimación del motivo». (F. J. 4º)

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Exoneración de compañía aseguradora. Atropello con taxi. Distinción entre seguro obligatorio y seguro voluntario. Reformatio in peius.

Recurso: Casación nº 11129/2012 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 224/2013 de fecha 19/03/2013

«...en el supuesto que nos ocupa, aunque tanto el acusado, conductor, como el dueño del taxi, utilizado como instrumento, reconocieron en la Vista del Juicio Oral, que el vehículo estaba asegurado” a todo riesgo”, ni el Acusador particular, ni el Ministerio Fiscal, ni en sus conclusiones provisionales, ni definitivas, hicieron referencia al “seguro voluntario”, no llegando siquiera a citar, entre la prueba documental propuesta, los folios (312-313) donde se contiene la póliza de “cobertura a todo riesgo con franquicia” de referencia. La cuestión no fue planteada en la instancia, no se debatió; el tribunal no conoció, ni resolvió sobre ella; y su consideración en el trámite casacional resulta imposible so pena de atentar contra el principio de proscripción de la *reformatio in peius*, y de eliminación de todo género de indefensión.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, sin que consecuentemente haya lugar a entrar en el estudio de los otros dos motivos subsidiariamente formulados, sin perjuicio de las acciones civiles que, en tal ámbito jurisdiccional, corresponda ejercitar a las partes». (F. J. 1º)

Indemnización: revisión del “quantum” en sede casacional (límites).

Recurso: Casación nº 763/2012

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 128/2013 de fecha 26/02/2013

«En primer lugar debe recordarse que esta Sala ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero y 772/2012, de 22 de octubre, entre otras muchas) que **la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es revisable en casación salvo cuando rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras, o bien fije defectuosamente las bases correspondientes o quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización**, supuestos que no concurren en el caso actual en el que la indemnización es moderada, y las cantidades concedidas se mantienen siempre dentro de los límites de lo solicitado por el Ministerio Público, que en el caso actual ejerce ambas acciones, civil y penal, en representación de los perjudicados, tal y como se establece legalmente en nuestro modelo procesal.

Y, en segundo lugar, la parte recurrente fundamenta su pretensión en la aplicación al ámbito de la valoración de las consecuencias civiles de criterios probatorios propios de la presunción constitucional de inocencia, que no resultan miméticamente transplantables al ámbito civil. Admitidos los hechos objeto de acusación por las partes acusadas, y condenados los recurrentes por tales hechos, en la valoración de las consecuencias civiles puede valerse el Tribunal sentenciador de todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, sin que se encuentre limitado por la eventual incomparecencia de alguno de los perjudicados al juicio oral, si 1º) el hecho delictivo que constituye la fuente de la indemnización civil está plenamente acreditado, e incluso admitido como sucede en este caso, 2º) constan en las actuaciones bases suficientes para determinar la cuantía del perjuicio ocasionado y 3º) el Ministerio Público mantiene vivo el ejercicio de la acción civil correspondiente». (F. J. 3º)

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado: extralimitación de un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Recurso: Casación nº 956/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 360/2013 de fecha 01/04/2013

«1. El art. 121 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria, en su caso, del Estado, la comunidad autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean *"autoridad, agentes y contratados de la misma, o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados"*. El texto, además de referirse a los delitos culposos como es nuestro caso, fija un amplio espectro de personas ligadas a la Administración que intervienen en el funcionamiento de servicios públicos encomendados a las mismas. La inclusión de un apartado específico para este tipo de responsabilidad civil subsidiaria del Estado no modifica ni altera la responsabilidad tradicional de estos entes, recogida en la referencia general del art. 120.3º CP para las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción (SSTS núm. 115/2011, de 25 de febrero, o núm. 1212/2006, de 25 de octubre). La homologación de ambos supuestos fue avalada por Acuerdo tomado en Sala General el 26 de mayo de 2000, en el que se llegó a la conclusión de la compatibilidad entre ambos preceptos, aplicándose el art. 121 CP cuando el daño causado pueda ser atribuido a un funcionario imputado en el proceso, y el art. 120.3 CP cuando se observe un funcionamiento de la administración contrario a las previsiones reglamentarias que regulan el funcionamiento del servicio. En concreto, en dicho acuerdo se aprobó que: *"el art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3 del Código Penal"*.

Es también conocido -como señalábamos en la STS núm. 1163/2004, de 18 de octubre, con cita de la STC núm. 137/1990, de 19 de julio- que los internos en establecimientos penitenciarios están con éste en una relación de especial sujeción, que por ello mismo impone a la Administración Penitenciaria el deber de velar por su vida, integridad y por su seguridad. Línea asimismo seguida por la STS núm. 433/2007, de 30 de mayo, según la cual la responsabilidad civil subsidiaria del Estado surge de la ley y, por lo tanto, no puede ser modificada por normas de rango meramente reglamentario. Por esta razón, el Estado sigue siendo, por imperio de la LOGP, el garante de la vida e integridad de los internos.

La vinculación al servicio que exige el art. 121 CP trae a escena el delicado problema de limitar el espacio temporal y circunstancial que ha de marcar la

responsabilidad de la Administración precisamente porque el delito ha sido cometido con ocasión del servicio público. En este punto, tal y como subrayaba muy recientemente la STS núm. 61/2013, de 7 de febrero, ha de diferenciarse entre dos situaciones que pueden tener como protagonista a un funcionario y que no son iguales entre sí: a) Lo normal será que todos aquellos delitos en los que el funcionario ha desbordado o extralimitado su función, causando un perjuicio a terceros, deban dar lugar a la aparición de responsabilidad subsidiaria a cargo del Estado o de la Administración que corresponda, y lo mismo si ese daño ha sido fruto de negligencia o imprudencia. Entrarán aquí todos los delitos de funcionarios en sentido estricto y todos los delitos de funcionarios contra los derechos de los ciudadanos; b) Un régimen especial es el que corresponde aplicar a los delitos cometidos por funcionarios de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Durante un tiempo, el criterio de las Administraciones Públicas, sustentado en su caso por el Ministerio Público o por la Abogacía del Estado, fue el de que la responsabilidad subsidiaria no era exigible cuando el hecho se hubiera producido fuera de servicio. Esa inhibición de responsabilidad levantó críticas, ya fuera en base a razonamientos de política criminal, ya en base a criterios de raíz netamente jurídica (la culpa *in eligendo* que pesa sobre la Administración en cuanto autoriza a un sujeto concreto para disponer permanentemente de un arma de fuego o, simplemente, de una funcional posición conferida por la condición policial).

Se ha llegado también a declarar la responsabilidad civil subsidiaria basada, ya no en la culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in educando*, sino en el principio de creación del riesgo. La aceptación de tales presupuestos y matizaciones no significa, sin embargo, la aplicación "in genere" de los mismos, sino una activación casuística que, analizando las circunstancias de cada caso perfila adecuadamente el alcance de la estructura de responsabilidad que sobre aquéllos pueda constituirse para, por un lado, evitar impunidades económicas en virtud de superadas restricciones interpretativas y, de otro, impedir que, a través de la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos, se consoliden abusivos criterios indemnizatorios no obstante estar ausentes alguna de sus exigencias, como son la dependencia de los agentes o la actuación en el ejercicio de las funciones propias del cargo, aun extralimitándose en ellas». (F. J. 5º)

Responsabilidad del Estado (art. 121): requisitos.

Recurso: Casación nº 10685/2012 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 15/2013 de fecha 16/01/2013

«3.- El artículo 121 del Código Penal que invoca el recurrente, y que justificaba la responsabilidad impuesta en la sentencia del Tribunal del Jurado, condiciona dicha imposición a los siguientes requisitos:

a) Requisitos relativos al sujeto responsable criminal: debe preceder la declaración de responsabilidad penal de quien sea Autoridad, agente o contratado o Funcionario público. Es esa condición, en cuanto determinante del vínculo con la Administración, la que se erige en presupuesto de la responsabilidad de ésta última.

b) Requisitos de la acción delictiva: La ejecución de ésta, por el sujeto en el que concurren las citadas condiciones, ha de caracterizarse por su **realización en el ejercicio de sus cargos o funciones**. Tal preposición **en** no implica solamente que el tiempo y el lugar han de coincidir con el que corresponde a esas funciones. La preposición evoca también una exigencia en cuanto al modo y éste, a su vez, conforme al Diccionario de la RAE, hace referencia al procedimiento o conjunto de procedimientos de dicha realización. Lo que significa vinculación con el contenido propio de la función desempeñada por el sujeto de la acción.

La relación entre la acción origen de la responsabilidad criminal, y derivada civil, ha de ser tal que no implique justificación de aquélla.

c) Requisitos del resultado: La lesión cuya reparación se exige como responsabilidad civil ha de encontrarse, **respecto de la acción penal reprochada en relación de causa a efecto**, pues sin ella no cabe imponer al criminalmente responsable la derivada responsabilidad civil, y sin ésta no cabe hablar de la subsidiaria de la Administración a la que corresponden las funciones del agente.

Pero, además, el artículo 121 del Código Penal exige que exista una relación de causalidad específica y reforzada **entre la lesión a reparar y el funcionamiento de los servicios**, en los que se encuadra la función del sujeto agente en cuyo ejercicio llevó a cabo la acción criminal. El refuerzo de esa exigencia se deriva de la expresión típica utilizada por la norma cuando impone que la lesión sea **causa directa**, es decir inmediata e inequívoca, del funcionamiento del servicio al que empleo o cargo del autor del delito está adscrito, o en expresión del citado precepto, del servicio que le estuviera "confiado".

Tal configuración de esta responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es nítidamente **objetiva**. Es pues irrelevante toda idea de culpa o negligencia en la Administración. Pero en lo objetivo no cabe predicar mayor o menor extensión. Lo trascendente es la vinculación entre acto y función, por un lado, y entre lesión y servicio público por otro.

4.- La Jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar reiteradamente el alcance de esta previsión legal del artículo 121 del Código Penal.

Por un lado, tal como recuerda nuestra STS nº 135/2011 de 15 de marzo, el acuerdo del Pleno Sala Segunda de 26 mayo 2000 estableció que el artículo 121 del Código Penal. no altere la jurisprudencia de la Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 Código Penal. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas, y bien diferenciadas y pueden generar cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

La falta de concurrencia de la condición requerida en el sujeto criminalmente responsable reconduce la eventual obligación de la Administración al ámbito de aplicación del artículo 120 del Código Penal (así en el caso de que la Administración penitenciaria por cuya imprevisión fue posible el delito no atribuible a

sujetos que fueran funcionarios) STS de 12 de Diciembre del 2011 resolviendo el recurso 10852/2010.

La falta de vinculación entre el acto criminal y el contenido del empleo que el sujeto autor desempeña en la Administración supuso una de las razones objetivas de exclusión de la responsabilidad subsidiaria de ésta en casos como el resuelto en la Sentencia nº 196/2006 de 14 de febrero (militar profesional en activo, con el grado de cabo, en situación de baja, cuando cometió los hechos y cuando introdujo subrepticamente en España el arma que utilizó para los asesinatos, pese a que se le reprochaba a la administración militar haber incurrido en culpa in eligendo e in vigilando, para reclamarle su responsabilidad al amparo del artículo 121 del Código Penal. Militar que utiliza arma). El Tribunal Supremo entendió que *habiendo actuado* –conforme se señala en el factum, y se explica en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de instancia– el acusado *al margen de su cargo o función*, la reclamación indemnizatoria de los perjudicados no podrá efectuarse al amparo del artículo 121 del Código Penal, en la vía penal, sino en la contencioso-administrativa.

Por el contrario, la admitida relación entre acción delictiva y contenido funcional del empleo determinó la condena, precisamente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en el caso de la Sentencia de este TS nº 510/2007 de 21 de mayo. Por más que la relación con el contenido funcional no excluyera la ilicitud del acto origen de la responsabilidad civil. La invocación en esa sentencia de una cierta desidia en la Administración respecto a su empleado, es aludida a mayor abundamiento argumental y no como razón de la decisión.

Y también la de la Administración por estimar relación directa del ejercicio de la función del sujeto responsable criminalmente –vigilancia de un polvorín–, siquiera a título de imprudencia, con el acto negligente –usar gasolina para avivar el fuego– determinante de esa responsabilidad (STS 1697/2002 de 19 de octubre).

Especial atención ha merecido el caso de los agentes de las Fuerzas de Seguridad. Se acoge en ese ámbito una imputación por el riesgo creado, ya asumida desde la aplicación del artículo 22 del precedente Código Penal. Y ello en referencia a establecer la trascendencia de que el sujeto autor estuviera o no "de servicio" en el momento del hecho determinante.

La Sentencia del STS nº 1872/2001 de 19 de octubre, reitera la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de la Fuerzas de Seguridad del Estado, utilizando abusivamente o haciendo un mal uso de su arma reglamentaria, cuando dicha acción lesiva se deriva de la *creación del riesgo* que la organización del servicio de seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización constitutiva de delito o falta.

La Sentencia de este TS nº 1597/2001 de 17 de septiembre, impone la responsabilidad del Estado con el mismo criterio siquiera recordando que el artículo 121 del Código Penal de 1995 es norma posterior a los hechos cometidos bajo vigencia del anterior Código Penal y que no tiene carácter retroactivo. Aunque no

han faltado resoluciones que invocan la existencia de una culpa in vigilando como fundamento de la responsabilidad de la Administración por actos de esos agentes al amparo del artículo 121 del Código Penal (STS nº 496/2000 de 29 de marzo).

Por otra parte la relación entre el contenido funcional del empleo y la acción no es determinante de aplicación del artículo 121, sino que puede amparar la imposición de la responsabilidad de la Administración ex artículo 120 si no se da además la relación de causalidad directa entre la lesión y el funcionamiento del servicio (STS 2192/ 2001 de 19 de noviembre).

5.- La interpretación asumida en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 17-7-2002, por lo demás relativo al específico caso de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el uso del arma reglamentaria, atribuye la responsabilidad del Estado al riesgo generado por el modo de organización del servicio. Pero incluso en tal caso se cuida de advertir que el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el **daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio** de seguridad». (F. J. 1º)

Subsidiaria de entidad bancaria: lesiones psíquicas sufridas por un cliente durante el atraco a una sucursal (art. 120.3 CP. Doctrina.

Recurso: Casación nº 1143/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 357/2013 de fecha 29/04/2013

«Se sostiene en el motivo que aunque la sentencia recurrida recoge la responsabilidad civil subsidiaria como locativa, imputable a quienes tienen el deber de impedir o dificultar el hecho criminal, la conclusión de inaplicar el art. 120.3 CP, no es acorde con la doctrina jurisprudencial, SSTS. 768/2009 de 16.7, 135/2011 de 15.3, 1328/2011 de 12.12, y Sentencia Tribunal Superior de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal de 11.10.2002, cuyo contenido transcribe literalmente, y para concluir que en el caso presente hubo infracción de las normas reglamentarias de seguridad privada, hubo infracción de las normas internas de seguridad de la entidad, hubo infracción de las normas de consagrado uso con evidente desentendimiento por parte de la empleada que abrió en hora tan próxima al cierre, el acceso a la entidad a dos desconocidos de sospechoso aspecto y añade que aún sin haber concurso de tales infracciones, la entidad bancaria debe responder civilmente y de manera subsidiaria porque es preciso acreditar que se ha agotado toda la diligencia exigible para prevenir el daño específicamente contemplado como riesgo eventual a la actividad llevada a cabo, y en particular, no es causa de exoneración la prueba de que se han observado las medidas reglamentariamente exigidas, si tales medidas pueden valorarse objetivamente como insuficientes para la prevención del daño, y concluye con que la entidad es garante de la indemnidad respecto de los daños que no sean expresión del “riesgo general de la vida” sino solo de los que se considere que entran dentro de la esfera de riesgos propia y específicamente causados por la actividad de la misma y no cabe duda de que el daño sufrido por la cliente a consecuencia de un atraco a mano armado en la sucursal de la entidad es

condición de un riesgo causado por la actividad propia de la misma: la acumulación de dinero en entidades bancarias, foco de atracción de delincuentes.

La responsabilidad civil subsidiaria que se solicita lo es al amparo del art. 120.3 CP, precepto éste –nos dicen las SSTS. 370/2010 de 29.4, 229/2007 de 22.3, y 768/2009 de 16.7-, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus –principales– (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad («*cuius commoda eius incommoda*»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: «*las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción*».

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna “infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad”, debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3.10, 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de

guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del “hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”. Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP. parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP.). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales “en defecto de los que lo sean criminalmente”. La expresión “personas naturales o jurídicas” es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP. proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido “no se hubiera producido sin dicha infracción”. Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21.10, 768/2009).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su

titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS. 140/2004 de 9.2, 51/2008 de 6.2), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la “culpa in eligendo” y en la “culpa in vigilando”, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C.), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C.).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En definitiva en la evolución progresista que ensancha este tipo de responsabilidad se ha aplicado la teoría del riesgo y aunque no puede hablarse en sentido estricto en que esta esfera impere su criterio de absoluta responsabilidad objetivo, lo que impera es el carácter denominado de un “ponderado objetivismo” y si bien se ha dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, ha de constar acreditada la vulneración de la norma reglamentaria aplicable al caso y si no es así no es posible decretar la responsabilidad civil subsidiaria.

En el caso presente resulta evidente que una valoración ex post de las medidas de seguridad de la entidad bancaria, revelan que fueron insuficientes para evitar la realización del robo con armas en la misma pues caso contrario este no se hubiera producido, pero ello no empece que en todos los casos deba decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco, vía art. 120.3 CP. por las posibles lesiones sufridas por clientes a causa de la intimidación producida.

En efecto, las medidas de seguridad de que estaba dotada la entidad se acomodaban a las señaladas en los arts. 119 y 120.1 del Real Decreto 2364/94, por el que se aprobó el Reglamento de Seguridad Privada, por cuanto las incluidas bajo los párrafos d) (“recinto de caja de, al menos dos metros de altura y que deberá estar cerrado desde su interior durante las horas de atención al público,

siempre que el personal se encuentre dentro del mismo, protegido con blindaje antibala del nivel que se determine y dispositivo capaz de impedir el ataque a las personas situadas en el interior”) y e) (“control individualizado de accesos a la oficina o establecimiento que permita la detención de masas metálicas, bloqueo y anclaje automático de puertas, y disponga de mando a distancia para el desbloqueo del sistema en caso de incendio o catástrofe, o puerta de emergencia complementaria, detectores de presencia o zócalos sensibles en vía de salida, cuando se utilice el sistema de doble vía y blindaje que se determine”), se permite, en el apartado 2 del art. 120, la opción voluntaria por cualquiera de ellas, y en todo caso en el art. 122 se prevé que no serán precisas dichas instalaciones cuando las cajas auxiliares sean sustituidas por los dispensadores a que se refiere el apartado 2 de dicho precepto, tal como sucedió en el caso actual conforme la declaración en el plenario el responsable de seguridad de la entidad bancaria.

Por tanto hemos de partir de una premisa cual es que la finalidad de las medidas de seguridad no es solo intentar prevenir los atracos sino, en todo caso, intentar minimizar sus posibles consecuencias lesivas para las personas presentes. De ahí que en el Manual Operativo de oficinas en el apartado relativo a actuaciones en atraco se recogen expresamente que “la vida e integridad física de las personas son los primeros condicionantes por lo que no se debe intentar frustrar el atraco, se intentará mantener la calma” y solo si no conlleva riesgo se pulsará la alarma, pero siempre que no exista ningún peligro, pues todo lo que está sucediendo se está grabando aunque no se pulse”.

Siendo así, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia TSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 11.10.2002, en el que si bien la sucursal atracada contaba con todas las medidas de seguridad exigidas por la normativa vigente al tiempo de los hechos, estas no funcionaron correctamente pues no se activó alarma alguna, ni cámara de grabación, ni foto sospecha hasta después de haberse producido la huida, las medidas si funcionaron. Así constan unidos a la causa los fotogramas de las cámaras de grabación en el momento en que los atracadores entraron en el banco, y durante la ejecución del robo (folios 37 y 38), sin que su aspecto externo –personas vestidas con corrección, cara descubierta– aunque uno de ellos llevara gafas oscuras, pudiera infundir sospechas tales para no permitirles la entrada y la alarma, que fue accionada para evitar riesgos innecesarios, ante la amenaza de los atracadores de que no tocaran la alarma cuando los atracadores salieron de la entidad funcionó correctamente, siendo recibida la señal por la Central Receptora de Alarmas de Unicaja

Por tanto, conforme a la doctrina civilista de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo es cierto que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias”, pero tal responsabilidad fundada en la creación del riesgo no encuentra aplicación al caso de autos ya que en modo alguno puede afirmarse que la prestación por las entidades bancarias de los servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de caja o dispensadores en efectivo, constituya una actividad creadora de riesgos para los usuarios que exija la adopción de medidas y seguridad no previstas legal ni reglamentariamente.

En otro sentido, sentencias Sala 1ª Tribunal Supremo 1117/2008 de 10.12, 21.4.2005, 23.3.2006, 30.6.2000, 1.4.97, tienen declarado, para la determinación de

la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión - causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial vienen aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el actor antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues "el cómo y el porqué se produjo el accidente", constituye elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

En el caso sometido a debate, no puede afirmarse que las lesiones psíquicas sufridas por la recurrente, al presenciar el atraco como cliente del banco, sean una consecuencia ligada por aquella relación de necesidad, de la insuficiencia de las medidas de seguridad de la entidad, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida por los atracadores durante la ejecución del robo con armas.

En definitiva, como dice en la STS. Sala 1ª 26/2012, "la responsabilidad prevista en el artículo 1.902 del Código Civil -tanto más la subsidiaria del art. 120.3 Código Penal- no se funda única y exclusivamente en la situación de riesgo sino que exige la culpa o negligencia del demandado como presupuesto de su obligación de reparar el daño (SSTS 13 de marzo de 2.002, 4 de julio y 6 de septiembre de 2.005, 25 de enero de 2006, 7 de enero de 2.008, entre otras). Y si bien es cierto que la técnica de inversión de la carga de la prueba tiene su ámbito de aplicación precisamente en ese elemento subjetivo de la culpa o negligencia, también lo es que en todo caso (imputación objetiva o subjetiva), es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción.

El motivo, por lo expuesto, se desestima». (F. J. 4º)

REVISIÓN DE SENTENCIA.

Interpretación de la Disposición Transitoria segunda de la LO 5/2010. Principio de proporcionalidad.

Recurso: Casación nº 10333/2012 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 290/2013 de fecha 16/04/2013

«De estas opciones, la última e intermedia es la que se estima más adecuada, y la que consideramos debe ser aplicada.

Así, en la reciente sentencia núm. 266/2013, de 19 de marzo, se establece como doctrina que **la revisión de sentencias firmes por aplicación retroactiva de la ley penal más favorable cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal no debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero debe introducir las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010 provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad».** (F. J. 10º)

ROBO CON INTIMIDACIÓN.

Exhibición de placa policial y esposas: no es estafa.

Recurso: Casación nº 10232/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 898/2012 de fecha 15/11/2012

«En definitiva, parece incuestionable que la exhibición de una placa policial y unas esposas genera un efecto intimidatorio –sea éste el desenlace de una operación policial legítima o simulada- que es suficiente para integrar el tipo del art. 242.1 del CP, desplazando la aplicación de la falta de estafa del art. 623.4 del CP, cuya aplicación reivindica el recurrente. En palabras del Fiscal, que respalda su línea argumental con una precisa cita jurisprudencial, la actuación de los acusados, aunque tuviera un cierto montaje fraudulento, contenía unos componentes intimidatorios determinantes de que el hecho deba ser considerado como constitutivo de un delito de robo con intimidación.

En efecto, el rechazo del motivo es también obligado a la vista del tratamiento que la jurisprudencia de esta Sala ha venido dispensando a hechos similares. La STS 1438/2005, 23 de noviembre, puntualizó que *“...el mal con el que se conmina –implícito en la acción desplegada– consiste, como mínimo, en la posibilidad de detención como consecuencia a las órdenes de los agentes; y no es necesario que se verbalice, pues se percibe inequívocamente por los sujetos pasivos (...), mediante la actitud mostrada, lenguaje corporal utilizado y exhibición de placas y de algún arma, por los sujetos activos. La potestad administrativa de coerción, que conlleva una inevitable intimidación, cuando se utiliza con fines espurios pierde su legitimidad, debiendo ser reconducida a los tipos penales correspondientes; en este caso al delito de robo comprendido en los arts. 237 y 242 del CP”*. Y la STS 1670/2002, 18 de diciembre, condenó al autor de una agresión sexual con intimidación, valiéndose de su fingida condición de agente de policía, con el argumento nuclear de que *“...la simulación del carácter policial, es decir de la disposición de una facultad coactiva por parte del autor, es suficiente para intimidar a una persona”*.

Por su similitud con el caso enjuiciado, resulta de interés la transcripción literal del FJ 1º de la sentencia 1252/1992, 2 de junio, en el que puede leerse: *“el único motivo del recurso interpuesto por el acusado, residenciado en el art. 849, 1.º de la LECrim, denuncia haberse cometido infracción, por aplicación indebida, de los arts. 500 y 501,5, del CP, cuando debiera de haberse aplicado el art. 587,2.º, de dicho cuerpo legal -quiere referirse al 587,3.º-, por constituir el hecho sancionado una falta de estafa y no un delito de robo con intimidación. La idea de la estafa en la actuación del agente encausado ha de descartarse, ya que si bien se detecta la existencia de una conducta engañosa en el mismo, atribuyéndose frente a los menores la condición de Guardia Civil, para la perpetración de la infracción defraudatoria indicada se precisa que la actividad simuladora y mendaz, originando un error en el sujeto pasivo, lleve a éste, en relación de causalidad, a realizar un acto de disposición, un desplazamiento patrimonial en beneficio del activo fabulador y en su propio perjuicio o en el de un tercero [Cfr. entre muchas, SS. 22-11-1986, 27 mayo y 24 octubre 1988, 6-2-1989 y 11-11-1990]. [...] En el supuesto enjuiciado no puede acusarse semejante realización dispositiva por parte del menor como consecuencia del error provocado. Según el tenor del factum, el acusado, una vez en el domicilio de Alberto, accedió a la habitación de éste y después de registrarla se apoderó de 22.000 ptas. en metálico que había en dos huchas. Es decir, que la apropiación dineraria consumada fue fruto de la iniciativa y actividad personal del infractor, localizando el dinero y haciéndolo suyo por aprehensión directa del mismo y voluntad propia de apoderamiento. Nada más lejos de la figura de estafa hacia la que apunta el recurrente”.*

No ha existido, por tanto, error en el juicio de subsunción. Los hechos no son constitutivos de una falta de estafa del art. 623.4 del CP, sino de un delito de robo del art. 242.1 del mismo texto punitivo». (F. J. 2º)

ROBO CON VIOLENCIA.

Continuidad delictiva: no se aprecia

Recurso: Casación nº 10232/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 898/2012 de fecha 15/11/2012

«En el desarrollo del motivo, el Ministerio Público se hace eco de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, tratándose de delitos de robo con intimidación, descarta la continuidad delictiva a que se refiere el art. 74 del CP. En efecto, la excepcionalidad de aplicación del delito continuado –STS 1143/2011, 28 de octubre- forma parte del enunciado mismo del art. 74 del CP, en cuyo apartado 3 se precisa que *“...quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.*

El ATS 2331/2011, 22 diciembre, abordaba un supuesto con ciertas similitudes al que hoy centra nuestra atención: *“...la parte recurrente solicita se aprecie la continuidad delictiva respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación. Alega que todos los hechos delictivos contra el patrimonio se cometieron en apenas veinticuatro horas en una zona céntrica de Barcelona con una técnica comisiva idéntica y que la pena sin apreciar la continuidad delictiva resulta exacerbada. [...] La doctrina de esta Sala ha excluido de manera reiterada de la figura de la continuidad delictiva los casos de pluralidad de robos con violencia, -pese a su cercanía en el tiempo- con base en el artículo 74.3º del Código Penal. Conforme a este precepto, quedan exceptuadas de las reglas generales de la continuidad delictiva, las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En tal sentido, y respecto del delito de robo con violencia e intimidación, ha dicho esta Sala que <los delitos de robo con violencia o intimidación contienen en su estructura típica una pluralidad de bienes jurídicos atacados que se encarnan en el derecho a la propiedad y en el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bienes éstos, eminentemente personales que vetan la aplicación del delito continuado aunque ello suponga una agravación de la entidad punitiva que corresponde a cada uno de los delitos penados separadamente>. (Así por todas, STS 78/2000, de 21 de enero). Es evidente que es esa la consideración que merece el delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto que, aunque la finalidad sea eminentemente patrimonial (apoderarse mediante medio o violencia de una cosa ajena), la utilización de esos medios afecta a bienes de naturaleza obviamente personal como lo son la integridad física y psíquica de las personas”.*

Este entendimiento jurisprudencial está generalizado en otros muchos precedentes. Así hemos dicho que *“...el delito de robo con violencia o intimidación en cuanto atenta a la vez al patrimonio y a la libertad de las personas, daño típico de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva, tanto entre distintos robos con violencia o intimidación, como entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto”* (STS 97/2010, 10 de febrero, confirmando la tesis proclamada, entre otras muchas, en las SSTS 782/1998, 5 de junio; 1677/1999, 24 de noviembre; 78/2000, 31 de enero; 1564/2002, 7 de octubre y 1572/2003, 25 de noviembre).

Argumenta el Fiscal que en la sentencia que se recurre consta que los hechos realizados por los acusados, que han sido calificados como constitutivos de delitos de robo con violencia o intimidación, fueron llevados a cabo en días y lugares distintos y contra personas diferentes, por lo que, aunque las acciones respondieran a un plan preconcebido y se cometieran por los mismos sujetos activos en un espacio temporal y geográfico muy próximo, no pueden englobarse en el concepto de unidad de acción –que requeriría una intimidación unitaria-, ni considerarse constitutivos de un delito continuado –al ser de aplicación al delito imputado la excepción prevista en el art. 74.3 del CP-. Por lo tanto, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, procedería la punición por separado de cada uno de los hechos constitutivos de los dos delitos de robo con violencia o intimidación imputados a los acusados.

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, con las consecuencias punitivas que se expresan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 10º)

Subtipo atenuado: menor entidad del hecho.

Recurso: Casación nº 576/2012

Ponente: Sr. Ramos García

Sentencia: nº 921/2012 de fecha 27/11/2012

«El apartado 4º del vigente art. 242 C.P. contiene un tipo privilegiado que permite imponer la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero en supuestos en los que la violencia ejercida sea de escasa entidad. El legislador considera que en tales casos debe declinar el rigor con que se castigan esta clase de infracciones, evitando la desproporcionalidad manifiesta entre el ilícito y la respuesta penológica, debiendo valorarse tanto la cuantía económica de lo sustraído como la magnitud de la violencia ejercida para el desapoderamiento para buscar el equilibrio entre la entidad o gravedad de la acción antijurídica y la sanción equitativa y proporcional al hecho.

En el caso presente, y de acuerdo con el Hecho Probado, es claro que la violencia fue de escasa relevancia, prácticamente la propia del método de sustracción conocido como "el tirón", sin amenazas, sin agresión y sin ningún daño físico en la víctima, que únicamente sufrió el despojo de su teléfono móvil.

Por ello, el motivo debe ser estimado, casándose la sentencia impugnada y subsumiendo los hechos en los apartados 1 y 4 del citado art. 242 C.P., rebajando la pena en un grado y fijándola en un año y tres meses de prisión.

En virtud de lo dispuesto en el art. 903 L.E.Cr., la nueva sentencia aprovechará también al coacusado no recurrente». (F. J. 5º)

Uso de pistolas detonadoras o de fogeo (Acuerdo Pleno 21/01/2000).

Recurso: Casación nº 10665/2012 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1011/2012 de fecha 12/12/2012

«Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que las pistolas de fogeo, detonadoras e incluso simuladas son instrumentos o medios aptos para ser subsumidos en el empleo o uso de las armas o medios peligrosos a que se refiere el tipo penal agravado, cuando el Tribunal hace constar su posible peligrosidad; consistente, por un lado, en su utilización a corta distancia, y, por otro, en su empleo con medio contundente para vencer la resistencia de la víctima. Una reiterada doctrina de esta Sala ha venido estableciendo respecto a qué objetos responden al concepto de arma o instrumento peligroso, que lo relevante es la susceptibilidad de éstos de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor,

incrementando el riesgo para el asaltado y por tanto disminuyendo su capacidad de defensa --STS 753/2004 de 11 de Junio, con citación de otras muchas--.

Hay que recordar que ya en la Sala General de 21 de Enero de 2000 se aprobó por mayoría estimar que en relación a las pistolas detonadoras, estas podían tener el carácter de instrumento peligroso y por ello ser correcta la aplicación del párrafo 2º del art. 242 Cpenal, pudiéndose citar como jurisprudencia que aplica tal acuerdo, además de la citada, las SSTS 1401/1999 de 8 de Febrero, 22 de Septiembre de 1998, 12 de Abril de 1999 y 22 de Abril de 1999, pudiéndose predicar tal calidad a efectos penales de las pistolas que se exhiben con finalidad amedrentadora aunque luego no se localicen cuando pueda deducirse su peligrosidad como instrumento peligroso y contundente dada la dureza de su estructura, aunque sea de baja aleación metálica, al igual que ocurre con botellas o vasos de cristal». (F. J. 1º)

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Guía y licencia.

Recurso: Casación nº 10372/2012 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 928/2012 de fecha 21/11/2012

«3.- Es verdad que la Jurisprudencia ha venido considerando posesión penalmente típica la de armas en ausencia, bien de licencia, bien de guía.

Así, entre otras, la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 474/2004 de 13 de abril, rechaza la tesis del recurrente que había alegado que el legislador *no ha incluido la guía de pertenencia del arma, como elemento normativo del tipo penal del art. 564 del CP, y que la inexistencia de guía no tendría otra sanción que la gubernativa conforme al Reglamento de Armas.*

Entiende el Tribunal que la carencia de determinados elementos de identidad en el arma **impedía que pudiera tener la correspondiente guía de pertenencia** y que, por tanto, pudiera ser legalizada. La sentencia citada considera también que la licencia A, que poseía el acusado por ser Guardia Civil, no amparaba la posesión del arma cuestionada porque aquél ya amparaba en esa licencia la posesión de otras armas.

En definitiva establece como doctrina que:

La ilegalidad era doble: por ausencia del guía del arma poseída, y por exceder del cupo de ellas autorizado por la licencia.

El tipo objetivo comprendido en el Código Penal. 564 Código Penal requiere, además de la tenencia de armas de fuego reglamentadas, que la tenencia sea ilícita, esto es, que el tenedor carezca de las licencias o permisos necesarios.

Conforme a la técnica típica utilizada, cualquier autorización de la que dependa la legalidad de la tenencia y uso condiciona prima facie, su relevancia penal, sin perjuicio de las matizaciones que se efectúen.

Además de la licencia, permiso o autorización especial, la posesión de un arma de fuego precisa, en todo caso, de la correspondiente guía de pertenencia

Tal doctrina ha venido a ser revisada por el Acuerdo del Pleno citado por el recurrente que se recoge en nuestra Sentencia nº 123/2009 de 3 de febrero, en la que nuevamente el recurrente, un funcionario policial con licencia A, hace protesta de ausencia de ilicitud penal si, aún disponiendo de esa licencia, carece de la guía de pertenencia del arma.

En aquel Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional establecimos: **La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal ."**

Y en la sentencia citada dijimos: *que el legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del artículo 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas. Marcó así una diferencia indiscutible en la letra respecto al tipo penal del Código Penal de 1973 (artículo 254). Bastaría ello para hacer innecesarias interpretaciones.*

Más aún si las interpretaciones pretende "integrar contenidos del precepto penal con invocaciones a criterios como la voluntad del legislador que, si en general deben manejarse con cuidado, más aún cuando lo prevalente debe ser la taxatividad de la descripción de los enunciados lingüísticos que anuncian la norma penal. Más rechazable es el recurso a criterios solamente utilizables como orientadores de política criminal y de lege ferenda, para erigirlos en instrumentos de fijación de contenidos de la norma vigente. Como cuando se dilucida el sentido de la norma desde el deseo del intérprete acerca de las normas de seguridad que estima convenientes.

No cabe incluir en la expresión "licencias o permisos necesarios", cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de "guía de pertenencia".

*Así deriva de la lectura del Reglamento citado. Para éste la **guía de pertenencia** se incluye en el capítulo titulado documentación de la titularidad del arma. Por el contrario remite a otro capítulo la regulación de **licencias y autorizaciones especiales** (artículos 96 y siguientes).*

De ello deriva que, en la terminología de la norma reguladora, aquélla y éstas son conceptos diferentes.

Por lo que la terminología empleada por el legislador penal no puede asimilar términos que esa norma, a la que, por otra parte, remite la penal, utiliza con alcance diverso.

De esta forma, y por las antedichas razones se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenerse nuestra posterior jurisprudencia. Abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala nº 878/2007, de 8 de noviembre .

Y conforme al criterio que hemos fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa, por lo que, con estimación de este motivo, se dictará segunda sentencia con la correspondiente absolución por este título

4.- Eliminada la trascendencia de la ausencia de guía, que se reprocha por la sentencia de instancia, debemos ahora examinar la imputación de que el acusado, además, no disponía de licencia.

Al respecto la recurrida poca reflexión aporta sobre dos datos, que merecerían un estudio más detenido. Por un lado, que la afirmación de ausencia de licencia deriva de un "informe emitido por la intervención Central del Ministerio de Defensa", cuyos términos no se reflejan en la sentencia. Y, por otro lado, que el acusado es militar en situación de excedencia voluntaria.

Sin embargo este último dato exigía de aquel informe una adecuada justificación de sus conclusiones, en particular si en la sentencia no se hace ninguna referencia a la titularidad de la licencia tipo A –y no E a que hace referencia la sentencia- que, en principio, ha de reconocerse al acusado.

En efecto el artículo 114 del Reglamento de Armas dice que "Al personal que a continuación se indica, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será considerada como licencia A su tarjeta de identidad militar o carné profesional...."

Y en su apartado 2 se ha venido a añadir que: **La tarjeta de identidad militar será considerada además como licencia A para el personal reseñado en el apartado 1.a y b que se encuentre en la situación de excedencia voluntaria** por la causa prevista en el punto e del artículo 31 del Reglamento General de adquisición y pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, aprobado por el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre.

Dicho artículo 31 del citado Reglamento establece que Los militares de carrera pasarán a la situación de excedencia voluntaria: cuando **lo soliciten por interés particular.**

La sentencia no aporta ningún argumento que excluya que el acusado no se encuentre precisamente en esa situación, que es la que sugiere la declaración de hechos probados.

En consecuencia, cualquiera que fuera la decisión que corresponda adoptar sobre la titularidad o no de esa licencia A, lo cierto es que la información de que disponemos no nos permite excluir que el acusado, en cuanto militar en excedencia voluntaria, no disponga de la citada licencia A).

Y la falta de acreditación de ese presupuesto del tipo penal impide la imputación de tal delito.

En esa medida debemos estimar el motivo con la consecuencia absoluta que impondremos en la segunda sentencia». (F. J. 1º)

Revólver neumático.

Recurso: Casación nº 1898/2011

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 770/2012 de fecha 09/10/2012

«...el revólver ocupado al Sr. Pxxx Mxxxx es un arma neumática, reglamentada, pero no un arma prohibida, ni tampoco un arma de fuego, a las que se refieren los arts 563 y 564 del CP. Su posesión, aunque careciera de la prevista autorización de la alcaldía (necesaria para su uso y utilización fuera del domicilio), es completamente atípica...». (F. J. 20º)

TENTATIVA.

Punición de la tentativa inidónea. Acuerdo del Pleno.

Recurso: Casación nº 2414/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 899/2012 de fecha 02/11/2012

«El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Esta posición doctrinal no puede compartirse, porque el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que **objetivamente** deberían producir el resultado").

Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, avalada también por un destacado sector doctrinal, **que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.**

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que **los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico** (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que **la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto.**

La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado.

Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido recientemente ratificada por el **Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que "El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.** (F. J. 5º)

En el caso actual el recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con el remitente de un importante alijo de droga valorado en más de 30.000 euros, que se había enviado desde Bolivia, para recogerla del lugar donde se había recibido en España y hacérsela llegar posteriormente a sus destinatarios finales, con el fin de que éstos pudiesen distribuirla en nuestro país.

Con ello practicó parte de los actos que "objetivamente" deberían conducir al fin planeado, enviando a un delegado suyo a recoger la droga, y prestándose así a participar en una operación de tráfico internacional de cocaína. **Si no llegó a realizar la recogida y la entrega a los distribuidores finales de la droga en nuestro país, fue por causas independientes de su voluntad, pues la droga ya había sido controlada por las autoridades policiales, pero ello no priva**

objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. Por lo tanto el hecho debe ser sancionado como tentativa.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo de recurso interpuesto». (F. J. 6º)

TERRORISMO.

Enaltecimiento.

Recurso: Casación nº 1576/2012

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 282/2013 de fecha 01/04/2013

«En tal sentido hay que recordar, de entre los numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en relación con la materia que nos ocupa (SsTS de 21 de Diciembre de 2004, 26 de Febrero, 20 de Junio y 17 de Julio de 2007, 23 de Septiembre de 2008, 5 de Junio de 2008, 5 de Junio y 21 de Diciembre de 2009, 3 de Marzo y 2 de Junio de 2010 o las más recientes de 2 de Febrero y 25 de Abril de 2011), lo siguiente:

- Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal, redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577, y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que "*...No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional...*", sino que consiste en algo "*... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas...*", realizada mediante actos "*...que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...*" (Vid. STEDH de 15 de Marzo de 2011, caso "Otegui Mondragón vs Espagne").

Ni supone tampoco en modo alguno, por tanto, la criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad de la tipificación de

tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

De esta manera el bien jurídico protegido y el fundamento de este tipo, estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía* -y también nuestro Tribunal Constitucional - STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el "discurso del odio", es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

- Que los elementos que integran esta infracción son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

- Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un comportamiento activo, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad, carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

- Que, además, ostenta una sustantividad propia respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología.

En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las "apologías" clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que *"...las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del CP"*.

- Que, así mismo, no debe confundirse este delito de enaltecimiento o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de realización de actos con el propósito de "desacreditar, menospreciar o humillar" a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento.

Pues bien, como queda dicho, la conducta de quienes fueron acusados en la instancia por la comisión de un delito de tales características, al exhibir en un acto público y con una finalidad de elogio hacia ellos, o al menos de justificación de sus acciones, las fotografías de varios presos, encarcelados por su presunta pertenencia a la banda terrorista, según se describe en el "factum" de la recurrida, merece, sin duda alguna, ser calificada como constitutiva de la infracción que acaba de describirse.

Y sin que a este respecto puedan aceptarse, por otro lado, las alegaciones de los recurrentes en el sentido de que no se estaban justificando y enaltecendo a miembros de la organización terrorista, toda vez que las fotografías que portaban eran de personas que se encontraban en situación de prisión preventiva y, por ende, no habían sido condenadas hasta ese momento como tales terroristas, puesto que, al margen de que al menos algunas de ellas ya tuvieran previamente antecedentes por actos de terrorismo como los Jueces "a quibus" refieren, lo cierto es que con la simple lectura del "factum" de la Resolución de instancia, se observa que se afirmaba expresamente, por medio de un comunicado público difundido el

día anterior, que la finalidad de tales acciones no era otra que la de “...mostrar la solidaridad con los **presos políticos** vascos y contra la **represión**”.

Lo que significa obviamente que, más allá de la simple reivindicación de una aproximación de los presos a sus hogares, lo que por supuesto entraría dentro de la lícita expresión de unos meros deseos y pretensiones, con los referidos calificativos de “presos políticos” objeto de “represión”, se está yendo más allá de una mera demanda reivindicativa, para presentar a esos presos, cautelarmente encarcelados como posibles autores de actos de delincuencia terrorista, como luchadores políticos y víctimas de una injusta persecución, con la clara finalidad de enaltecer los hechos que hubieran podido cometer y a sus propias personas». (F. J. 2º)

Humillación a víctimas. Diferencia con enaltecimiento.

Recurso: Casación nº 509/2012

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 752/2012 de fecha 03/10/2012

«1. Establece el art. 578 del Código Penal, en el que la Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente: *“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.*

Tal redacción, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, responde a la reforma que, en materia de terrorismo, operó en el Código Penal la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en cuya Exposición de Motivos -apartado III- encontramos los siguientes fundamentos de su inclusión: *“La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.*

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan

sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...)”.

2. No son muchos los pronunciamientos que hasta el momento ha emitido esta Sala de Casación sobre el precepto que se cuestiona, habiéndose abordado su contenido en la mayoría de las ocasiones a través de la figura del enaltecimiento del terrorismo. Sólo como «obiter dicta», por derivación del examen de aquél, se ha mencionado su conexión legislativa con la humillación de las víctimas. Sin embargo, el criterio que de forma diáfana y uniforme resulta de todos esos pronunciamientos (*ad exemplum*, STS núm. 224/2010, de 3 de marzo) confirma que el precepto viene a sancionar como delito dos conductas claramente diferenciadas, ambas relacionadas con el terrorismo: por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas, figura ésta que cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior.

La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no impide desentrañar su esencia diversa, para lo cual contamos con el auxilio de la Exposición de Motivos, antes vista, cuya lectura detenida permite vislumbrar en la decisión político-criminal el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados. Algún sector doctrinal ha criticado esta mezcla legislativa, que entrelaza una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas, cuya justificación material como delito y merecimiento de pena es considerada adecuada, cerrando el paso a toda impunidad respecto de aquellos actos ofensivos o despreciativos hacia las víctimas del terrorismo.

Para la STS núm. 656/2007, de 17 de julio, el primer inciso del párrafo que analizamos ubica la apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta en dicha resolución que el precepto corresponde a la «ratio legis» de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas "per se" pero que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. La STS núm. 149/2007, de 26 de febrero, aduce que comportan hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede tener su sustento en cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o bien en cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución, y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

De otro lado, la misma STS núm. 656/2007 considera que el segundo inciso de este párrafo reputa punible un supuesto por completo diferente, cual es la

realización de actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de los delitos terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares.

En cualquier caso, común a todos estos actos es -como destaca la Exposición de Motivos- la *“perplejidad e indignación”* que generan en la sociedad, razón que les hace merecedores de reproche penal.

A través del castigo del enaltecimiento del terrorismo se pretende la interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía, y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía), como también nuestro Tribunal Constitucional (STC núm. 235/2007, de 7 de Noviembre) y este mismo Tribunal de Casación (STS núm. 812/2011, de 21 de julio) califican como «discurso del odio», consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas. Tal comportamiento de ningún modo puede quedar bajo la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, basándose su discurso *“en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades”* (STS núm. 224/2010, de 3 de marzo). Como también destacaba la STS núm. 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando de este modo contra el sistema democrático establecido.

En cambio, la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente, como antes señalábamos, a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE). En consecuencia, tampoco en este caso el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión, no obstante su reconocimiento como derechos fundamentales, pueden servir de cobertura a la impune realización de actos o exteriorización de expresiones que contengan un manifiesto desprecio hacia las víctimas del terrorismo, en tal grado que conlleve su humillación. No en vano, estas libertades encuentran su límite en el propio texto constitucional: así, el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene *“más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”* (art. 16.1 CE); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera *“en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”* (art. 20.4 CE). De hecho, como dijimos en la STS núm. 539/2008, de 23 de septiembre, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la

violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista.

No es ésta la única ocasión en la que el Legislador se ha encontrado ante la dificultad de ubicar una conducta cuyo marco de protección afecta a diferentes ámbitos, que exceden del estricto campo del honor. Así sucedía, por ejemplo, a propósito del desaparecido delito de desacato, que desde 1850 tradicionalmente había estado tipificado en el Código Penal (no así en el actual CP de 1995), y respecto del cual esta Sala había destacado el dolo específico del elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención de vilipendiar, agraviar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el «animus iniuriandi» de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser *«una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad»*, intención *«pertenciente a la más estricta intimidad del sujeto activo»*, por lo que *«normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del propósito de ofender»* (STS de 14 de febrero de 1991, rec. 2241/1988).

Igual sucede, en el caso del actual Código Penal de 1995, con las injurias graves vertidas contra las Cortes Generales o Asambleas Legislativas autonómicas, cuando se encuentren reunidas en sesión, o bien contra alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen (art. 496 CP). También en los delitos contra el honor que afecten a la Corona, particularmente previstos en los arts. 490.3 y 491.1 CP. En todos ellos nos encontramos ante un ataque al honor merecedor de una protección singularmente reforzada, al verse atacados no sólo los concretos sujetos pasivos afectados a título particular, sino muy especialmente la figura de las Instituciones que representan.

Precisamente analizando un supuesto de injurias al Rey, resaltaba la STS núm. 1284/2005, de 31 de octubre, siguiendo para ello la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 39/2005, de 28 de febrero, que, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del «animus iniuriandi» tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC núm. 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 25 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y de 15 de enero de 2001).

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano distinto, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades de los apartados a) o d) del art.

20.1 CE, si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC núm. 104/1986, de 13 de agosto, reiterada en las SSTC núm. 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; ó 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión entre los delitos de terrorismo.

Por otro lado, ha de convenirse con lo expuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, y en contra de lo afirmado por el aquí recurrente, en que, mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, ("*... por cualquier medio de expresión pública o difusión ...*"), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél ("*.... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ...*"). Como antes referíamos, esta segunda figura ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura no precisa de la difusión pública, porque no tendría sentido, que, en cambio, resulta difícilmente deslindable del enaltecimiento. Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.

En cualquier caso, como también subraya la STS núm. 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS núm. 585/2007, de 20 de junio, se requiere en estos supuestos de un análisis judicial particularmente riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que queda materializado, la ocasión y escenario en que se desarrolla, etc. Aunque referido al enaltecimiento, procede traer a colación lo que también señalaba la STS num. 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, en el sentido de que en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizados, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión». (F. J. 3º)

TRIBUNAL DEL JURADO.

Ensañamiento: extralimitación del TSJ al eliminar la agravante apreciada en primera instancia.

Recurso: Casación nº 10889/2012 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 25/2013 de fecha 16/01/2013

«Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando en su informe se refiere a la similitud que ofrece la STS 1077/2000, 24 de octubre, respecto del supuesto que es ahora objeto de análisis. En la resolución citada, esta Sala recordó las consecuencias derivadas de un cambio de calificación jurídica, resultado de la estimación de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Magistrado-Presidente, cuando no va acompañada de una rectificación del factum que mantenga la congruencia del silogismo lógico que se exige de cualquier sentencia.

“El motivo de apelación definido como infracción de precepto legal en la calificación de los hechos (art. 849 bis c) apartado b) de la LECrim) equivale al motivo casacional de infracción de ley prevenido en el art. 849.1º de la LECrim y permite controlar en apelación la congruencia jurídica entre los hechos declarados probados por el Colegio de Jurados --que deben respetarse en este motivo de apelación salvo en lo que contengan juicios de inferencia irracionales o arbitrarios-- y el fallo de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente.

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

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

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

Pero en ese caso ha de concluirse igualmente que la sentencia impugnada debe ser casada por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que origina indefensión (...). En efecto se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y se origina indefensión a la parte afectada, si se modifica la calificación jurídica de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en función de un nuevo relato fáctico que no se explicita, y que en consecuencia no permite a la parte recurrente impugnarlo por infracción de ley al no resultar posible efectuar el juicio de congruencia entre el relato fáctico y el fallo cuando falta totalmente la primera de dichas premisas. El silogismo que configura la sentencia falla si los hechos probados de la sentencia de apelación se mantienen ocultos, o son solamente tácitos o implícitos, teniendo que ser contruidos de forma hipotética e imprecisa a partir de los apartados jurídicos de la misma.

En consecuencia no cabe sustituir el relato fáctico de la sentencia del Tribunal del Jurado por otro meramente elíptico o implícito, debiendo ratificarse la estimación del motivo de casación por infracción de ley”.

La sentencia ante nosotros recurrida en casación -la dictada por el Tribunal Superior de Justicia- fue más allá de lo que le estaba atribuido porque, lejos de limitarse a una reconsideración de las inferencias del Tribunal del Jurado, modificó sustancialmente las premisas fácticas sobre las que aquellas habían sido construidas. Y, además, lo hizo tomando en consideración elementos de juicio cuya valoración no es legítima sin la inmediata recepción de su producción probatoria ante el Tribunal que valora. Y, finalmente, porque en el marco del procedimiento del Tribunal del Jurado su ámbito de decisión en cuanto a los hechos, no puede ir más allá de la subsunción de los mismos en el tipo penal (cfr. STS 140/2008, 31 de enero).

En definitiva, la concurrencia de la agravación de ensañamiento debe o no afirmarse en función de la resultancia fáctica que proclame el juicio histórico. Y en él, todavía ahora, después de la estimación del recurso por el Tribunal Superior de Justicia, se refleja la existencia de “...daños innecesarios (...) dirigidos a aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima...”. La eliminación de esa fragmento del hecho probado, en el ámbito cognitivo que el recurso de apelación previsto en la LOTJ autoriza al Tribunal Superior de Justicia, debería haberse fundado en “...la falta de toda base razonable” de la condena impuesta -art. 846 bis c), apartado e) de la LECrim-, no en una reinterpretación del dictamen de los peritos forenses que lleve al Tribunal a sustituir su criterio por el del colegio del Jurado, dejando, además, incólume el relato de hechos probados.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias que se expresan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 2º)

Falta de “quórum”. Formación de mayorías: veredicto. Pleno de 13/03/13. Nulidad de sentencias.

Recurso: Casación nº 324/2012

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 302/2013 de fecha 27/03/2013

«La recurrente a través de tres motivos encauzados dos por la vía del Quebrantamiento de Forma --art. 851-1º LECriminal-- y el tercero por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva solicita como única petición la nulidad de la sentencia al no haberse alcanzado los quórums exigidos en la Ley del Tribunal del Jurado y al haber renunciado el propio Colegio de Jurados a emitir veredicto, en cuyo caso el Magistrado-Presidente de acuerdo con las previsiones del art. 63-1-b) de la Ley, debió devolver el acta al Jurado, y al no haberlo hecho, ahora procede --procedería en su tesis-- la declaración de nulidad de la sentencia, acordando la realización de un nuevo juicio presidido por otro Magistrado y ante un nuevo Jurado. (F. J. 3º)

En la deliberación de la causa, ante la existencia del precedente jurisprudencial representado por la STS 595/2008 ya citada, y ante la posibilidad de una decisión discordante con la misma, que supondría un precedente en sentido contrario al representado por dicha sentencia, que atentaría claramente contra el principio de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, del que esta Sala debe ser especialmente garante, decidió por unanimidad suspender la deliberación y trasladar la cuestión a un Pleno no Jurisdiccional de Sala a fin de conocer la opinión del Pleno de la Sala en relación a la decisión a adoptar cuando no se consiguen ninguna de las mayorías exigidas en el art. 59, como es el caso de autos, en el que ni se alcanzó la mayoría de siete votos par los hechos contrarios al acusado, pero tampoco se consiguieron los cinco votos para los favorables, esto es, se produjo una crisis decisoria en el régimen de mayorías legales, lo que condujo a la situación normalmente llamada "jurado colgado", en orden a determinar si se debía seguir el criterio de la STS 595/2008, con lo que ya se obtendría una doctrina consolidada al respecto, o, por el contrario, habría de estarse a las previsiones de la propia Ley del Jurado, que en el art. 63, prevé expresamente la devolución del acta al Jurado cuando éste no se haya pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado --art. 60-- siendo esa falta de pronunciamiento la que expresamente declaró el Colegio de Jurados como ya se ha dicho.

El Pleno no Jurisdiccional tuvo lugar el 13 de Marzo de 2013, y por mayoría se adoptó el siguiente Acuerdo que en lo que aquí interesa es como sigue:

a) Para declarar probado un hecho un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.

b) Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.

c) Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).

Los miembros de este Tribunal, hacen suya la opinión mayoritaria del Pleno no Jurisdiccional indicado y en consecuencia estimamos que la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Toledo y la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha no es la correcta ni la prevista en la Ley del Jurado, lo que, ya se adelanta,

conduce a la estimación del recurso de casación formalizado por la Acusación Particular. (F. J. 4º)

Pasamos a la explicitación de las razones que abonan la decisión de la Sala.

La Ley del Tribunal del Jurado, tiene prevista expresamente en su articulado la solución a adoptar en los casos en los que no se alcance las mayorías exigidas para estimar probado los hechos contrarios al acusado, así como los hechos favorables.

El art. 59 es claro cuando exige siete votos --al menos-- cuando los hechos fuesen contrarios al acusado, y cinco votos cuando fuesen favorables.

El paso siguiente a la votación de los hechos está constituido por el art. 60 que prevé la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Solo está prevista la votación de la culpabilidad o inculpabilidad "*....si se hubiese obtenido la mayoría necesaria en la votación de los hechos....*". Por lo tanto es claro que presupuesto para la votación sobre la culpabilidad es la obtención de alguno de los dos quórum que exige la Ley.

En caso de no obtención de ninguna de las mayorías no debe procederse a la declaración de culpabilidad o inculpabilidad, y esa fue la decisión que adoptó el Jurado.

En realidad la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado es una simple consecuencia de la votación sobre los hechos, ya que el resultado de la votación sobre los hechos se proyectará, necesariamente sobre la culpabilidad o inculpabilidad, por lo que, en la situación de paralización del Jurado por la crisis decisoria (seis a tres en contra del acusado), situación que usualmente se denomina "jurado colgado" como ya se ha dicho, la única solución es continuar con las deliberaciones hasta obtener las mayorías legales, o en su caso, la devolución del acta al Jurado tanto si el Jurado no se pronuncia sobre la culpabilidad --como ocurrió en este caso-- o si se pronuncia pero sin la mayoría exigida, que recuérdese, no se obtuvo en la votación sobre los hechos.

Por el contrario, la decisión recogida en la sentencia del Jurado y confirmada en la apelación, fue la de apartarse de las previsiones legales que contemplaban la solución a esta crisis decisoria y con el apoyo jurisprudencial de la Sentencia 595/2008, absolver al acusado, estimando que, en definitiva, existió una mayoría del Jurado que no le estimó autor de los hechos de los que venía acusado.

El argumento que apoyaba la decisión se refería a que la persona concernida ya había sido juzgada y absuelta por una mayoría de los miembros del Jurado, y que en tal situación el sometimiento del absuelto a un nuevo juicio no quedaba justificado en la medida que sometía al absuelto a las graves consecuencias que pudieran derivarse de ser sometido a un nuevo juicio, ya que sin perjuicio de reconocerse que lo correcto hubiese sido que el Magistrado-Presidente hubiera devuelto el Acta al Jurado como tiene prevista la Ley, al no haberlo hecho

en el momento procesalmente correcto, el planteamiento de la cuestión en sede de apelación o casación, solo cabría acordar la repetición del juicio ante otro Jurado o confirmar la absolución, y en esa tesitura, la decisión tanto de la sentencia de primera instancia como la dictada en apelación fue seguir el criterio de la STS 595/2008 ya citada, de la que retenemos el siguiente párrafo:

"...Porque de optar por la repetición íntegra del Juicio ante un nuevo Jurado, como hace la Sentencia recurrida, sin duda en su caso y por tratarse de una apelación aplicando con la previsión de la Ley especial para esta clase de supuestos, nos encontraríamos con que quien ya fue juzgado, con todas las garantías y requisitos legales para ello, tanto materiales como formales, obteniendo un indiscutible pronunciamiento fáctico, adoptado también de acuerdo a los requisitos establecidos en la propia Ley, que declaraba la insuficiencia de acreditación de su participación delictiva en los hechos enjuiciados, todo ello conforme a la convicción de un Jurado compuesto expresamente para ese enjuiciamiento, ahora se enfrentaría a la eventualidad contradictoria de ser hallado partícipe en ellos, por un nuevo y distinto Tribunal, y lo que pudiera resultar aún más insoportable, incluso con una nueva calificación jurídica....".

Como ya se ha dicho, la opinión unánime de los integrantes de esta Sala es la de ante el apartamiento de la solución prevista en la Ley para resolver la crisis decisoria, declarar nula tal decisión y fallo que de la misma se deriva. La Ley del Jurado tiene un sistema de mayorías necesarias quedando sancionado su incumplimiento con la devolución del acta, al no hacerlo así el operador judicial se aparta de la previsión legal --sobre cuya constitucionalidad no cabe duda-- y provoca un apartamiento del proceso que denunciado vía casación, debe resolverse declarando la primacía del ordenamiento jurídico y la consiguiente obligatoriedad de seguirlo, por lo que, en este momento procesal, siendo imposible la devolución del acta, solo cabe la repetición del juicio con nuevo Jurado y nuevo Presidente, sin que los riesgos de someter al absuelto a nuevo juicio deban impedir tal solución, pues el absuelto lo fue indebidamente. Esta Sala como último intérprete de la legalidad penal ordinaria no puede dejar de ser garante de tal legalidad, sin que el nuevo sometimiento a juicio del que fue indebidamente absuelto ni atente al principio de presunción de inocencia ni menos a la interdicción del doble enjuiciamiento.

No afecta al principio de presunción de inocencia del absuelto porque la interdicción de la arbitrariedad a que están sometidos los poderes públicos ex art. 8-3º de la Constitución, tiene una específica proyección en la actividad jurisdiccional por tratarse de una actuación motivada y razonada que se conecta con el fin político que tienen las formas procesales, pues en su observancia estriba la confianza pública en la actividad jurisdiccional, dicho de otro modo, también la interdicción de la arbitrariedad opera en las sentencias absolutorias. Tampoco afecta a la prohibición de doble enjuiciamiento ni en su vertiente sustantiva ni en la procesal.

No afecta al non bis in idem en su vertiente sustantiva porque esta opera en relación a hechos por los que ya ha sido condenada la persona concernida, impidiéndole un nuevo enjuiciamiento por los mismos, aunque existen excepciones que no vienen al caso en relación a la doble actuación administrativa y penal.

No afecta al non bis in idem en su vertiente procesal según el cual no puede ser sometido el absuelto a un nuevo enjuiciamiento de forma injustificada, antes bien la legitimidad del nuevo enjuiciamiento descansa sobre la verificación del apartamiento de las normas procesales esenciales del Tribunal del Jurado como son las que rigen el sistema de mayorías exigibles para la condena o absolución de la persona concernida.

El mantenimiento de la decisión absolutoria, adoptada claramente contra la normativa legal prevista para la crisis decisoria en que se encontró el Jurado, supone una decisión que no consolida la confianza de la sociedad en sus Tribunales, que cuestiona su legitimidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, y que en definitiva, cualquiera que sea la decisión adoptada --absolutoria o condenatoria-- al no estar adoptada de acuerdo con las previsiones legales, no puede ser mantenida.

Por otra parte, el argumento de que no adoptada la precisión legal para solucionar la crisis decisoria por el Magistrado Juez Presidente del Tribunal del Jurado --devolución del veredicto ex art. 63 LOTJ-- no puede ser acordada la solución de decretar la nulidad del juicio y nombramiento de nuevo jurado porque cuestiona y pondría en riesgo a la persona que ha sido absuelta al someterla a nuevo enjuiciamiento, sobre no cuestionar ni el derecho a la presunción de inocencia, ni la interdicción de doble enjuiciamiento, como ya se ha razonado, supondría toda una invitación a consolidar tal proceder de actuación que ya quedaría en la práctica, legitimada no siendo acorde a la Ley e impidiendo que esta Sala Casacional pueda ejercer su actividad de último intérprete de la legalidad penal y procesal ordinaria.

Recientemente, esta Sala Casacional, en la STS 1066/2012 de 28 de Noviembre, declaró que la presunción de inocencia no queda afectada por la anulación del veredicto de inculpabilidad para la celebración de un nuevo juicio, cuando la sentencia absolutoria fue considerada no ajustada a la interdicción de la arbitrariedad del art. 8-3º C.E. al considerarse que las inferencias que llevaron al Tribunal a la absolución fuesen irracionales». (F. J. 5º)

Recurso de apelación (T.S.J): ámbito de la revisión de la racionalidad de la inferencia del jurado (presunción de inocencia).

Recurso: Casación nº 2195/2012

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 446/2013 de fecha 17/05/2013

«En el marco del recurso de apelación contra sentencias dictadas por el tribunal del jurado, acerca del control pertinente cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, hemos señalado en el sentido que se viene diciendo que (STS nº 2001/2002) *“...el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal revisor. No se trata de sustituir una inferencia razonable por otra que también pueda serlo, sino de comprobar si el razonamiento del Tribunal sentenciador, que ha presenciado directamente toda la prueba, resiste el contraste con las reglas de la*

lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos». Por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia no puede examinar toda la prueba practicada y establecer sus propias conclusiones fácticas tras su valoración, sino que debe limitarse a verificar si el proceso valorativo del tribunal del jurado respecto de la prueba que ha tenido en cuenta para condenar se mantiene dentro de las exigencias de racionalidad. Especialmente cuando se trata de pruebas personales, que tienen que ser valoradas en apelación acudiendo al contenido del acta del juicio, generalmente incompleta, o incluso a la grabación del plenario, que no proporciona una intermediación propiamente dicha. Así se recordaba en la STS nº 590/2003, citando el contenido de la STS nº 1077/2000, de 24 de octubre, que «*el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración –legalmente inadmisibile– de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado (art. 3º LOTJ) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECrim), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de intermediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia*». En el mismo sentido la STS nº 300/2012». (F. J. 1º)

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Conformidad penal: desajuste de lo conformado a la sentencia dictada.

Recurso: Casación nº 948/2012

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 56/2013 de fecha 29/01/2013

«La queja del Ministerio público es doble. En primer lugar, aunque en su impugnación ocupe el segundo lugar en la exposición de su disensión, la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que apoya en la irregularidad derivada de no actuar conforme exige el art. 787.3 de la Ley procesal penal y ordenar, en caso de discrepancia del tribunal del enjuiciamiento con la calificación objeto de la acusación a la que ha prestado la conformidad la defensa, a poner de manifiesto el error en la calificación e instar la corrección y en función de ella, bien dictar sentencia de conformidad si la acusación la cambia y a ella se aquieta la defensa del imputado, u ordenar la continuación del juicio oral a pesar de la conformidad. Entiende que esa inobservancia del proceso debido le ha causado indefensión, y por ello impetra la tutela judicial efectiva, pues esa irregularidad procesal le ha impedido argüir sobre la correcta tipificación de los hechos objeto de la acusación y a los que la defensa y el acusado han prestado su conformidad.

La irregularidad procesal es patente, pues el precepto que invoca en apoyo de su pretensión es claro y no deja margen de dudas, la conformidad dirigida a evitar la celebración del juicio oral sólo puede acabar en sentencia acorde con el escrito de calificación salvo que el tribunal entienda que no es procedente la

calificación de los hechos mutuamente aceptados, en cuyo caso ha de acordarse la celebración del juicio oral y, a su término, dictar la sentencia procedente. La razón de ser del precepto es lógica, pues ha de desarrollarse el juicio oral, con sus fases de prueba y de alegaciones en la que las partes van a plantear argumentos en pro de los hechos y de la subsunción jurídica de los mismos. No es admisible que el tribunal, sin oír las alegaciones de las partes, pueda realizar una subsunción distinta a la pactada.

En este sentido el planteamiento del Ministerio público en la impugnación es claro y su oposición debe ser estimada.

En el primer motivo de la impugnación plantea el error de derecho al estimar que el tribunal de instancia al absolver de delito de favorecimiento del tráfico ilegal de personas ha inaplicado el art.318 bis. El tribunal de instancia, sin la celebración del juicio oral, dicta una sentencia absolutoria sobre un hecho probado que es el conformado por la acusación y la defensa. En el mismo se refiere que el acusado "fue sorprendido.. cuando pretendía embarcar en el buque.. conduciendo el vehículo.. llevando en el interior del mismo a Sinna, de nacionalidad marroquí, a la que pretendía pasar a la península utilizando para ello la documentación a nombre de su mujer". Argumenta el tribunal de instancia que esos hechos son atípicos porque no recogen la nota de "clandestinidad" que exige la jurisprudencia para su aplicación. Cita en apoyo de esa argumentación dos Sentencias de esta Sala que tras su lectura no son de aplicación al caso. La de 14.11.2007 se refiere a un ciudadano hindú que iba oculto en un habitáculo del maletero del coche. La otra, la de 10.11.2008, no la hemos podido encontrar en los archivos documentales de la Sala.

La tipicidad de estos hechos debe ser declarada tras la celebración del juicio oral, que sólo podrá evitarse si las partes, tal y como habían acordado, conforman la sentencia, ofreciendo al tribunal una solución a los hechos. Este le corresponde actuar conforme el art.787.3 de la Ley procesal». (F. J. Único)

Derecho al intérprete.

Recurso: Casación nº 678/2012

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1029/2012 de fecha 21/12/2012

«En relación a la declaración policial, sin intérprete de la denunciante, conviene precisar que ciertamente es doctrina constitucional –SSTC. 9/84, 74/87 y 71/88, la que dice: “El Derecho positivo español, en esta materia de nombramiento y designación de intérpretes, para facilitar y posibilitar la comunicación de los llamados ante la justicia penal y sus colaboradores no es, en efecto, completo. El art. 398 de la L. E. Crim. provee en cierto modo a esta necesidad al establecer que «si el procesado no supiera el idioma español o fuese sordomudo se observará lo dispuesto en los arts. 440, 441 y 442» de dicha Ley. Estos preceptos regulan el nombramiento de intérpretes y la forma de realización del interrogatorio del testigo, del procesado o de cualquier persona que precise su asistencia. En el mismo o parecido sentido se pronuncian los arts. 785 –actual 762.8ª reformado Ley 38/2002

para el procedimiento abreviado y el 711, ya en la fase del juicio oral, entendiéndose que tal precepto, por natural analogía y sentido final, es aplicable al inculpado o acusado. Por otra parte, y en aplicación estricta a detenidos o presos, el art. 520 de la misma Ley sienta el derecho a ser asistido de intérprete respecto del extranjero que no comprenda o no hable el español, derecho éste que este Tribunal, en su STC 74/1987, de 25 de mayo, lo ha interpretado como extensivo a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano, valorando no sólo el derecho y deber de conocerlo (art. 3 C. E.), sino el hecho concreto de la ignorancia o conocimiento precario del castellano, en cuanto afecte al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa (art. 24 C. E.).

Sin embargo, estas normas, en lo que pudieran tener de incompletas, han de ser interpretadas, no sólo de acuerdo con la Constitución, sino con las internacionales, por obra del art. 10.2 de la C. E. y en cuanto constituyen también (art. 96) nuestro ordenamiento interno. Tanto el art. 6.3 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el art. 14.3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

En este sentido la Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, Vol. XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y porque es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de «una buena administración de justicia». Doctrina que se repite en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de noviembre de 1978 (caso Luerdecke Belkacen y Koc). No cabe duda que esas normas y doctrina han de relacionarse con las demás reglas contenidas en los mismos y citados preceptos, tanto por su conexión lógica, como por su idéntica finalidad, es decir, la consecución de un proceso justo. En este sentido hay que aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda [art. 6.3 a) del Convenio; 14.3 a) del Pacto], al de disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa [6.3 b) del Convenio; 14.3 b) del Pacto, y al de ser asistido por un defensor elegido o, en su defecto, por uno designado de oficio [6.3 c) y 14.3 d) respectivamente]. El TEDH en sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) indica que este precepto “consagra el derecho de defenderse de manera adecuada... derecho reforzado por la obligación por el Estado de proporcionar en ciertos casos una asistencia jurídica gratuita. Lo expuesto ha de llevar a la conclusión de que el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora en atención al fin para el que está previsto, es decir el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso justo, en este sentido, hay que valorar y enfocar circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnica, procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando solo la finalidad de defensa y a la protección que nuestra norma fundamental otorga al derecho en cuestión que, como se dijo en la STC. 74/87, debe entenderse comprendido en el art. 24.1 en cuanto dispone que en ningún caso pueda producirse indefensión.

De lo anterior se desprende que no es lo mismo la carencia de intérprete para el acusado que le asegure la comprensión sobre el sentido y significado de los

actos procesales realizados y de las imputaciones efectuadas como garantía de un proceso justo y del ejercicio de la adecuada defensa, -lo que en el caso presente no se ha producido-, que la ausencia de interprete en la inicial denuncia que un extranjero formula y que la policía plasma con sus propios conocimientos de la lengua de aquél, irregularidad procesal cuyos efectos se limitarían a su validez como tal prueba, no olvidemos que incluso las declaraciones policiales practicadas legalmente no tienen, por regla general, valor de prueba si no se reproducen en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pero no afectaría a las posteriores declaraciones sumariales y en el juicio oral por la denunciante ratificando o matizando aquella denuncia inicial, que suplen cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial (SSTC. 155/2002 de 22.7, 206/2003 de 1.12, 238/2009 de 11.12).

Situación que sería la presente en la que tanto en la declaración sumarial de la testigo protegida como prueba anticipada (filio 522) como la que tuvo lugar en el plenario estuvo presente un intérprete de inglés». (F. J. 1º)

Ejercicio del derecho por las acusaciones (Ministerio Público y acusación particular). Límites.

Recurso: Casación nº 10145/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 62/2013 de fecha 29/01/2013

«La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha acogido estos últimos criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Así se constata en las SSTS núm. 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 1423/2011, de 29 de diciembre, 164/2012, de 3 de marzo, 325/2012, de 3 de mayo, y 757/2012, de 11 de octubre, que descartan la condena «ex novo» en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiera entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso.

No es, por tanto, factible que en sede casacional se proceda a alterar parcialmente los hechos declarados probados en la instancia, pues para ello sería necesaria una audiencia pública con presencia de los procesados, lo que no ha previsto el Legislador para el recurso de casación, en coherencia con las finalidades propias de éste y con las funciones que corresponden al Tribunal Supremo (STS núm. 830/2012, de 30 de octubre). Responde a ello el Acuerdo de Sala General del pasado 19/12/2012: *“la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley”*». (F. J. 11º)

Motivación insuficiente.

Recurso: Casación nº 611/2012
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez
Sentencia: nº 1015/2012 de fecha 20/12/2012

«... este tribunal no está en condiciones de pronunciarse al respecto, pues para hacerlo tendría que *bucear* directamente en el acta o en la grabación del juicio para enfrentarse, también de forma directa o de primera mano, con los actos de prueba, lo que equivaldría a subrogarse en el papel del juzgador de instancia. Algo que no cabe y que, además, no podría hacerse sin desvirtuar el sentido del propio recurso de casación.

Por eso, hay que dar la razón a los que recurren y al Fiscal en un sentido: la lectura de la sentencia no permite conocer la *ratio decidendi* de la Audiencia en materia de prueba, y, así, debe anularse y devolverse a esta última para que le dé nueva redacción que contenga expresión suficiente del resultado de la prueba, de cargo y de descargo, y de su valoración.

Es por lo que, en el sentido que acaba de indicarse, se estiman ambos motivos». (F. J. 1º)

USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICA.

Concurso real con robo.

Recurso: Casación nº 10232/2012 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 898/2012 de fecha 15/11/2012

«B) El recurrente extiende también su desacuerdo a lo que considera inaplicación indebida del art. 77 del CP, al estimar que los delitos de usurpación de funciones y robo con violencia se encuentran en una relación de concurso ideal.

La existencia de dos infracciones penales con sustantividad propia y con eficacia lesiva para infringir bienes jurídicos de naturaleza heterogénea, pese al elemento de integración que proporciona la unitaria dinámica comisiva que inspira ambas acciones, dificulta sobremanera el análisis y, por tanto, la conclusión acerca de si estamos en presencia de un concurso real –tesis de la sentencia recurrida- o un concurso ideal –aspiración del recurrente-.

El art. 77 del CP –con no pocas críticas doctrinales- equipara al verdadero concurso ideal una relación instrumental que tendría mejor catalogación como modalidad o subforma del concurso real. De ahí la interpretación jurisprudencial que fija el alcance de esa relación medial, señalando que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso

psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (SSTS 147/2009, 12 de febrero, 172/1998, 14 de febrero, 326/1998, 2 de marzo, 123/2003, 3 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha destacado en distintos pronunciamientos que *“...el llamado concurso «medial» es un supuesto de pluralidad de acciones y, consecuentemente un concurso real. Se trata, sin embargo de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previsto en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1 CP. La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Estas razones permiten pensar que, mientras la mencionadas normas del concurso real no se modifiquen, habría que interpretar el art. 77.1 CP de tal forma que garanticen un resultado más justo en su aplicación, que la automática consideración «medial»”* (STS 1646/2002, 22 de octubre). Se trata, por tanto, de una construcción legal criticada por un importante sector doctrinal. El fundamento de esa *“...asimilación punitiva de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción”* (STS 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo). De ahí que *“...La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes”* (SSTS 919/2004, 12 de julio y 147/2007, 9 de marzo).

La solución al caso concreto que es objeto de análisis ha de ofrecerse, tanto desde los criterios hermenéuticos que ofrece la jurisprudencia dictada con carácter general para perfilar los límites del concurso medial de delitos, como atendiendo a precedentes que, aun estando referidos a hechos con singularidades propias, presentan en común el haber implicado la condena por un delito de usurpación de funciones públicas del art. 402 del CP. Así, por ejemplo, la STS 1670/2002, 18 de diciembre, no apreció la existencia de concurso medial, razonando que si lo necesario es lo ineludible para el autor, es claro que la simulación de ser una autoridad oficial (art. 402) para presionar a la víctima, de 14 años, consiguiendo así tener relación sexual con la misma, no es necesaria, sino una contingencia que dependía de la voluntad del autor y de su propia planificación del delito: *“...la correcta calificación del concurso debería haber sido la de concurso*

real, dado que no existe en el caso ninguna razón que justifique que un hecho que no es necesario materialmente para la comisión del delito se excluya la aplicación del concurso real. En efecto, el art. 77 CP se refiere a medios necesarios, es decir ineludibles por parte del autor. La simulación de una autoridad oficial, no es necesaria, sino una contingencia que dependía de la voluntad del autor y de su propia planificación del delito”.

La STS 772/2007, 4 de octubre, enjuició el supuesto de dos acusados que haciéndose pasar por policías, apoyando sus palabras con la exhibición de un documento o placa con la bandera española, sustrajeron una importante cantidad de dinero a otras dos personas. La condena de ambos como autores de dos delitos en concurso real no fue siquiera cuestionada.

A la vista de lo expuesto, la Sala no puede aceptar -como pretende el motivo- que la comisión de un delito contra el patrimonio, ejecutado con intimidación (art. 242.1 CP), exija –en términos objetivos y más allá de la estratégica conveniencia de los acusados- la paralela ofensa de otro bien jurídico ligado a la integridad y legitimidad en el ejercicio de las funciones públicas (art. 402 CP). En el presente caso, además, el delito contra el patrimonio, si bien se mira, sólo habría tenido como víctima a Ramón Ortiz, dueño de los 100 gramos de marihuana que “...éste tenía para su consumo”. Sin embargo, la usurpación de funciones públicas se proyectó, incluso de forma más directa, hacia María Luisa Rosinach, hasta el punto que fue ésta la que franqueó el acceso a la vivienda compartida, no oponiéndose a la entrada y registro de los falsos agentes, desvaneciéndose así el significado instrumental que se atribuye al primero de los delitos.

No existió la infracción legal que los recurrentes atribuyen al Tribunal *a quo*, habiendo calificado con acierto la relación entre los delitos de usurpación de funciones y robo con intimidación como la que es propia de un concurso real de delitos». (F. J. 2º)