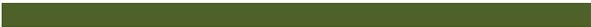




**Doctrina jurisprudencial  
Año 2016  
(Primer semestre)**

Sala de lo Penal  
Tribunal Supremo

Gabinete Técnico. Sala de lo Penal







*Tribunal Supremo  
Gabinete Técnico  
Sala de lo Penal*

**Doctrina jurisprudencial  
Año 2016  
(Primer semestre)**

Sala de lo Penal  
Tribunal Supremo



**Dirección:**

D. Manuel Marchena Gómez

**Elaboración:**

Letrados:

D<sup>a</sup> Carmen Laurel Cuadrado

D<sup>a</sup> Pilar Barés Bonilla

D. Ricardo Javier Gutiérrez del Álamo del Arco

Personal auxiliar:

D<sup>a</sup> María del Carmen Sánchez Martín



# I. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

## APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

- Abusos sexuales. Normativa aplicable al delito continuado.....21
- Principio de non bis in idem. Relación entre delito de desobediencia y tipo agravado de delito contra el medio ambiente.....21
- Retroactividad de la ley penal más favorable. La sanción de ambos delitos (agresión sexual y maltrato familiar) en concurso medial debe realizarse conforme a nueva regulación más favorable. ....22
- Retroactividad de la ley penal más favorable. Normas transitorias LO 1/2015. Concurso medial. .... 23
- Retroactividad de la ley penal más favorable. Normas transitorias LO 1/2015. Faltas y delitos leves .....24

## GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

- Tentativa. Doctrina. Tráfico de drogas ..... 25

## CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

- Agravante. Abuso de confianza. Compatibilidad con la alevosía .....26
- Agravante. Alevosía .....26
- Agravante. Disfraz .....27
- Agravante. Ensañamiento .....28
- Agravante. Parentesco. Es necesario que en el *factum* consten los presupuestos para su apreciación .....29
- Agravante. Precio. Inaplicación en el caso de la existencia de un robo con acuerdo de repartirse el botín .....30
- Atenuante. Dilaciones indebidas .....30
- Atenuante. Dilaciones indebidas. Corresponde a la parte señalar los periodos de paralización. Apreciación como “muy cualificada” .....31
- Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada ..... 32
- Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada .....33
- Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada. Procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de extraordinaria .....34
- Atenuante. Miedo insuperable. No requiere que produzca un trastorno mental..... 34

## PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

- Coautoría. Desviaciones o excesos. Doctrina jurisprudencial ..... 35

## **CONCURSO DE DELITOS**

- Apropiación indebida y falsedad. Concurso real y no medial..... 36
- Concurso medial. Penalidad aplicable..... 36
- Detención ilegal y lesiones. Concurso medial. Aplicación retroactiva de reforma por LO 1/2015 ..... 37

## **DELITO CONTINUADO**

- Continuidad delictiva. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 2007. Doctrina..... 37
- Delito de tráfico de drogas. Delito único y no continuado ..... 38

## **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

- Modelo de incriminación. Criterios generales..... 38
- Modelo de incriminación. Exigencia de delito de la persona jurídica: «delito corporativo»..... 39
- No hay responsabilidad por transferencia: reglas generales ..... 40
- No hay responsabilidad por transferencia: la previsión de una responsabilidad penal de la persona jurídica no es excluyente respecto de la persona física..... 41
- Sociedades creadas para delinquir. Tratamiento legal..... 41

## **DELITOS CONTRA LA VIDA**

- Asesinato. Alevosía por desvalimiento: estado de embriaguez..... 42
- Homicidio. Agravante de abuso de superioridad ..... 42
- Homicidio. Complicidad omisiva ..... 43
- Homicidio. Dolo de matar: colisión con un vehículo de motor ..... 44
- Homicidio. Dolo de matar: utilización de mezcla de sulfumán y lejía..... 44
- Homicidio. Dolo eventual e imprudencia..... 45

## **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA**

- Lesiones. Comisión por omisión; estructura típica..... 46
- Lesiones. Control casacional del presupuesto “deformidad” ..... 46

- Lesiones. Deformidad. Cicatrices. Doctrina.....47
- Lesiones. La conducta subsumible en el anterior art. 147.2 CP no resulta beneficiada por la reforma por LO 1/ 2015 .....48
- Lesiones. Maltrato habitual. Lo relevante es la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre .....48
- Lesiones. Medio peligroso: puño americano .....49
- Lesiones. Tratamiento médico quirúrgico: esparadrapo de sutura o puntos “steri-strip” .....50
- Lesiones. Pérdida de un ojo por recibir en la cara un vaso u objeto de cristal. Concurso ideal de lesiones dolosas con imprudentes .....50

## **DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS**

- Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016.....52
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Diferencia con el tráfico ilícito de inmigrantes .....53
- Trata de seres humanos. Los hechos subsumibles en el art. 177 bis y sucedidos antes de su entrada en vigor no pueden ser beneficiarios de la reducción penológica operada en el art. 318 bis por la reforma por LO 1/ 2015.....53

## **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES**

- Abusos sexuales. Abuso a menor de 13 años.....54
- Abuso sexual. Cooperación y complicidad .....55
- Abuso sexual sobre menor de edad mediante webcam: no necesidad de contacto físico .....56
- Corrupción de menores. La continuidad delictiva no puede apreciarse en el caso de corrupción de un menor mediante precio al haberse tenido en cuenta esa reiteración de actos sexuales para apreciar la conducta típica de corrupción de menores .....57
- Prostitución de menor. Responsabilidad del cliente. Reforma legal.....57

## **DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.**

- Descubrimiento y revelación de secretos. Acceso a mensajes íntimos de móvil.....58
- Descubrimiento y revelación de secretos. Cometido por funcionario .....58
- Descubrimiento y revelación de secretos. Requisito del perjuicio en el acceso a historiales y datos de archivos .....59

## DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

- Apropiación indebida. Consumación del delito ..... 60
- Apropiación indebida. Carga de la prueba. Corresponde al acusado probar la existencia de un título en concepto de dueño..... 60
- Apropiación indebida. Delito especial por razón del sujeto activo..... 61
- Apropiación indebida. Existe delito cuando no se transfieren a las Compañías aéreas correspondientes las cantidades cobradas por la Agencia de viajes como precio de los títulos de transporte ..... 62
- Apropiación indebida. Modalidad de distracción ..... 62
- Apropiación indebida. Obligaciones de los promotores que perciben cantidades a cuenta ..... 63
- Apropiación indebida. Obligaciones de los promotores que perciben cantidades durante la construcción ..... 63
- Apropiación indebida. Título hábil: arrendamiento de obra no es título idóneo ..... 64
- Apropiación indebida. Título hábil: comisión es título idóneo ..... 64
- Apropiación indebida. Título hábil: contrato de cuentas en participación es título idóneo..... 65
- Apropiación indebida. Título hábil: *leasing* o arrendamiento financiero es título idóneo..... 65
- Apropiación indebida. Título hábil: lotería compartida es título idóneo ..... 66
- Apropiación indebida y administración desleal. Diferencia tras la reforma por LO 1/2015 ..... 67
- Blanqueo de capitales. Exclusión de la continuidad delictiva ..... 67
- Blanqueo de capitales en el seno de una organización. La colaboración externa no supone necesariamente implicación en la organización..... 68
- Estafa. Ánimo de lucro ..... 69
- Estafa. Contratos civiles criminalizados..... 69
- Estafa. Diferencia entre delito e incumplimiento contractual..... 70
- Estafa. Engaño bastante. Autoprotección. .... 71
- Estafa. Perjuicio: la indeterminación del perjuicio no excluye el delito ..... 72
- Estafa. Perjuicio: el valor de la defraudación y la entidad del perjuicio son conceptos distintos ..... 72
- Estafa. Concursos. Falsedad en documento privado y estafa ..... 73
- Estafa. Delito continuado ..... 73
- Estafa. Tipo agravado. Abuso de relaciones profesionales..... 74
- Estafa. Tipo agravado. Recaer sobre vivienda..... 75
- Estafa. Tipo agravado. Estafa procesal. Concepto de engaño bastante..... 75
- Estafa. Tipo agravado. Estafa procesal. Tentativa..... 76
- Estafa. Estafa impropia. Doble venta. Ausencia de perjuicio..... 77
- Estafa. Estafa impropia. Doble venta. Requisitos..... 77

- Estafa. Estafa impropia. Ocultación de carga o gravamen .....78
- Estafa. Estafa impropia. Venta de viviendas que se hipotecan o cuyo gravamen se aumenta antes de la definitiva transmisión .....79
- Receptación. Aplicación del art. 298 CP exige que al agente se represente como segura o altamente probable la perpetración de una infracción contra el patrimonio o el orden socioeconómico constitutivo de delito .....80
- Robo con intimidación. Actos preparativos impunes y actos ejecutivos .....80

## **DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL**

- Delito contra la Hacienda Pública. Determinación de la cuota tributaria defraudada (IVA) .....81

## **DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS**

- Delito de inmigración ilegal del art. 318 bis y de trata de seres humanos del art. 177 bis: ámbito de cada uno de ellos tras la reforma del Código Penal por las LO 5/2010 y 1/2015 .....82
- Tráfico ilegal de personas. Aplicación con efecto retroactivo de la nueva redacción del tipo operada por LO 1/2015 como ley más favorable .....83

## **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE**

- Delitos contra el medio ambiente. Bien jurídico protegido .....84
- Delitos contra el medio ambiente. Delito de peligro .....85
- Delitos contra el medio ambiente. Contaminación acústica; grave riesgo para la salud.....85
- Delitos contra el medio ambiente. Vertidos. Concepto .....86
- Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Especialidad de la norma extrapenal infringida. ....87
- Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Concurrencia de peligro grave para el bien jurídico .....87
- Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Concurrencia de delito imprudente. ....88

## **DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA**

- Tráfico de drogas. La indicación del lugar donde se puede adquirir droga sin connivencia con el vendedor no es punible .....90

- Tráfico de drogas. La participación en un solo transporte aportando actos ejecutivos para contribuir a su éxito es constitutivo de coautoría, pero insuficiente para colmar las exigencias típicas del art. 570 ter CP ..... 91

## **DELITOS DE FALSEDAD**

- Falsedad documental. Concepto de documento mercantil..... 91
- Falsedad documental. Concurso de normas. Falsedad y estafa procesal .... 92
- Falsedad documental. Falsedad en documento oficial por destino o incorporación ..... 92
- Falsedad documental. Falsedad en documento privado. El documento privado falso inicial, en cuanto se transforma en otro falso pero oficial, da lugar a una unidad delictiva en progresión ..... 93
- Presentación en juicio de documento privado falso (art. 396 CP): cabe el concurso de delitos con la previa apropiación indebida que se pretende ocultar..... 93
- Falsificación de certificados. Ámbito y contenido antes y con posterioridad a la reforma operada por LO 7/2012 ..... 94
- Falsificación de moneda. Posesión con conocimiento de la falsedad y con la finalidad de ponerla en circulación (redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015) ..... 95

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

- Cohecho pasivo continuado. Art. 420 CP (texto anterior a la LO 5/2010)... 96
- Delito de aceptación de nombramiento ilegal..... 96
- Exacciones ilegales. Bien jurídico protegido ..... 97
- Exacciones ilegales. Distinción del ámbito penal y el administrativo ..... 98
- Exacciones ilegales. Objeto material. Conducta típica. Elemento subjetivo. 98
- Exacciones ilegales. Prescripción ..... 99
- Exacciones ilegales. Sujeto activo..... 101
- Fraude. Elementos del tipo..... 101
- Malversación de caudales públicos. Elementos ..... 102
- Omisión del deber de perseguir delitos. Concurso entre el delito de omisión del deber de perseguir delitos y encubrimiento ..... 102
- Prevaricación y tráfico de influencias ..... 103
- Prevaricación administrativa. Elementos..... 104
- Prevaricación administrativa. Participación de *extraneus*. Inductor ..... 104

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

- Simulación de delito. Elementos del tipo ..... 105

## **DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN**

- Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Delito de profanación de cadáveres ..... 106

## **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**

- Atentado. Delimitación típica del delito de atentado. Arts. 550 y 551.2 C.P. Reforma del Código Penal por LO 1/2015..... 106
- Grupo criminal. Diferencia con la codelinuencia ..... 107
- Depósito de armas. Peligrosidad..... 108
- Resistencia a agentes de la autoridad. Reforma por LO 1/2015 ..... 109
- Terrorismo. Interpretación del art. 579 bis 4 CP. Aplicación a todos los delitos de terrorismo..... 109
- Terrorismo. Interpretación del art. 579 bis 4 CP. Criterio específico de individualización de la pena..... 110

## **DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

- Delito de piratería marítima. Aspectos generales ..... 110

## **DELITOS ELECTORALES**

- Alteración del censo electoral (art. 139 LOREG). El alcalde es funcionario a estos efectos. Tipo subjetivo ..... 111

## **FALTAS**

- Falta de lesiones. El principio de penalidad del nuevo delito leve tras la reforma LO 1/2015 es más gravosa. La exigencia de denuncia del agraviado como condición de perseguibilidad impide la condena penal y sólo permite el resarcimiento civil ..... 112

## **PENALIDAD**

- Determinación de la pena conforme al nuevo art. 77 CP tras la reforma por LO 1/2015 ..... 113

- Individualización de la pena concurriendo dos atenuantes.....113
- Medida sustitutiva de la pena: expulsión del territorio nacional .....114
- Pena de multa. Fijación y motivación de la cuota diaria .....115
- Pena de multa. Responsabilidad subsidiaria por impago .....116
- Traslado del penado de EEUU a España para cumplimiento. Convenio de Estrasburgo de 21 de marzo de 1983.....116

## **MEDIDAS DE SEGURIDAD**

- Imposición de oficio .....117
- No están sujetas al principio acusatorio .....117

## **RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO***

- Declaración *ex novo* de la responsabilidad civil como consecuencia del recurso .....118
- Responsabilidad por vertido de hidrocarburos. Régimen legal general .....118
- Responsabilidad por vertido de hidrocarburos. Régimen legal. Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1991 (CLC92). .....119
- Responsabilidad civil subsidiaria. Principio de rogación .....121

## **CONSECUENCIAS ACCESORIAS**

- Decomiso. Presunción de buena fe en relación con tercero titular de vehículo utilizado en el transporte.....122

## **COSTAS**

- Condena en costas a la acusación particular por temeridad en procesos en que el M. Fiscal interesa el sobreseimiento .....122

## **EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL**

- Prescripción. Delito de deslealtad profesional.....123

## II. DERECHO PROCESAL PENAL

### DERECHOS FUNDAMENTALES

- Derecho de defensa. Testigo protegido ..... 127
- Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley ..... 127
- Derecho a un juez imparcial. Doctrina general..... 128
- Derecho a un juez imparcial. Dictado de anteriores resoluciones en el mismo asunto..... 129
- Derecho a un juez imparcial. Intervención en instrucción..... 129
- Derecho a un juez imparcial. Actuaciones como Juez de guardia, que posteriormente integra el Tribunal sentenciador ..... 130
- Derecho a un Juez imparcial. Dirección del debate y realización de preguntas por el Presidente ..... 131
- Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho de acceso al expediente. Doctrina..... 131
- Derecho a un proceso con todas las garantías. Fraccionamiento del juicio oral ..... 132
- Derecho a un proceso con todas las garantías. Iniciativa probatoria de oficio. Doctrina ..... 134
- Derecho a un proceso con todas las garantías. Recurso y elementos del tipo subjetivo..... 134
- Derecho a un proceso con todas las garantías. Vulneración del derecho de contradicción ..... 135
- Derecho a la intimidad. Acceso a la agenda de un teléfono móvil por agentes de la policía judicial ..... 136
- Derecho a la intimidad. Intervención de ordenador. Volcado de datos. No es necesaria la presencia de letrado..... 136
- Derecho a la intimidad. Legitimación para acceder a los datos obrantes en la A.E.A.T. Doctrina ..... 137
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Delito flagrante: no concurre ... 138
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Observación por agentes de policía del interior de un domicilio mediante prismáticos ..... 139
- Derecho al secreto de las comunicaciones. Apertura de paquete postal. Doctrina ..... 140
- Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Desconocimiento del idioma de las conversaciones telefónicas ..... 142
- Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Informaciones proporcionadas por servicios extranjeros ..... 142
- Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Obtención de IMEI e IMSI ..... 143

- Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Obtención de número PIN de un terminal telefónico.....144
- Derecho a la presunción de inocencia. Declaración del acusado. Falta de garantías: manifestaciones a profesionales en el curso de una prueba.....144
- Derecho a la presunción de inocencia. Declaración del acusado. Falta de garantías: manifestaciones que realiza al forense .....144
- Derecho a la presunción de inocencia. Impugnación de prueba de ADN....145
- Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: identificación visual. Doctrina.....146
- Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: percepción directa por el Tribunal de grabación .....147
- Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: reconocimiento fotográfico .....148
- Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: reconocimiento fotográfico. Suficiencia. El reconocimiento en rueda no es inexcusable ....149
- Derecho a la presunción de inocencia. Tardanza excesiva en denunciar (agresión sexual): dificultad de obtención de pruebas .....149
- Derecho a la presunción de inocencia. Víctima menor de edad. Ausencia en el acto del juicio .....150
- Derecho a la presunción de inocencia. Prueba de indicios: desembarco de droga en la playa .....151
- Derecho a la presunción de inocencia. Conexión de antijuridicidad.....152
- Derecho a la tutela judicial efectiva. Auto de procesamiento: grado de vinculación respecto de la acusación.....152
- Derecho a la tutela judicial efectiva. Delito provocado .....153
- Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de sentencias.....154
- Derecho a la tutela judicial efectiva. Reproducción y traducción de grabaciones telefónicas en el acto de juicio oral .....155

## **PRINCIPIOS PROCESALES**

- Principio acusatorio: modificaciones fácticas.....156
- Principio acusatorio: modificaciones fácticas.....156
- Principio acusatorio. Principio acusatorio: modificaciones fácticas. Hechos esenciales y no esenciales.....157
- Principio acusatorio y rectificación de errores materiales.....158
- Principio acusatorio. Vulneración: decomiso no solicitado .....158
- Principio acusatorio: hechos calificados como hurto cuando la acusación era por apropiación indebida y estafa.....159
- Principio acusatorio: se vulneraría de acoger nueva calificación mantenida por el Fiscal en el recurso de casación .....159
- Principio acusatorio: solicitud por el M. Fiscal de rebaja de pena en dos grados, pero la sentencia la rebaja en un grado .....160

## **COMPETENCIA**

- Delito de asesinato en el ámbito de la violencia de género cometido en Venezuela por el condenado que tiene la doble nacionalidad ..... 161
- Principio de territorialidad: preparación en España de un transporte de droga desde Camerún ..... 161

## **PRUEBA**

- Cadena de custodia. Doctrina ..... 162
- Declaración testifical. Testigo fallecido sin que el acusado pueda interrogarlo..... 163
- Declaración testifical. Valor de las declaraciones prestadas en sede policial. Doctrina ..... 163
- Declaración testifical. Valoración de la prueba practicada en fase sumarial: Doctrina ..... 164
- Informe negativo de prueba de ADN. No siempre acredita la inocencia ... 165
- Pericial de inteligencia..... 166

## **PROCEDIMIENTOS**

- Procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Presencia en la deliberación de los jurados suplentes ..... 167
- Procedimiento de menores. No se aplica a mayores de 18 años y menores de 21 años (art. 69 CP) ..... 167

## **SENTENCIA**

- Sentencia de conformidad. Recurribilidad: pena superior a seis años de prisión ..... 168

## **RECURSOS**

- Recurso de casación. Adhesión al recurso ..... 169
- Recurso de casación. Cuestión nueva. Doctrina ..... 170
- Recurso de casación. Flexibilización del formalismo..... 171
- Recurso de casación. Flexibilización del formalismo: divergencia entre preparación e interposición ..... 171
- Recurso de casación. Sistemática en la ordenación de los motivos ..... 172

- Recurso de casación. Sentencias absolutorias. Doctrina .....173
- Recurso de casación. No vigencia del principio acusatorio .....173
- Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Predeterminación .....174
- Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Falta de claridad en los hechos probados .....175
- Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba: pericial en un supuesto de delito de daños informáticos .....175
- Recurso de casación para unificación de doctrina. No cabe alegar Sentencias del TC para fundamentar la contradicción.....176
- Recurso de casación para unificación de doctrina. Suspensión de permiso penitenciario.....176
- Recurso de revisión. Una querrela por falso testimonio no paraliza la tramitación del proceso penal en el que se produjo la declaración que se reputa mendaz .....177

## **EJECUCIÓN PENAL**

- Acumulación de condenas. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 3 de febrero de 2016.....177
- Acumulación de condenas. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 3 de febrero de 2016.....179
- Acumulación de condenas. Días de privación de libertad por arresto sustitutorio. Tratamiento.....180
- Auto de cómputo de tiempo a efectos de la libertad condicional: decisión no susceptible de recurso de casación ordinario .....180

## **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

- Principios procesales aplicables .....181
- Principios procesales aplicables. Presunción de inocencia .....181
- Obligación de la acusación de probar sus presupuestos .....182
- Obligación de la acusación de probar sus presupuestos .....183
- Conflicto de intereses procesales entre persona física (representante) y persona jurídica.....184
- Necesidad de imputación formal .....187

## **I. DERECHO PENAL SUSTANTIVO**



## **APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Abusos sexuales. Normativa aplicable al delito continuado.**

STS 342/2016, de 21/04/2016  
RC 10809/2015 P

Esta alegación también carece de fundamento. Es cierto que en los delitos contra la libertad sexual iniciados hace años y mantenidos de forma prolongada resulta dificultoso determinar la normativa aplicable en el tiempo, dada la continua modificación de la regulación de estos delitos a través de sucesivas reformas desde 1995 hasta la actualidad. En el caso actual los hechos se prolongaron durante más de diez años, desde 1996 hasta 2008, por lo que la decisión del Tribunal de aplicar la normativa vigente con anterioridad a la reforma de 2010 tiene un sustento razonable. Pero resulta preferible, y más adecuado legalmente, acudir a la normativa inicial del CP 95, atendiendo a la época en la que se cometieron los hechos que merecen mayor reproche penal por la menor edad de las víctimas, pues fue en esa época inicial cuando tenían menos de doce años y se justifica la aplicación de la calificación más grave.

En el caso actual, se producen abusos reiterados sobre dos menores de 12 años, que se consideran legalmente en todo caso como no consentidos (art.181 2 1º), con acceso carnal (art.182, lo que determina la pena de cuatro a diez años de prisión). Esta pena debe imponerse en su mitad superior por tratarse de un ascendiente (siete a diez años), además de concurrir también una especial vulnerabilidad, por las razones que explica con acierto el Tribunal sentenciador. No es necesario, efectivamente, recurrir a la remisión al art.180, introducida en reformas posteriores, porque el propio art. 182 ya incluye las agravaciones específicas de parentesco y especial vulnerabilidad.

Si atendemos a carácter continuado de los hechos y a su reiteración durante más de diez años, la imposición de la pena máxima de diez años de prisión por cada delito está plenamente justificada. (F.J. 9º)

## **APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Principio de *non bis in idem*. Relación entre delito de desobediencia y tipo agravado de delito contra el medio ambiente**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Existió por parte del capitán M. un comportamiento que, tal y como consideró la Sala sentenciadora, fue idóneo para integrar la base fáctica de un delito de desobediencia, lo que, una vez apreciada la existencia de un delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP, nos reconduciría al tipo agravado del artículo 326.b) CP vigente a la fecha de los hechos, prevalente respecto al 556 en atención al principio de especialidad, y a fin de evitar un

supuesto de doble sanción (STS 875/2006 de 26 de septiembre). Eso sí, siempre que solventáramos las dudas que la doctrina ha planteado respecto a la posible comisión imprudente de esta modalidad agravada. Cuestión que en este momento no vamos a abordar en cuanto que, tanto optar por el supuesto del artículo 326 b) en modalidad imprudente, como por mantener la condena por el delito de desobediencia del artículo 556 CP, en concurso de delitos con el tipo básico del artículo 325 en su modalidad imprudente, implicaría tomar en consideración unos hechos que se han valorado para conformar una actuación que en su conjunto resultó gravemente imprudente y que contribuyó de esta manera en la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente. De ahí que volver a tomar en consideración esa secuencia fáctica para sustentar en ella bien una modalidad agravada o el delito del artículo 556 implicaría un supuesto de doble sanción vulnerador del principio non bis in ídem. Lo que necesariamente obliga a dejar sin efecto la condena que la Sala de instancia realizó por este último delito.

**APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Retroactividad de la ley penal más favorable. La sanción de ambos delitos (agresión sexual y maltrato familiar) en concurso medial debe realizarse conforme a nueva regulación más favorable.**

STS 28/2016, de 28/01/2016  
RC 1137/2015

Como ha señalado ya esta Sala en su STS num. 863/2015, de 30 de diciembre, el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.

El límite mínimo no se refiere a la pena “superior en grado” de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, como sucede en el caso actual, la pena de seis años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de seis años y un día.

El límite máximo de la pena procedente para el concurso medial no podrá exceder de la “suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito”. Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las

circunstancias concurrentes. Si dicha pena fuese de cuatro años, como sucede en el caso actual, el marco punitivo del concurso irá de seis años y un día como pena mínima, a diez años (seis del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima. (F.J. 10º)

**APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Retroactividad de la ley penal más favorable. Normas transitorias LO 1/2015. Concurso medial.**

STS 346/2016, de 21/04/2016  
RC 10795/2015 P

En interpretación del precepto, la Sala ha declarado (STS 528/2012, de 25.6, reproducida después en sentencias 633/2012, de 19.7 o 290/2013, de 16.4 entre otras), que en aquellos casos en que la pena se esté ejecutando y su extensión fuera también imponible con arreglo a la nueva legislación, no existe posibilidad legal de revisión, por más que el arbitrio judicial permita una pena inferior; siendo única excepción –que aquí no concurre– los supuestos en los que la nueva ley añade a la pena privativa de libertad, una pena alternativa de diferente naturaleza antes no contemplada. De este modo, solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando la pena impuesta no sea alcanzable o no pueda tener acomodo en la regulación estrenada. Comparación que debe hacerse sin consideración al arbitrio judicial y contemplando exclusivamente – como dice la norma– el *hecho con sus circunstancias*, es decir, el diferente rigor de las leyes en contraste, evaluado desde la aplicación de todos aquellos condicionamientos normativos que pueden alterar el marco penológico básico, tales como el delito continuado, el concurso ideal o medial, los grados de ejecución o participación o las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como principales supuestos, pero sin analizar las circunstancias que sólo aportan referencias para el arbitrio discrecional del juez en la individualización de la pena (SSTS 633/2012, de 19.7 o 290/2013, de 16.4). Un régimen jurídico que no impide que cuando del contraste resultara obligada la revisión de la pena en los términos que se han indicado, se producirá una ruptura de la firmeza de la sentencia y el Tribunal recupera plenamente sus facultades de subsunción e individualización penológica ajustadas al nuevo marco penal.

Desde esta consideración jurisprudencial, debe observarse que la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 no ha abordado ninguna modificación penológica respecto del delito de estafa o del delito de falsedad en documento mercantil, manteniéndose ante la antijuridicidad de ambas conductas un idéntico reproche que el que ya existía en la redacción anterior. De igual modo, el legislador ha mantenido idéntica opción punitiva para los supuestos de reiteración de delitos cuando concurren los requisitos que permiten la apreciación del delito continuado del artículo 74 del Código Penal. Y si bien el nuevo artículo 77.3 ha supuesto una revisión del marco de pena

establecido para los concursos mediales en el sentido antes descrito de haber pasado de exigir que se impusiera la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, a preceptuar que se imponga una pena superior a la de esta infracción de mayor entidad, debe observarse que la reforma no responde a que nuestro legislador haya considerado conveniente la disminución de la punición anteriormente prevista, sino que ha optado por reconocer un mayor margen de discrecionalidad judicial para individualizar la pena que puede resultar oportuna en cada caso concreto. El concurso medial (también llamado concurso teleológico o instrumental), es un concurso ideal impropio en la medida en que –como en el concurso real puro- se dan en él una pluralidad de acciones con diversos resultados típicos y su proximidad con el concurso ideal puro reside en que los resultados delictivos del concurso medial derivan también de una unidad de pensamiento y voluntad. La reforma legislativa que se trae a colación se caracteriza por introducir un régimen de punición en el que se faculta al juez a recorrer un marco de penas que irá, desde considerar la práctica irrelevancia punitiva del delito de menor gravedad cuando se opte por imponer la pena superior en un solo día a la prevista para el delito más grave (STS 863/2015, de 30.12), hasta entender que la unidad de pensamiento no aporta un contenido sustancial que justifique una punición privilegiada de los delitos cometidos, supuesto en el que la punición separada coloca al delito instrumental en un plano de reproche semejante al concurso real puro.

De este modo, la revisión que pretende el recurso resulta inalcanzable por el doble motivo de que: 1) la pena impuesta en su día es pena alcanzable en el marco penal actualmente vigente y 2) La modificación del marco penológico previsto en el artículo 77.3 del CP para el concurso medial, no comporta una alteración de los condicionamientos normativos que limite imperativamente al juez en el espacio de individualización de la pena que afecta al recurrente, sino que precisamente lo que ha potenciado es la discrecionalidad judicial, estando esta discrecionalidad fuera del análisis de contraste en el que la Disposición Transitoria Segunda asienta la revisión (SSTS 633/2012, de 19.7 o 290/2013, de 16.4). (F.J. 1º)

### **APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Retroactividad de la ley penal más favorable. Normas transitorias LO 1/2015. Faltas y delitos leves.**

STS 13/2016, de 25/01/2016  
RC 1157/2015

Sucede sin embargo que la conducta de lesiones leves tipificada en el art. 617.1 vigente en la comisión de los hechos, no ha sido despenalizada por la LO 1/2015. Ha sido trasladada como delito leve al art. 147.2 con la consideración típica de delito leve, con mayor extensión de la pena de multa prevista.

Pero sometido a una condición de perseguibilidad, la denuncia del agraviado (art. 147.4 CP), lo que determina la operatividad del apartado 2 de la

Disposición Transitoria cuarta: *la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.*

Aún sustanciada por conexidad en el interior de un proceso por delito, estamos ante la tramitación de una falta, donde la actividad típica que sancionaba se halla ahora sometida régimen de denuncia previa, donde solo cabe pronunciamiento condenatorio en relación con la responsabilidad civil.

Conforme el entendimiento habitual de Juzgados y Audiencias, también expuesto en la Circular 1/2015 FGE, esta norma transitoria, que reproduce los términos de la Disposición Transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, equipara en este régimen transitorio las faltas antes públicas y ahora delitos leves precisados de denuncia del agraviado, por lo que suprime toda posibilidad de conllevar en los procesos en tramitación condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente al mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar; y así esta propia Sala, en la sentencia 108/2015, de 11 de noviembre, dictada tras estimar el recurso de casación. (F.J. 4º)

## **GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO. Tentativa. Doctrina. Tráfico de drogas.**

STS 265/2016, de 04/04/2016  
RC 1206/2015

La sentencia en el fundamento cuarto -fº 202 a 205- resuelve que, dado el contenido de los hechos probados, no cabe sino hablar de delito consumado, y no de tentativa, acaba o inacabada, ni mucho menos aún de actos preparatorios, con un razonamiento que se suscribe íntegramente a efectos de impugnación de los motivos, al declarar que “es difícil que, cualquier acción dirigida a acercar la droga al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos rectores de “promover”, “favorecer” o “facilitar” el consumo de drogas. Máxime cuando en supuestos como el que ahora nos ocupa, en el que existe un acuerdo previo entre suministradores y receptores sobre el trasbordo de la droga a la lancha enviada por la organización española, como lo prueba el hecho de que el buque nodriza “Doña Fortuna” ya estaba en mitad del Atlántico, con la intención de encontrarse con la lancha que salió de las costas gallegas, y ello por la coincidencia de coordenadas y claves de comunicación entre una y otra. Los motivos por los que no se logró cargar la droga en ninguna de las dos salidas de la lancha de la organización de M.A., ya

pertenecen a un momento posterior de la fase de agotamiento del delito, que resulta irrelevante. Reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho que: “Aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, siempre que se consigne una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SSTS 1567/1998, de 7 de diciembre y 1415/2005, de 28 de octubre”.

Como se dice en la STS 729/2009, de 7 de julio, “Con esas operaciones, antes de llegar la droga a España el acusado, junto con otros, ha estado promoviendo actividades dirigidas a acercar la droga al consumidor, dentro de la cadena comercial, que se inicia desde el productor, y desde que comienza su viaje el remitente y el destinatario son poseedores indirectos de la droga, a la vez que estaban realizando un transporte de la misma que constituye una actividad de tráfico. El delito, desde ese momento ya se ha consumado, ya que no se exige que llegue a poder de un hipotético consumidor, lo que afectaría al agotamiento de la infracción.” (F.J. 10º)

#### **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Agravante. Abuso de confianza. Compatibilidad con la alevosía.**

STS 107/2016, de 18/02/2016  
RC 10697/2015 P

La jurisprudencia de esta Sala ha oscilado entre la compatibilidad e incompatibilidad con la alevosía. La excluyó siempre en la alevosía proditoria o traicionera.

En cualquier caso se precisaría para su estimación autónoma de la alevosía, que la confianza entre sujeto activo y pasivo haya sido causa favorecedora de la obtención de los objetivos ilícitos y que no constituya una circunstancia o elemento empleado en nuestro caso por el pariente para el aseguramiento del hecho y la evitación de la reacción defensiva de la víctima.

El abuso de confianza, partiendo de que el "animus necandi" surgió después de acudir el acusado a la vivienda, constituye un ingrediente más de los medios, modos o formas utilizadas por aquél para el aseguramiento del hecho, al no presagiar los occisos que iba a actuar de ese modo. Todo ello sin perjuicio de que el aseguramiento del hecho, por encima de cualquier relación de confianza aparecía concurrente desde el inicio por el desvalimiento de las víctimas. (F.J.4º)

#### **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Agravante. Alevosía.**

STS 286/2016, de 07/04/2016  
RC 1572/2015

La alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11). (F.J. 10º)

## **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Agravante. Disfraz.**

STS 286/2016, de 07/04/2016  
RC 1572/2015

Como recuerdan las SSTS. .353/2014 de 8.5, y 311/2014 de 16.4, la jurisprudencia recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante:

1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia;

2) subjetivo o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades; y

3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS. 383/2010 de 5.5, 2113/2009 de 10.11, 179/2007 de 7.5, 144/2000 de 20.2 488/2002 de 18.3, 338/2010 de 16.4, 146/2013 de 11.2), lo consideran como un instrumento objetivamente apto para disfrazarse.

En efecto como hemos dicho STS. 144/2006 de 20.2, procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS 939/2004, de 12 de julio, y STS 618/2004, de 5 de mayo, citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

Por tanto no es preciso que se logre la finalidad de evitar el reconocimiento de su identidad porque, si así fuera, difícilmente se apreciaría esta consistencia al no poder ser juzgado y condenado quien se disfrazara con éxito, SSTS. 1254/98 de 20.10, 1333/98 de 4.11, 1285/99 de 15.9, 618/2004 de 5.5, 934/2004 de 12.7, 882/2009 de 21.12, que precisa que “tal circunstancia de agravación su razón de ser en el blindaje que su uso tiene para asegurar la impunidad de quien lo porta, y ello con independencia de que se consiga o no su propósito de no ser identificado, se trata de sancionar el plus de culpabilidad que su uso supone”. (F.J. 10º)

## **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Agravantes. Ensañamiento.**

STS 286/2016, de 07/04/2016  
RC 1572/2015

En cuanto al ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la perversa metódica forma de ejecutar el delito, de manera

que la víctima experimente dolores y sufrimientos innecesarios para alcanzar el resultado. Su apreciación –dice la STS. 61/2010 de 28.1-, exige que la dinámica comisiva sea expresiva de lo que un comentarista clásico llamó la maldad brutal, la maldad de lujo, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira un momento y a la que se añade el elemento objetivo de la innecesaridad de esos males para la ejecución del fin propuesto.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar el resultado y que produce sufrimiento físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiendo a la víctima a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico. (F.J. 10º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.  
Agravante. Parentesco. Es necesario que en el *factum* consten los presupuestos para su apreciación.**

STS 34/2016, de 02/02/2016  
RC 10523/2015 P

Debe advertirse que, aunque muy cercanas en su morfología y fundamento, la circunstancia genérica del art. 23 CP no coincide, exactamente, al menos en su literalidad, con las relaciones aludidas en la Ley Orgánica 1/2004 que sirven de referente a varios tipos penales (significada y paradigmáticamente, art. 153 CP). El art. 23 CP habla de *estabilidad* y omite la apostilla de que no es necesaria convivencia.

El hecho probado en lo que respecta a esta cuestión es de un laconismo poco afortunado. Se limita a decir que entre víctima y acusado había existido una *relación sentimental* finalizada cinco meses atrás. No aclara más. Esa base factual sugiere la posibilidad de la agravante pero no acaba de definirla de forma consistente y concluyente.

El fundamento cuarto de la sentencia añade dos vocablos para caracterizar esa relación: era *estable* y *afectiva*. Y algo más aunque de forma indirecta se puede extraer del *factum*: el episodio vino motivado por no haber superado la *ruptura* de la relación lo que presupone una ligazón lo suficientemente fuerte como para que pueda hablarse de *romperla*.

A la vista de esos retazos la base fáctica de la agravación aparece muy diluida. Pero el motivo no será estimado pese a ello. Por una parte porque no tendrá significación determinante en la penalidad como se verá y, por otra parte, porque no se cuestionó. Elocuente es que no se discutiese sobre ello en absoluto en la instancia. Probablemente ese silencio explica la pobreza descriptiva de los hechos probados sobre este punto. (F.J. 2º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.  
Agravante. Precio. Inaplicación en el caso de la existencia de un robo con  
acuerdo de repartirse el botín.**

STS 181/2016, de 03/03/2016  
RC 1499/2015

De acuerdo con lo declarado probado, no nos hallamos ante aquel supuesto en el que una persona es “*contratada*” por el tercero, proponente o inductor según que el delito finalmente se cometa o no, para que, a cambio de un precio o una recompensa, ejecute materialmente el ilícito, sino ante una propuesta que incluye el “*acuerdo*” de que aquel a quien se le encomienda la ejecución del delito en vez de quedarse con el botín obtenido en su totalidad lo comparta con quien le propone su comisión.

De modo, en definitiva, que no puede afirmarse en este supuesto la concurrencia de un “*precio*” por cometer la infracción, que deba integrar, independientemente del delito en sí, la agravante genérica que hace referencia a que el ilícito se cometiera “*mediante precio*”. (F.J. 1º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.  
Atenuante. Dilaciones indebidas.**

STS 377/2016, de 03/05/2016  
RC 1274/2015

La atenuante diseñada en el art. 21.6 CP cristalizando lo que era doctrina jurisprudencial se refiere a dilaciones durante la tramitación del procedimiento. No hay tramitación mientras no hay procedimiento. El tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la incoación del procedimiento tiene relevancia en cuanto a la prescripción pero no en relación a esta atenuante. No es computable a estos efectos. Ningún reproche puede hacerse a la administración de justicia. La atenuante no es una especie de “sanción procesal” al perjudicado por no haber denunciado antes los hechos. Eso no guarda relación alguna con el fundamento de la atenuación. El tiempo a tener en cuenta es el de duración de la tramitación del proceso penal, sin que sea computable el tiempo del procedimiento civil previo o el tiempo transcurrido hasta que el perjudicado reaccionó ante los hechos. Es más, el tiempo que pasó hasta la incoación de la causa penal ha beneficiado a la recurrente pues ha supuesto la procedente absolución por el delito de falsedad que se le imputaba que habría prescrito.

No estamos ante dilaciones procesales, sino ante retrasos en la averiguación de un delito. No es eso lo que se contempla en el art. 21.6º CP. Son reprochables las dilaciones indebidas causadas durante el proceso, no el tardío descubrimiento de los hechos o del autor. Si se efectúa una rebaja penológica

es para compensar el padecimiento por el sometimiento a un proceso penal durante un largo periodo de tiempo. El *dies a quo* para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso *López Sole y Martín de Vargas c. España*). Cosa diferente es que una data de los hechos muy remota pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento. El derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación *apud acta*, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). (F.J. 7º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Atenuante. Dilaciones indebidas. Corresponde a la parte señalar los periodos de paralización. Apreciación como "muy cualificada".**

STS 318/2016, de 15/04/2016  
RC 1542/2015

*Procesalmente es carga del que pretende la atenuante, al menos, **señalar los períodos** de paralización, justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia (STS 126/2014 de 21 de febrero).* (énfasis específicos de la cita).

La apreciación como "**muy cualificada**" de esta atenuante procederá siempre que la **dilación** supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la **dilación** materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un **plus de perjuicio** para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u

otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (STS 25-09-12).

Y aún llamábamos la atención sobre la eventualidad de que el recurrente describa los específicos perjuicios que aquellas **dilaciones** le ocasionaron de manera que pueda tildarse de onerosa

Aplicada esta doctrina a la premisa que describe la sentencia recurrida hemos de convenir con esta en la valoración de extraordinaria en la dilación, pero no en el exceso que merezca la consideración de atenuante muy cualificada. (F.J. 3º)

### **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada.**

STS 288/2016, de 07/04/2016  
RC 1385/2015

El motivo ha de prosperar. En nuestro caso, ciertamente la sala de instancia apreció la atenuante analógica (Fundamento Jurídico Cuarto) en atención al tiempo transcurrido entre la realización de los actos sexuales y la denuncia y, también, teniendo en cuenta "la buena relación con su otra hija menor, A.". En otras palabras, las circunstancias que ahora pone de relieve el recurrente ya han sido tenidas en cuenta por la Sala de instancia para apreciar la atenuante analógica como simple. Ahora bien, también es innegable que ha transcurrido el tiempo que se dice en la Sentencia entre la realización de los hechos y la denuncia, lo cual, si ya ha sido computado, no lo es menos que, en términos jurídicos, es posible conjeturar que ha transcurrido la mayor parte del tiempo de prescripción del delito por tardanza en presentar la denuncia. Y ello, aunque en efecto, el art. 132 CP sitúa el *dies quo* del cómputo de lo que llama términos de la prescripción delictiva, para los sujetos pasivos menores de edad, en los delitos contra la indemnidad sexual, en el día en que hubieran alcanzado la mayoría de edad.

Así ante esta concreta disposición, no sería distorsionar el sentido del precepto encontrar, en semejante posibilidad jurídica, una atenuante analógica por transcurso de la mayor parte del tiempo de prescripción aunque en el presente caso, dicho transcurso no se haya producido según la literalidad del precepto. Y si bien la Ley le ofrece a la víctima la posibilidad de denunciar los hechos cuando alcanza la mayoría de edad y le otorga, como plazo, todo el tiempo señalado por la Ley para la prescripción del delito por él sufrido, ello no elimina la existencia real del retraso en la denuncia, la proximidad del olvido social, o la atenuación de la necesidad de pena.

Por todo ello, hay que entender que en el caso, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, aparece menoscabado el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo,

los fines que le son propios, y que desde las exigencias del principio de proporcionalidad, no sería admisible que la individualización de la pena no tuviera en cuenta que transcurren más de 10 años desde que se fija la existencia de abusos, años 2002 y 2003, sin saber el mes exacto, hasta la fecha de denuncia de los mismos, el 31-1-2013 y de incoación de las DP en 22-2-2013.

Consecuentemente, es de apreciar la existencia de dilaciones indebidas, dándoles el valor de atenuante y estimándola muy cualificada.

Así pues el motivo se estima, con los efectos penológicos que se señalarán en segunda sentencia. (F.J. 8º)

### **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada.**

STS 285/2016, de 06/04/2016  
RC 1883/2015

No admite discusión que el tiempo de duración de este proceso ha sido excesivo. La complejidad no justifica una espera de más de ocho años (si incluimos la casación) hasta obtener resolución final. El hecho que las incidencias entorpecedoras no sean reprochables a los responsables de la tramitación y gestión del procedimiento, no disipan el perjuicio derivado de la demora sufrido por el justiciable. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. Decidir sobre la atenuante no es un tema de identificar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto la afectación en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable; como que quien lo invoca no ha contribuido a los retrasos con su comportamiento procesal.

En este caso son carencias estructurales de órganos públicos de auxilio a la Administración de Justicia las causantes del severo retraso sufrido, con más de tres años de *impasse* para volver a señalar el juicio suspendido; y, además, con el agravante de que finalmente la prueba a cuya espera se estaba no se haya podido realizar. El volumen de tareas pendientes en tal órgano provocando una situación, si no de colapso, sí de grave entorpecimiento lo ha impedido. No puede reprocharse al acusado que reclamase la práctica de esa prueba que era pertinente; ni inferir de su legítima actitud procesal una suerte de complacencia o complicidad con los retrasos. No es justo que se le sitúe en la disyuntiva de o renunciar a la prueba pertinente o renunciar a su derecho a un proceso sin dilaciones. (F.J. 3º)

Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén “fuera de toda normalidad”; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean **desmesuradas**.

Puede realizarse tal valoración en relación al presente asunto: más de siete años sometido a un proceso que podía haberse ventilado, al menos, tres años antes es demasiado tiempo. (F.J. 4º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Atenuante. Dilaciones indebidas muy cualificada. Procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de extraordinaria.**

STS 95/2016, de 17/02/2016  
RC 1212/2015

La apreciación como "**muy cualificada**" de esta atenuante procederá siempre que la **dilación** supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la **dilación** materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (STS 25-09-12). (F.J. 5º)

**CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Atenuante. Miedo insuperable. No requiere que produzca un trastorno mental.**

STS 240/2016, de 29/03/2016  
RC 1832/2015

El reproche se excluiría por el intenso **temor** o situación de **angustia** en que se sitúa al autor. No requiere que produzca un trastorno mental, ni siquiera transitorio, con anulación total de facultades psíquicas, solamente surgido en supuestos de efectos extremos del miedo, en cuyo caso habría de considerarse la eventual estimación de la exención prevista en los artículos 20.1 o 21.1 del Código Penal.

Incluso advierte la doctrina que lo que caracteriza el miedo es más la **pérdida de la capacidad de decisión** que la minoración de las facultades intelectivas.

Así pues la estimación de esta eximente depende de una doble concurrencia de presupuestos: 1º) los **fácticos** y 2º) los **valorativos**.

En cuanto a los fácticos es un lugar común en nuestra Jurisprudencia señalar:

**a)** la presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto;

**b)** Que dicho **miedo** esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; incluso inminente.

**c)** Que el **miedo** sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes;

y  
**d)** Que el **miedo** ha de ser el único móvil de la acción. (F.J. 6º)

### **PARTICIPACIÓN EN EL DELITO. Coautoría. Desviaciones o excesos. Doctrina jurisprudencial.**

STS 124/2016, de 22/02/2016

RC 10567/2015 P

Las desviaciones previsibles deben estar referidas al marco habitual y por tanto previsible de las circunstancias que concurren en el hecho concreto, de suerte que, en hipótesis, no deberían considerarse desviaciones previsibles aquellas que representan un salto cualitativo --un aliud-- distinto y más grave de lo que pudiera estimarse como previsible ante la reacción de la víctima y el empleo de la violencia para neutralizarla, en cuyo caso tal acción en solitario no podría ser extendida al resto de intervinientes.

En el presente caso, no hay "*casus belli*" en relación al delito de robo con violencia y uso de medio peligroso, consta en el hecho probado que ambos condenados redujeron a la víctima, y le golpearon la cara y le clavaron el punzón en la parte posterior del muslo --sin concretar quien en concreto ejecutó tal acto--. Es obvio que se está en presencia de una acción conjunta de ambos condenados siendo indiferente quien de ellos le clavase el punzón.

El problema está en la utilización de la pistola que llevaba y disparó P. y que causó la muerte de la víctima.

La decisión del Tribunal de instancia fue la de considerar al recurrente autor de un delito de homicidio --no de asesinato como se declara en relación al otro condenado--, por considerar que ambos llevaban instrumentos peligrosos que utilizaron --el estilete o punzón-- con el que se podía haber causado la muerte.

Tal planteamiento no es aceptable ni asumible la decisión que de el se deriva (...) Verificamos en este control casacional que se reconoce que el porte del arma de fuego por parte de P. no era conocido por L., que la utilización de

este arma fue sorpresiva y con desconocimiento para L., y finalmente que fue el disparo el que le causó la muerte a la víctima. En esta situación es claro que se está ante desviaciones en modo alguno previsible y por tanto cualitativamente diferentes de lo que podría esperarse del plan previsto de robar y en su caso vencer la lógica resistencia de la víctima, neutralizándole con los instrumentos que llevaban --el punzón o estilete--, pero aparece claro que la decisión de efectuar el disparo no puede comunicarse a L. (F.J.3º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Apropiación indebida y falsedad. Concurso real y no medial.**

STS 272/2016, de 06/04/2016  
RC 1035/2015

Sin embargo, aun siendo cierto que el autoencubrimiento de las diferentes apropiaciones mediante delitos de falsedad abría la puerta para que se pudieran realizar las apropiaciones sucesivas, ello no permite considerar a la falsedad como “un medio” para ejecutar la siguiente apropiación. Pues una cosa es que la falsedad constituya un prerrequisito necesario para poder seguir perpetrando las conductas integrantes de la apropiación, y otra cosa diferente es que el medio o instrumento que se utiliza para ejecutarlas sea una falsedad.

Tal dinámica comisiva medial sí concurre en el delito de estafa perpetrado mediante instrumentos falsarios que contribuyen a generar el engaño de la víctima, pero no en este caso de apropiación indebida, en el que la falsedad no es un instrumento para perpetrar la conducta apropiatoria. (F.J. 7º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Concurso medial. Penalidad aplicable.**

STS 449/2016, de 25/05/2016  
RC 1972/2015

Por contra, consideramos en este control casacional, de oficio y en beneficio del recurrente, que ambos delitos de trata con finalidad de prostitución y de prostitución coactiva están en relación de medio a fin, por lo que se está en presencia de un concurso medial y no real de conformidad con el art. 77 del texto actual del Cpenal, ya que en definitiva, el delito de trata de personas fue cometido con la finalidad de dedicar al ejercicio de la prostitución a las víctimas, sujetos pasivos de dicho delito, y cuando ésta es obligada al ejercicio coactivo de la prostitución ex art. 188 del Cpenal, es claro que este delito supone la efectividad del destino que inspiró el delito de trata de personas. En definitiva, el delito de trata de personas fue el delito medial para la comisión del delito de prostitución coactiva con lo que el cálculo de las penas por ambos delitos debe efectuarse no sumando las penas de uno y otro como

se efectúa en la sentencia de instancia, sino efectuando el cálculo de la forma prevista en el art. 77 Cpenal en su redacción actual por ser más favorable. (F.J. 5º)

**CONCURSO DE DELITOS. Detención ilegal y lesiones. Concurso medial. Aplicación retroactiva de reforma por LO 1/2015.**

STS 330/2016, de 20/04/2016  
RC 1103/2015

Como señalamos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia rescindente, estimándose la existencia de un **concurso medial** de delitos, entre el de lesiones y el de detención ilegal, y la aplicación de las previsiones de los párrafos primero y tercero del **art. 77 del CP.**, en su versión introducida por la reforma de la LO 1/2015, que resulta de aplicación retroactiva, por ser más favorable para el reo (ex art. 2.2 CP), en cuanto que no exige que se imponga la pena más grave en su mitad superior, sino pena superior a la que correspondería a la infracción más grave, en el caso concreto, individualizándose la pena conforme a los criterios expresados en los arts. 66, 57 y 48 CP, y teniendo en cuenta los criterios ya expresados por la sentencia de instancia, procede imponer al condenado la **pena de cinco años de prisión**, accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **y prohibición de acercamiento y comunicación** por cualquier medio con Dña. F., durante **diez años**, fijando la distancia de alejamiento en un mínimo de quinientos metros. Y se mantiene en su integridad el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a responsabilidad civil, costas y abono de prisión preventiva. (F.J. Único – 2º Sentencia)

**DELITO CONTINUADO. Continuidad delictiva. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 2007. Doctrina.**

STS 377/2016, de 03/05/2016  
RC 1274/2015

Igual suerte desestimatoria ha de correr el siguiente motivo en que impugna la continuidad delictiva apreciada: no hay duda de que estamos ante al menos dos conductas diferenciadas que provocan otros tantos actos de disposición (años 2003 y 2004) y que por las cuantías se hace inexcusable el juego conjunto de la agravación prevista en el artículo 74.1 (al menos mitad superior de la pena) y 250.1.5 CP (pues ambas cuantías superan los 50.000 euros). Las SSTS 950/2007, 28/2008, de 26 de mayo, 764/2008, de 20 de noviembre, 860/2008, de 17 de diciembre o 581/2009, de 2 de junio, citas por

el Fiscal y a las que se unen muchas otras como la 207/2015 de 15 de abril o la 14/2016 de 26 de enero que con fidelidad el acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007 refrendan ese criterio. (F.J. 8º)

### **DELITO CONTINUADO. Delito de tráfico de drogas. Delito único y no continuado.**

STS 297/2016, de 11/04/2016  
RC 1657/2015

La continuidad exige como recuerda la Sentencia 112/2014, de 3 de febrero, que concurren varias operaciones de tráfico de drogas de notable envergadura, en las que debido a la complejidad, relevancia y sofisticación de las conductas se considera que no pueden integrar un único delito, pero tampoco se acude al concurso real.

Como en la sentencia citada, en el supuesto que aquí examinamos no se describe complejidad alguna, la entrega el día 28 de mayo y el transporte tres días después, el 31 de mayo, de sustancias estupefacientes, heroína el primer día por valor de 1.600 euros y cocaína el segundo, por valor de 2.000 euros. De modo que nada permite disociar la global actividad de tráfico del recurrente, sin que entre uno y otro hecho, haya mediado detención, ni procedimiento judicial o sanción penal. (F.J. 5º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Modelo de incriminación. Criterios generales.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

(...) el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas

físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física. (F.J. 8º)

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "*compliances*" o "*modelos de cumplimiento*", exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar. (F.J. 8º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Modelo de incriminación. Exigencia de delito de la persona jurídica: «delito corporativo».**

STS 221/2016, de 16/03/2016  
RC 1535/2015

No es discutible -frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal. (F.J. 5º)

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de *uno* se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese *otro* sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio. (F.J. 5º)

Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. La LO 1/2015, 30 de marzo, ha proclamado que el sentido de la reforma introducida en el art. 31 bis del CP no tiene otra justificación que "...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del <debido control>, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial...". (F.J. 5º)

La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad. (F.J. 5º)

## **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. No hay responsabilidad por transferencia: reglas generales.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que "...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el

procedimiento contra ella" (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP ). (F.J. 8º)

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. No hay responsabilidad por transferencia: la previsión de una responsabilidad penal de la persona jurídica no es excluyente respecto de la persona física.**

STS 516/2016, de 13/06/2016  
RC 1765/2015

La previsión de una responsabilidad penal de la persona jurídica no es excluyente respecto de la persona física, antes al contrario para el código es acumulativa, pudiendo darse ambas responsabilidades conjuntamente. Solo si se considerara que la responsabilidad en la persona jurídica excluye la de la física pudiera considerarse el argumento expuesto pero no es esta la previsión legislativa. (F.J. 3º)

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Sociedades creadas para delinquir. Tratamiento legal.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

Tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal, tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo.

Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o "*pantalla*", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito

pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante "*consecuencia accesorio*" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento. (F.J. 8º)

**DELITOS CONTRA LA VIDA. Asesinato. Alevosía por desvalimiento: estado de embriaguez.**

STS 54/2016, de 04/02/2016  
RC 10637/2015 P

La sentencia de apelación por tanto maneja explícitamente dos datos objetivos para inferir el desvalimiento cuestionado: encontrarse acostada o tumbada en el lecho y padecer los efectos de la ingesta de alcohol objetivamente demostrada y sus consecuencias explicadas por los médicos forenses. Luego partiendo de lo anterior, asumir que el ahora recurrente se aprovechó de dicha situación, para ejecutar el delito sin riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, es una conclusión lógica y racional. Basta el conocimiento de dicha situación para entender presente el requisito subjetivo que nuestra jurisprudencia exige cuando afirma que el dolo del autor debe proyectarse no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél (STS 626/2015 y los precedentes jurisprudenciales citados en la misma). (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA LA VIDA. Homicidio. Agravante de abuso de superioridad.**

STS 131/2016, de 23/02/2016  
RC 10813/2015 P

La sentencia recurrida entiende concurrentes los requisitos jurisprudenciales exigidos de la agravante de abuso de superioridad (ROJ STS

5442/2014), en su FJ 2: la conciencia del manifiesto abuso de superioridad sobre Inocencio por su edad, por su condición de inválido -agravada porque cuando se produjo la agresión no llevaba puesta la prótesis-, quien además fue acometido con un arma letal y en su casa, donde más difícilmente cabe esperar un ataque de tal naturaleza. (F.J. 1º)

### **DELITOS CONTRA LA VIDA. Homicidio. Complicidad omisiva.**

STS 535/2016, de 17/06/2016  
RC 10776/2015 P

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la complicidad omisiva pero ha insistido en la necesidad de determinar el contenido de la acción para no incurrir en arbitrariedad vulneradora del principio de legalidad y de equivalencia de la acción a la omisión. Así la STS 19/2013 de 9 de enero, al declarar que "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. 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". (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA LA VIDA. Homicidio. Dolo de matar: colisión con vehículo de motor.**

STS 84/2016, de 11/02/2016  
RC 10682/2015 P

Los jurados al exponer los elementos de su convicción manifestaron que habían entendido que el acusado había buscado el lugar y momento idóneo, que la víctima estuviera en una recta, para alcanzar la máxima velocidad posible y provocar el máximo daño; que el acusado era conocedor de las distintas características de ambos vehículos; y que habían tenido en cuenta las pruebas periciales relativas a la carencia de frenada en el asfalto, y las médicas, en concreto la simulación de inconsciencia por parte del acusado.

Recogiendo esos datos, la sentencia de instancia apreció la existencia de ánimo de matar en el acusado al considerar que el alcance violento de los vehículos se había producido de forma libre y consciente.

En este caso consta que el informe sobre reconstrucción de hechos elaborado por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil aportó datos objetivos que revelaban, por el tipo de colisión, la importante diferencia de velocidad de los vehículos -164'1 frente a 97'9 km/h-, la ausencia de maniobras evasivas por parte del vehículo de las víctimas, y por la posición en torsión en que quedó el pedal del acelerador del vehículo del acusado, que la violenta colisión por alcance de los vehículos se había producido de forma consciente. A ello hay que añadir los hechos que el Jurado ha declarado probados referentes a que la presencia del acusado en esa carretera no era casual, y sobre la diferente envergadura y peso de los dos vehículos -217 cv y 1910 kg frente a 65 cv y 1085 kg-. Y resulta significativo el efecto que tuvo el golpe, habiendo sido lanzado el vehículo ocupado por las víctimas a 120 m. y a unos 70 m. por el lado izquierdo de la vía. Hechos de los que se infiere el animus del agente. (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA LA VIDA. Homicidio. Dolo de matar: utilización de mezcla de sulfumán y lejía.**

STS 191/2016, de 08/03/2016  
RC 10822/2015 P

En el supuesto examinado consta probado que el recurrente utilizó un medio letal para atentar contra la salud de sus dos hijos, ya que se valió de verter en un barreño un litro de sulfumán mezclado con otro litro de lejía, mezcla que, a tenor de los dictámenes periciales anteriormente reseñados, pueden generar la muerte de una persona si la exposición es severa ya que puede producir un colapso cardiovascular con parada cardiorrespiratoria y

edema agudo, añadiendo que la alta concentración de gas puede llevar a un síncope e inmediatamente a la muerte.

Una vez verificado el carácter letal del procedimiento utilizado, conviene también subrayar que todos los actos que precedieron y rodearon a la conducta del acusado en los momentos inmediatamente anteriores a acostarse en la misma habitación y cama que ellos denotaban claramente el ánimo homicida. Pues no cabe colegir otra intención de la colocación del barreño al lado de la zona donde estaba acostada su hija, así como de la nota que dejó escrita y de las cintas de vídeo que dejó preparadas. Todo ello constituye una planificación muy meditada del hecho delictivo, que aparece también corroborada por la circunstancia de que, extraordinariamente, preparara todo para conseguir dormir esa noche con sus dos hijos en la misma cama y habitación, mientras que su esposa dormía en otro cuarto distinto. Toda la conducta del acusado previa a la colocación del barreño con el gas evidencia un escenario y unos medios propios de una acción homicida. (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA LA VIDA. Homicidio. Dolo eventual e imprudencia.**

STS 240/2016, de 29/03/2016  
RC 1832/2015

En nuestra STS nº 436/2014 de 9 de mayo exponíamos la **doctrina jurisprudencial sobre el elemento del dolo en su manifestación eventual**, recogiendo la antes expuesta en la nº 69/2010 de 30 de enero, luego ratificada entre otras, en la 614/2015 de 21 de octubre. A ellas cabe añadir la SSTS nº 301/2011 de 31 de marzo y las nº 172/2008, de 30 de abril y 716/2009, de 2 de julio, y particularmente la que resolvió el caso de la "colza" dictada en 23 de abril de 1992.

Podemos resumir la doctrina del dolo en los siguientes puntos:

**a)** El dolo significa conocer **y querer** los elementos objetivos del tipo penal. En la actuación dolosa el autor sabe que crea un riesgo para el bien jurídico.

**b)** Manifestación dolosa es la voluntad de querer el resultado. Pero también aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

En una y otra modalidad la decisión del autor no es ajena a la producción de ese **resultado**. Ya lo quiera directamente, ya simplemente conozca que no puede controlar su producción. Pero con cierto matiz diferencial del llamado dolo *indirecto* al que ya se refería Diego de Covarrubias que afirmaba homicidio voluntario tanto cuando el agente quiere matar como cuando tiende a un hecho al que sigue inmediatamente la muerte. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Comisión por omisión; estructura típica.**

STS 328/2016, de 20/04/2016  
RC 10008/2016 P

La estructura típica de la forma comisiva por omisión tiene una estructura típica, consignada en el art. 11 del Código penal que se apoya en los elementos previstos en la norma relativos a la posición de garante, a la capacidad de actuar, al deber de actuar en función del bien jurídico, y a la producción de un resultado y a la equivalencia de la ilicitud omisiva con la del delito de comisión.

Desde la perspectiva expuesta constatamos la existencia de la omisión, la posición de garante y la producción del resultado típica, en el caso la lesión en el brazo con acortamiento del brazo por la defectuosa atención prestada. Estos extremos no son discutidos por el recurrente y la sentencia los fundamenta adecuadamente. Sin embargo, no concurre en el caso el requisito de la equivalencia entre la omisión declarada con la comisión activa. El hecho probado refiere que la lesión se origina por la conducta de la madre que propina el golpe con la botella helada y luego no dispensa un cuidado dirigido a la sanación cual sería el que el menor fuera atendido en un centro médico para reparar el brazo y la actuación sanitaria correspondiente. Esa es la conducta activa declarada probada. La de este recurrente, dice el relato fáctico, que no estuvo presente en su originación y causación, fue lo de "colocarle el hueso más o menos en su sitio e inmovilizar el brazo de forma rudimentaria, falta del adecuado tratamiento...que ocasiona una consolidación viciosa de la fractura...".

La conducta declarada es la de realizar una actuación dirigida a mejorar el bien jurídico, si bien de forma rudimentaria que a la postre se traduce en una falta de adecuado tratamiento. Esa conducta omisiva pudiera tener su encaje en el delito de omisión del deber de socorro. (F.J. 6º)

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Control casacional del presupuesto "deformidad".**

STS 578/2016, de 30/06/2016  
RC 2238/2015

La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

Los enunciados empíricos, sean externos o psicológicos, solamente pueden impugnarse por el cauce del artículo 849.2 o por el del 852 (presunción de inocencia) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los juicios de valor admiten el mismo cauce solamente cuando la queja se refiere al objeto de valoración, es decir al dato que ha de contrastarse con los criterios valorativos. Así cuando el presupuesto de la norma es la fealdad de una secuela, lo que concierne a las características del resto lesivo que sufre la víctima. Pero no el predicado que tal dato merece en función del canon de belleza/fealdad. Este juicio es ya un juicio normativo -no jurídico, aunque de consecuencias jurídicas- cuya impugnación encuentra habilitación a través de la previsión del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El carácter ostensible o no de una cicatriz es un dato empírico verificable. Su impugnación ha de intentarse pues fuera del ámbito del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que circunscribe el debate posible a la subsunción del dato de hecho en la norma penal. Por ello no cabe entrar en su examen en este motivo amparado en el ordinal 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo lo que concierne al predicado de fealdad -que supone el concepto típico de deformidad- es un juicio de valor que sí debemos analizar en esta sede del recurso. Pero desde la inevitable indeterminación que caracteriza el juicio de valor tributario de la previa asunción por quien valora de los criterios a los que aquella debe someterse. (F.J. 6º)

## **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Deformidad. Cicatrices. Doctrina.**

STS 286/2016, de 07/04/2016  
RC 1572/2015

Las SSTS. 302/2015 de 19.5 y 1174/2009 de 10.1, recuerdan: Esta Sala Casacional ha apreciado **deformidad** en casos de cicatrices, al menos en las siguientes Sentencias recientes, que citamos a continuación: la STS 877/2008, de 4 de diciembre; la STS 871/2008, de 17 de diciembre; STS 353/2008 , de 13 de junio (en un supuesto similar: cicatrices visibles repartidas por el cuello, que le ocasionan perjuicio estético moderado); STS 954/2007, de 15 de noviembre; STS 537/2007, de 15 de junio; STS 388/2004 , de 25 de marzo; y STS 1014/2007, de 29 de noviembre.

Lo que plenamente satisface, de acuerdo con reiteradísima doctrina de esta Sala relativa a la **deformidad**, que **ciertas cicatrices constituyen tal deformidad**, doctrina expuesta desde muy antiguo (vid., por ejemplo, las SSTS de 7 de mayo de 1875 y 4 de octubre de 1883, citadas en la STS 353/2008, de 13 de junio), hasta otras más próximas, como las de 24 de noviembre de 1999 o 14 de noviembre de 2002, entre otras muchas.

La consideración de las cicatrices descritas en el informe forense, con fotografías de las mismas permiten su subsunción en el art. 150 CP, por cuanto su pluralidad, el lugar de su ubicación en el cuerpo de la víctima y su configuración morfológica, constituyen un caso de deformidad con déficit estético moderado o simple deformidad, adecuada a los parámetros jurisprudenciales expuestos, y que se caracteriza, a diferencia de la grave, en que tiene repercusiones funcionales severas que modifiquen y hagan gravosas el desempeño de funciones esenciales para el desenvolvimiento del ser humano (STS. 634/2003 de 6.5), limitándose a una modificación natural del cuerpo producida por la agresión (STS. 150/2006 de 16.2), tal como la sentencia de instancia razona: "... las cicatrices son de tal entidad, relevancia, número y distribución por el cuerpo de la víctima que superan lo que en otras ocasiones se podría tener como meros defectos carentes de importancia por su pequeña significación antiestética. (F.J. 8º)

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. La conducta subsumible en el anterior art. 147.2 CP no resulta beneficiada por la reforma por LO 1/2015.**

STS 102/2016, de 18/02/2016  
RC 974/2015

El actual art. 147.2 no acoge hechos como los descritos aquí, sino que recoge lo que antes era una falta de lesiones y ahora es delito leve. El equivalente al precepto aplicado (anterior art. 147.2) hay que buscarlo en el actual art. 147.1, donde encajarían los hechos en la actualidad. Las penas que fija son de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses. El anterior art. 147.2 aplicado establecía como penas la de prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce meses. La multa alternativa es la misma. Y la pena de prisión tiene el mismo suelo (tres meses), pero es superior el máximo de la nueva norma (tres años, frente a los seis meses del precepto aplicado). Por tanto el texto ahora vigente no es norma más favorable. No procede en consecuencia variar la sentencia que aplicó la norma en vigor en el momento de comisión de los hechos. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Maltrato habitual. Lo relevante es la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre.**

STS 328/2016, de 20/04/2016  
RC 10008/2016 P

Ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta. Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas.

Lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación (entre otras SSTS 765/2011 de 19 de julio; 701/2013 de 30 de septiembre; 981/2013 de 23 de diciembre y 856 /2014 de 26 de diciembre). (F.J. 3º)

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Medio peligroso: puño americano.**

STS 353/2016, de 26/04/2016  
RC 1877/2015

En el caso actual la Sala sentenciadora dispuso de una prueba de cargo suficiente y la ha valorado razonablemente. La realidad y entidad de las lesiones surge de la prueba pericial médica y la autoría de la propia declaración del perjudicado. La utilización de un medio peligroso es razonada específicamente por la Sala en función de la declaración del propio perjudicado, que manifestó que su agresor utilizó un “puño americano”, unida a la naturaleza de las lesiones, pues los golpes en la cara ocasionaron produjeron múltiples y graves fracturas que según reglas de experiencia no se ocasionan con un simple puñetazo dado con el puño limpio.

La relación causal de las graves lesiones sufridas en la cara por la víctima con la agresión del recurrente también se explica razonadamente por la Sala en función de la utilización de este instrumento peligroso que fue el que ocasionó las múltiples fracturas sufridas. Es cierto que posteriormente, en una acción diferente, el acusado volvió a ser agredido en el rostro por otro acusado, sancionado separadamente. Pero la Sala, que pudo contemplar esta segunda agresión pues quedó grabada en las cámaras de seguridad del lugar del hecho, ha estimado probado, razonadamente, que esta agresión con las manos limpias

fue de menor entidad, y que la causa principal de las graves fracturas ocasionadas fue la primera agresión en la que el golpe con el puño provocó un daño intensamente incrementado por la utilización de un instrumento peligroso, tipo puño americano o similar.

El denominado puño americano, puño de acero o manopla es un arma blanca sumamente peligrosa formada por una estructura metálica que se ajusta a los nudillos del usuario y que al dar un puñetazo provoca que las lesiones causadas a la víctima sean de enorme entidad, como sucedió en el caso actual, mientras que el impacto en la mano de quien golpea es mínimo. (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Tratamiento médico quirúrgico: esparadrapo de sutura o puntos "steri-strip".**

STS 519/2016, de 15/06/2016  
RC 92/2016

Se plantea en esta censura casacional, si el empleo de "steri-strips" o puntos de aproximación con cinta autoadhesiva, desborda el concepto de primera asistencia e integra el de tratamiento médico-quirúrgico que determinaría la calificación como delito de lesiones, y no simple falta de lesiones.

Aunque nuestra jurisprudencia no ha sido en el pasado uniforme, en el tiempo actual puede detectarse una tendencia hacia la consideración de tales puntos de aproximación como tratamiento médico o quirúrgico.

Así lo afirmaba ya inicialmente, la STS 1441/1999 y seguidamente la STS 1481/2001 de 17 de julio, nos enseña que el uso de esparadrapo para mantener unidos los bordes de la herida es un procedimiento equivalente y sustitutivo de los tradicionales puntos de aproximación, y así es porque lo empleado no fue un simple apósito para preservar a la herida del contacto con el aire u otros agentes externos, sino un medio técnico de fijación (esparadrapo de sutura), menos cruento en su aplicación, pero de efecto equivalente al cosido y, como éste, necesario para procurar la correcta cicatrización.

Por tanto la colocación de los puntos *steri-strip*, supone tratamiento médico al existir un inicial pegamento tisular y posterior cura local.

En definitiva, se trata de una técnica similar a la sutura, pero menos cruenta en su aplicación, pero idéntica en su potencialidad terapéutica, que consiste en la aproximación duradera de los bordes de una herida con objeto de facilitar su curación y cicatrización. (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. Lesiones. Pérdida de un ojo por recibir en la cara un vaso u objeto de cristal. Concurso ideal de lesiones dolosas con imprudentes.**

STS 464/2016, de 31/05/2016  
RC 2206/2015

Como se ha señalado en la doctrina de esta Sala el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación. (F.J. 3º)

En el caso actual debemos desestimar el motivo de recurso, y mantener el criterio del Tribunal de instancia (...). Siendo cierto que el lanzamiento de un botellín al rostro de una persona en el ámbito de un enfrentamiento puede llegar a producir el estallido del globo ocular y la pérdida de un ojo, como ha sucedido en el caso actual, y también que se trata de un riesgo derivado directamente de la acción agresora, lo relevante es determinar si la probabilidad de que se produzca ese resultado es elevada y entra por tanto dentro de lo probable, o si, por el contrario, es escasa y solo entra dentro de lo posible.

En el caso actual ha de tenerse en cuenta que de un importante número de lanzamiento de objetos romos, como es una botella, producidos en enfrentamientos de diversa entidad, aun cuando lleguen a impactar contra el rostro de una persona, muy pocos acaban con el estallido del glóbulo ocular. (F.J. 4º)

De forma que se considera que una misma acción (lanzar una botella al rostro de un contrincante) tiene un componente doloso en lo que atañe a la acción agresora y a su resultado natural, frecuente o habitual, y un componente culposo o imprudente en lo que atañe al resultado más gravoso que resulta inhabitual o infrecuente, atendiendo al acto agresor y el riesgo que conllevaba.

Por lo tanto, ha de considerarse que el acusado incurrió, en primer lugar, en una conducta dolosa prevista en el art. 147.1 del C. Penal, en cuanto al desvalor de su acción, y, en segundo lugar, en un comportamiento culposo en lo que atañe al resultado que finalmente se produjo (pérdida de un ojo). Este resultado, aunque se halla vinculado causalmente a la acción agresora (vínculo naturalístico u ontológico), no puede decirse lo mismo desde la perspectiva del requisito de la imputación objetiva, por cuanto, según ya se ha razonado, el riesgo ilícito que conllevaba "ex ante" su conducta no era el que requiere el tipo del art. 149 del C. Penal sino uno inferior. Y ello porque el grado de probabilidad del resultado de pérdida de un ojo en conductas como la ejecutada por el acusado no es suficiente para poder hablar del riesgo típico prohibido por el subtipo agravado del art. 149 del C. Penal, sino por el castigado en el art. 147 del mismo texto. (F.J. 5º)

Por el contrario, en supuestos en los que se golpea directamente en la cara con un vaso u objeto de cristal, con fuerza suficiente para que se rompa

con el impacto, y los cristales provoquen cortes que determinan la pérdida de la visión del ojo, se aprecian lesiones dolosas del art. 149 1º CP. (F.J. 6º)

## **DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016.**

STS 538/2016, de 17/06/2016  
RC 10003/2016 P

Sobre la subsunción de estos hechos en un delito de trata de seres humanos, en concurso medial con otro de prostitución coactiva, no es necesario extendernos, pues la situación descrita se corresponde con una jurisprudencia ya más que reiterada de esta Sala Casacional al interpretar las conductas definidas en los arts. 177 bis y 188 (hoy 187) del Código Penal, como es exponente la STS 191/2015, de 9 de abril, conforme a la cual la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el art. 177 bis del Código Penal. (F.J. 5º)

La problemática que se plantea en esta causa, merced al recurso del Ministerio Fiscal, está referida a una cuestión novedosa, cual es la interpretación del citado art. 177 bis del Código Penal en punto a la concurrencia de más de una víctima, en el caso enjuiciado, dos, sobre si, en ese supuesto, los hechos deben ser subsumidos en más de un delito en concurso real, esto es, si el meritado delito comprende un sujeto pasivo plural, o bien hay tantos delitos cuantas víctimas lo sean del mismo.

En el Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, en donde se llegó al siguiente Acuerdo:

**«El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».** (F.J. 6º)

El Pleno de la Sala consideró que dado el bien jurídico que se protege en este tipo de comportamientos delictivos, cuyo tipo objetivo es diverso, pues las conductas típicas son de muy variada acuñación, la cuestión debía resolverse hacia la consideración de un sujeto pasivo individual, y no difuso o plural.

Tal bien jurídico protegido lo es la dignidad, que está caracterizada por ser de una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido.

Así, si los hechos que afectasen a varias víctimas pudieran ser operados en concurso ideal pluriofensivo, del apartado 1, inciso primero, del art. 77 del Código Penal (un solo hecho constituye dos o más delitos), nos encontraríamos con la dificultad que se deriva de nuestro Acuerdo Plenario de 20 de enero de

2015, en cuyo caso los ataques frente a varias personas, ocasionados mediante dolo directo o eventual, se resuelven más propiamente en concurso real, y aquí ocurriría lo mismo.

Nos hemos de pronunciar porque el delito de trata de seres humanos tiene un sujeto pasivo individual, y no plural, y así lo ha declarado esta Sala Casacional, al menos, en una ocasión, como es el caso de la STS 178/2016, de 3 de marzo, que declara lo siguiente:

*«El art. 177 bis del C. Penal castiga la trata de seres humanos, sea en España o desde España, empleando violencia, intimidación o engaño... cuyas conductas típicas son la captación, el traslado, el transporte, el acogimiento, la recepción o el alojamiento con distintas finalidades, en el caso de autos la explotación sexual, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. Dado el bien jurídico protegido, libertad e indemnidad sexual de las víctimas, de naturaleza personal, se cometieron tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas reseñadas en el factum».* (F.J. 7º)

### **DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Diferencia con el tráfico ilícito de inmigrantes.**

STS 188/2016, de 04/03/2016

RC 1131/2015

*“No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros”* (STS 678/2014 de 23 de octubre).

(...) No toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, tiene necesariamente que considerarse delictiva, como ocurre con las infracciones leves del artículo 52 de la Ley Orgánica reguladora de extranjería, y que tras la reforma de 2015 la acusación que impute un delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa en la que incurre, doctrina que en esta resolución debe ser ratificada. (F.J. 6º)

### **DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS. Trata de seres humanos. Los hechos subsumibles en el art. 177 bis y sucedidos antes de su entrada en vigor no pueden ser beneficiarios de la reducción penológica operada en el art. 318 bis tras la reforma por LO 1/2015.**

STS 295/2016, de 08/04/2016

Aunque las penas del art. 318 bis CP han sido sustancialmente rebajadas, ello es consecuencia de que muchas de las conductas que se alojaban en tal precepto en 2005, han sido desplazadas a partir de 2010 al art. 177 bis –trata de seres humanos- que, además, admite el concurso con el art. 318 bis. La aplicación de la legislación hoy vigente no llevaría sencillamente a degradar las penas por el delito del art. 318 bis acoplándolas a las actuales (multa o prisión de hasta un año), sino a añadir simultáneamente las penas asignadas a los delitos de trata de seres humanos superiores a las impuestas (un mínimo de cinco años de prisión).

La posibilidad de formar un **concurso de delitos con la trata de seres humanos** está avalada por el apartado 9 del art. 177 bis: *"En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación"*. La diversidad de bienes jurídicos tutelados subrayada y enfatizada tras la reforma de 2015, así lo determina. Y es que la rebaja de las penas previstas en el art. 318 bis no es más que la consecuencia de la aparición del nuevo delito de trata de seres humanos que confina a este tipo penal a la protección en exclusiva de un bien jurídico de menor categoría: el control sobre los flujos migratorios. En su versión anterior confluían otros bienes jurídicos tutelados que ahora lo son a través del art. 177 bis. (F.J. 13º)

## **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. Abusos sexuales. Abuso a menor de 13 años.**

STS 10/2016, de 21/01/2016  
RC 10589/2015 P

Respecto a la primera cuestión, lo que el recurrente reputa errores del Tribunal de instancia, no son sino citas desafortunadas fruto de la confusión, pues al existir dos tipos básicos de abuso sexual (el genérico del art. 181 C.P.) y el específico para menores de 13 años del 183.1, el Tribunal ha tenido un "lapsus calami", que solo debe dar lugar a la corrección.

En efecto, comienza calificando el hecho de forma apodíctica de **abuso sexual de un menor de 13 años** (fundamento jurídico 4º) y todos los demás errores, si nos referimos al art. 183.1º y 3º, en relación al 62 C.P., no constituyen errores, sino confirmación de que el tipo aplicado es el 183.1º y 3º, único por el que acusa, tanto el Mº Fiscal como la acusación particular.

Así, la Audiencia que incurrió en un error, patente y claro, debe corregirlo en cualquier momento, debiendo entenderse que el tipo aplicado es el 183.1º C.P.

Si se entiende así, todo lo que se considera error cuadra perfectamente, ya que las afirmaciones del Tribunal -insistimos- las referimos al precepto aplicable.

Respecto a la imposición de las penas el Tribunal, corregido el error, halla un concurso aparente de normas entre el art. 183.1º y el nº 3, en relación al 62 C.P.

La Audiencia argumenta extensamente a la hora de individualizar la pena y concluye que cualquiera que sea el principio que se aplique del art. 8 C.P. (especialidad, consunción o alternatividad) la calificación adecuada es la tentativa de abuso sexual con penetración, y no la de abuso sexual consumado del nº 1 del art. 183.

Para ello explica sus razones, que podemos resumir en las siguientes:

a) Porque la penetración, siquiera parcial, estuvo cercana a la consumación (grado de ejecución alcanzado: art. 62 C.P.).

b) No sería correcto rebajar dos grados (quedando la pena entre 2 años y 4 años menos un día) pues se sancionaría lo más grave en forma más benigna.

c) La pena impuesta desciende en un solo grado, sin llegar al mínimo legal, teniendo en cuenta la edad del menor (6 años), la relativa confianza que facilitó la ocasión, el lugar y circunstancias en que se produjo la acción, la condición de delincuente primario y la prisión preventiva sufrida de 18 meses.

En suma el Tribunal de origen impone 5 años y 5 meses de prisión que se considera una pena justa y proporcionada. (F.J. 4º)

## **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. Abuso sexual. Cooperación y complicidad.**

STS 422/2016, de 18/05/2016  
RC 1775/2015

La sentencia impugnada degrada la valoración jurídica del aporte realizado, calificando de cómplice al acusado, argumentando que su aporte no era necesario porque "los hechos pudieran haber ocurrido de otro modo", que para la acción realizada por el coimputado S. no era precisa la aportación del acusado P. Esta argumentación no puede ser compartida. Para subsumir una conducta en la autoría o en la complicidad, o para calificar de necesaria, o no, una cooperación ha de estarse a la acción efectivamente realizada, no a otra hipótesis que no ha sido declarada probada, y lo que el tribunal así ha declarado es que el acusado P. llevó al incapaz al galpón para que fuera objeto de la agresión declarada probada, y lo hizo, dándole dinero, conociendo sus limitadas capacidades psíquicas para entender y prestar consentimiento, nulas y similares a las de un niño de 3 o 5 años de edad. Esa conducta supone un aporte causal de relevancia a la ejecución del hecho en los términos declarados probados.

Ese aporte es causal y necesario para la realización del tipo penal cometido por el autor condenado en los hechos. Es claro que si el acusado P. no hubiera llevado al perjudicado incapaz, el delito no se habría cometido en la forma que se declara probado. Esa aportación es relevante y, desde el hecho probado, necesaria e imprescindible pues es quien conduce al incapaz a la realización del delito. (F.J. 1º)

### **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. Abuso sexual sobre menor de edad mediante webcam: no necesidad de contacto físico.**

STS 301/2016, de 12/04/2016  
RC 1229/2015

El art. 183.1 del CP, en la redacción vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, castigaba con una pena de prisión de 2 a 6 años al que “...realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”. En la actualidad, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que ha elevado la franja cronológica para ser considerado víctima de este delito, se ha suprimido la referencia al bien jurídico protegido, sustituyendo la mención a la *indemnidad sexual* por una mención más amplia a “...actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”. Este cambio legislativo, que la STS 652/2015, 3 de noviembre atribuye a un “...prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma”, no debe interpretarse más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario de un ataque de carácter sexual (cfr. SSTS 331/2004, 16 de marzo o 604/2012, 20 de junio, entre otras muchas).

Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima.

El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores. (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. Corrupción de menores. La continuidad delictiva no puede apreciarse en el caso de corrupción de un menor mediante precio al haberse tenido en cuenta esa reiteración de actos sexuales para apreciar la conducta típica de corrupción de menores.**

STS 465/2016, de 31/05/2016  
RC 1576/2015 P

La repetición de conductas de naturaleza sexual con un menor de edad a cambio de dinero debe valorarse ordinariamente como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o al menos favorecen esa dedicación, en cuanto que para su escasa edad le sitúan ante la posibilidad efectiva de obtener un beneficio económico mediante el intercambio de sexo por dinero, con la consiguiente afectación de su dignidad personal y del desarrollo libre y completo de la faceta de su sexualidad como persona.

Así las cosas, esa reiteración de actos, salvo casos excepcionales en los que se puedan afirmar que un solo acto llena los requisitos del tipo, constituye normalmente la conducta que se pretende castigar con este delito de corrupción de menores y excluye, cuando no se explica o motiva con suficiencia lo contrario, que pueda apreciarse la continuidad delictiva. (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. Prostitución de menor. Responsabilidad del cliente. Reforma legal.**

STS 430/2016, de 19/05/2016  
RC 10823/2015 P

Debemos recordar que la redacción del artículo 187.1 del Código Penal al tiempo de los hechos no hacía referencia a los clientes.

Como dijimos en nuestra posterior STS 2981/2010 de 21 de mayo, hemos de atender a la **reiteración** de los actos sexuales sobre la persona del menor y la edad de éste. En cuanto a la **edad** se ha de diferenciar el tramo que va desde los trece años (la inferior da lugar ya a otro delito en esa época de ataque a la libertad sexual, sin que en esa fecha el legislador la mencione expresa y diferenciadamente entre la de las víctimas de favorecimiento de prostitución) a los quince años. (STS 761/2008 de 13 de noviembre), porque en tal tramo edad cabe considerar que la personalidad se está formando particularmente en el área del desarrollo sexual.

Por otra parte también es relevante el dato de la reiteración (STS 1263/2006 de 22 de diciembre) a cambio de **dinero**, concebido no ya como premio sino como **retribución** previamente convenida, porque entonces *"debe valorarse ordinariamente como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o al menos favorecen esa dedicación, en cuanto que para su*

*escasa edad le sitúan ante la posibilidad efectiva de obtener un beneficio económico mediante el intercambio de sexo por dinero, con la consiguiente afectación de su dignidad personal y del desarrollo libre y completo de la faceta de su sexualidad como persona". (F.J. 2º)*

**DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. Descubrimiento y revelación de secretos. Acceso a mensajes íntimos de móvil.**

STS 544/2016, de 21/06/2016  
RC 10139/2016 P

En el caso presente el tribunal considera probado que el acusado cogió el móvil de su ex esposa para conseguir más información y conocimiento de la relación íntima que ésta había entablado con un tercero y tras accionarlo, al no tener activada ninguna contraseña o número PIN, comenzó a leer en voz alta los mensajes conservados de dicho terminal.

Conducta ésta encuadrable en el tipo penal analizado. En efecto la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a éstos en herramientas indispensables en la vida cotidiana con funciones múltiples, tanto de recopilación y almacenamientos de datos como de comunicaciones con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a Internet, archivos con fotos, vídeos, etc.), susceptibles según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no solo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso. (F.J. 12º)

En el caso presente la sentencia impugnada no aplica el tipo atenuado de la detención ilegal, art. 163.2 porque el acusado consiguió su propósito de que la hija común conociese las intimidades de la madre con su nueva pareja sentimental y humillar así a ésta delante de la hija, y si uno de los medios de los que se valió para tal propósito fue precisamente apoderarse del contenido de los mensajes de su móvil leyéndolos en voz alta en presencia de la hija, se dan los presupuestos del concurso medial conforme la jurisprudencia expuesta al potenciar el trato vejatorio y degradante. (F.J. 13º)

**DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. Descubrimiento y revelación de secretos. Cometido por funcionario.**

STS 407/2016, de 12/05/2016  
RC 841/2015

Son tres las formas comitivas que se recogen en el artículo 197.2 CP que a Sala sentenciadora aplica: a) el apoderamiento, utilización o modificación de los datos que hemos descrito; b) el mero acceso; y c) la alteración o utilización. Pero todas ellas exigen que la obtención de los datos lo sea desde el archivo o registro público en el que se almacenan, por lo que quedan fuera de su órbita de aplicación otras fórmulas de utilización que excluyan haber rebasado la barrera de protección que implica el registro que los alberga. En este sentido ya dijimos en la STS 525/2014 de 17 de junio con referencia a la 990/2012 de 18 de octubre, que las tres modalidades de actuación recogidas en el artículo 197.2 exigen el previo acceso al registro que almacena la información.

La Sala sentenciadora subsumió los hechos en los artículo 197.2 y 198 del CP porque consideró probado que el acusado utilizó los datos reservados de N. que obtuvo mediante el acceso, por sí o mediante persona interpuesta, a las bases de datos que tenía a su disposición como funcionario de policía. Sin embargo no concretó a qué aplicación o aplicaciones accedió, y desconocemos cuál o cuáles podían contener esa información. Esa incógnita que la prueba practicada en las presentes actuaciones no ha conseguido disipar, plantea como posibles otras alternativas razonables respecto a la obtención de unos datos que incluso el acusado pudo conocer al margen de su entorno profesional. En definitiva los indicios apreciados dan cabida a otras hipótesis que exceden de la acusación que se formuló contra aquél y de los perfiles del tipo que se aplica.

Ello obliga a estimar parcialmente el motivo planteado, y al no haber quedado constatado uno de los elementos que conforman la modalidad descrita en el artículo 197.2 que se aplica, a dejar sin efecto la condena en relación al delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que el Sr. C. J. fue condenado, lo que hace innecesario entrar a conocer del segundo de los motivos de recurso que denunciaba la indebida aplicación de los artículos 197.2 y 198 CP. (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. Descubrimiento y revelación de secretos. Requisito del perjuicio en el acceso a historiales y datos de archivos.**

STS 40/2016, de 03/02/2016  
RC 943/2015

El delito del art. 197.2 del Código penal, delito contra la libertad informática o "habeas data" es un delito que atenta a la intimidad de las

personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc., de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos. (Vid. STS 1084/2010, de 9 de diciembre).

La expresión del perjuicio no supone que el delito incorpore una finalidad económica. Se trata de un delito que supone el conocimiento y voluntad en la acción realizada actuando a sabiendas, en tanto que el perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. En el caso ese perjuicio se ha producido, y el autor lo pretendió al tomar conocimiento de un dato personal especialmente sensible en nuestro ámbito cultural, inherente a la intimidad más estricta que no interesa sea conocido fuera de la privacidad y hacerlo con conocimiento de una actuación contraria a la norma que permite su acceso. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos, archivo, etc., especialmente protegido, porque no es custodiado por su titular sino por titulares de las bases con especiales exigencias de conductas de protección. Así lo expusimos en la STS de 11 de julio de 2001, al reseñar que el perjuicio exigido va referida a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto. (F.J. 2º)

#### **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Consumación del delito.**

STS 489/2016, de 07/06/2016  
RC 1692/2015

La prueba concluyente de la consumación del delito es que fueron los propios querellantes los que tuvieron que hacer frente al pago de los tributos devengados a la Agencia Tributaria, puesto que las sumas entregadas a los acusados para hacerlo habían sido definitivamente distraídas por los mismos. Por ello el alcance de los convenios posteriores no puede ser otro que satisfacer la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo previo. (F.J. 3º)

#### **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Carga de la prueba.**

**Corresponde al acusado probar la existencia de un título en concepto de dueño.**

STS 427/2016, de 19/05/2016  
RC 1534/2015

Acreditado así el acto de apoderamiento de un dinero encomendado en administración, como elementos esenciales del tipo objetivo del delito analizado (STS 707/12, de 20.9), el recurrente opone la legitimidad de la actuación, si bien sin que su descargo alcance al completo nominal cuya apropiación se le atribuye.

Y si –como se ha dicho- hay constancia específica y concreta de la apropiación del dinero que se administraba, corresponde al acusado indicar la existencia de algún posible crédito a su favor, o de una posible deuda a cargo del perjudicado, que legitimen esos cobros, sin que pueda bastar con referencias genéricas o inconcretas (SSTS 890/13, de 4.12; 316/13, de 17.4 o 903/99, de 4.6). Esto es, acreditado que el recurrente tomó el dinero de su poderdante en utilización de la facultad de representación que ostentaba y que lo incorporó a su patrimonio, corresponde a éste acreditar que existía un título legitimador o habilitante, consecuencia última del alcance extintivo de la responsabilidad que presenta su versión y de la naturaleza misma de la representación por la que se actúa (art. 1720 del C.C). (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Delito especial por razón del sujeto activo.**

STS 165/2016, de 02/03/2016  
RC 2403/2014

El delito de apropiación indebida es un delito especial por razón del sujeto activo, ya que sólo puede ostentar la condición de autor quien recibe y posee los bienes ajenos con alguna de las condiciones que establece el art. 252 del C. Penal; esto es, en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos. Visto lo cual, es claro que sólo el acusado R. A. tenía la condición de gestor de la querellante al detentar la cualificación de Director Financiero de las sociedades que integraban el Grupo A., gozando como dice la Audiencia de la plena confianza de los socios propietarios de la empresa. De ahí que, merced al cargo de confianza que desempeñaba, tuviera las facultades de administrar y disponer del dinero, circunstancia que le otorgaba la cualificación que requiere la norma penal para ser sujeto activo del delito de apropiación indebida. (F.J. 8º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Existe delito cuando no se transfieren a las Compañías aéreas correspondientes las cantidades cobradas por la Agencia de viajes como precio de los títulos de transporte.**

STS 150/2016, de 25/02/2016  
RC 1058/2015

La descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar el artículo 252 del Código Penal vigente, que define el delito de apropiación indebida por el que se produjo la condena, ya que la conducta de la recurrente, según dicha narración, incorpora todos los elementos integrantes de la referida infracción, es decir, el haber ingresado en su patrimonio las cantidades percibidas por la venta de pasajes de avión, cuyo destino a favor de las correspondientes compañías prestatarias de los servicios se incumplió. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Modalidad de distracción.**

STS 332/2016, de 20/04/2016  
RC 2126/2015

En este caso la Sala de instancia encajó los hechos en el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción, ya que el acusado dispuso e hizo suyos los fondos de cuya gestión estaba encargado en función de su actividad comercial que desempeñaba, y a razón de la cual se le encargó la preparación de un viaje. Delito que quedó consumado cuando dispuso de ese dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, que de esta manera se vio imposibilitado de cumplir. En ese momento alcanzó el punto de no retorno al que alude la jurisprudencia para diferenciar una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio, que se consuma a partir de entonces (entre otras SSTS 374/2008 de 24 de junio; 228/2012 de 28 de marzo o 370/2014 de 9 de mayo). Se perfeccionó la apropiación desde que se materializó la disponibilidad ilícita que le permitió no darle el destino pactado (STS 97/20106 de 8 de febrero citada por la STS 414/2015 de 6 de julio). (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Obligaciones de los promotores que perciben cantidades a cuenta.**

STS 147/2016, de 25/02/2016  
RC 1127/2015

El delito se consuma cuando se produce la definitiva desaparición del valor objeto de apropiación del patrimonio del perjudicado, ya que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado contra el patrimonio, y se consuma cuando este resultado perjudicial se produce de modo ya irreversible.

En esta modalidad contractual específica las cantidades anticipadas por los adquirentes deben percibirse (o entregarse por el promotor si las ha recibido directamente) a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones legales, el promotor incurre, por este solo hecho, en las sanciones administrativas legalmente previstas. Pero, además, si dispone de la cantidades recibidas anticipadamente sin ingresarlas en la cuenta separada y sin garantizar su devolución en la forma imperativamente prevenida por la ley, el promotor, que conoce perfectamente la Ley de Ordenación de la Edificación, que es la regulación básica de su actividad, está disponiendo dolosamente de unos fondos que sabe que no están a su disposición, con independencia del fin al que los destine, por lo que si finalmente la utilización ilícita de los fondos se hace definitiva, porque el promotor no entrega la vivienda ni devuelve el dinero anticipado, se cumplen los requisitos típicos del delito de apropiación indebida. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Obligaciones de los promotores que perciben cantidades durante la construcción.**

STS 89/2016, de 12/02/2016  
RC 1781/2014

La redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por la reciente Ley 20/15, de 14 de julio, reiterando lo que viene estableciendo el legislador de modo imperativo desde hace casi 50 años, ha establecido la necesidad de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas por el promotor a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley.

El delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, por imperativo legal solo puede percibir a través de una cuenta especial con garantía expresa de devolución, no las entregue (o ingrese) en dicha cuenta separada, e incumpliendo esta obligación las confunda con el patrimonio propio, disponiendo de ellas como si fueran suyas, bien para sí, bien para las necesidades de sus negocios. De este modo está disponiendo ilícitamente de ellas, incumpliendo una prohibición legal clara y explícita, aunque sea una utilización temporal y con la intención de entregar la vivienda comprometida, comportamiento que inicia, pero no consuma, el delito de apropiación indebida. El delito se consuma cuando se llega al denominado “punto sin retorno” (STS 513/2007, de 19 de junio; STS 938/1998, de 9 de julio; STS 374/2008, de 24 de junio y STS 228/2012, de 28 de marzo, entre otras), es decir cuando el promotor incumpla definitivamente la doble alternativa prevista por la ley, entregar la vivienda o devolver el dinero que debería haber garantizado.

En conclusión, el delito se consuma cuando se produce la definitiva desaparición del valor objeto de apropiación del patrimonio del perjudicado, ya que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado contra el patrimonio, y se consuma cuando este resultado perjudicial se produce de modo ya irreversible. (F.J. 5º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Título hábil: arrendamiento de obra no es título idóneo.**

STS 525/2016, de 16/06/2016  
RC 2292/2015

Pese al carácter de *numerus apertus* de los títulos mencionados en el art. 252 como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver o entregar un equivalente, o invertir en fin predeterminado, es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida. El arrendamiento de obra, figura a la que se reconduce la relación civil entre denunciante y recurrentes, no sería uno de esos títulos en la medida en que no hubo aportación de materiales por parte de quienes realizaron el encargo. El metálico se entregó como pago del precio. Los contratistas lo recibieron a título dominical; en pago -en su caso, anticipado- de los trabajos a realizar. (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Título hábil: comisión es título idóneo.**

STS 65/2016, de 08/02/2016  
RC 1046/2015

Como señala la STS 347/2009, de 23 de marzo, en una relación de comisión como ésa tanto la entrega del billete como el cobro del precio, deben considerarse actos hechos por la Agencia por cuenta del comitente (IATA), de modo que el comisionista del servicio prestado solo puede considerarse propietario del concreto porcentaje, convenido como comisión, del precio cobrado. El resto del precio recibido por cuenta del comitente pertenece desde su cobro a éste, siendo el comisionista mero receptor y poseedor de su importe, con obligación de entregarlo a su propietario, el comitente, por cuenta del cual actuaba. Es por tanto un título posesorio idóneo para el delito de apropiación indebida. (F.J. 4º)

Forma parte de la esencia misma del negocio que el comisionista no pueda disponer de los billetes para burlar las garantías asumidas por el comitente con respecto a terceros, por lo que al disponer de los billetes en favor de otras agencias que tenían desconectado el sistema IATA por impagos anteriores, **defraudó la confianza en él depositada**, elemento esencial del delito de apropiación indebida, y se apropió de los billetes disponiendo de ellos como si fuesen suyos. (F.J. 5º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Título hábil: contrato de cuentas en participación es título idóneo.**

STS 103/2016, de 18/02/2016  
RC 1017/2015

La idoneidad del contrato de **cuentas en participación** para generar el delito de apropiación indebida ha sido ya proclamada en diversos precedentes por esta Sala. Así la STS 1332/2009, 23 de diciembre.

El delito de apropiación imputado se caracteriza porque quien estaba obligado a entregar dinero cuya administración gestiona, no lo entrega sino que, consciente de la ilicitud de ello, lo hace suyo. Por ello parte de un hecho esencial: El acusado **recibió** por diversos conceptos, dinero de terceros en el contexto del estatuto convenido de cuentas en participación, y **después de darle en parte el destino pactado**, resultando tras ello bajo su disposición en concepto de **beneficio** una cantidad restante de dinero, a la **mitad** de esta cantidad **no le dio el destino de su entrega al otro cuenta partícipe**. (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Título hábil: leasing o arrendamiento financiero es título idóneo.**

STS 244/2016, de 30/03/2016  
RC 1232/2015

Con respecto a la primera parte de su denuncia casacional, hemos de sostener, entre otras, con la STS 750/2001, de 4 de mayo, que el leasing o arrendamiento financiero es un título apto para que pueda cometerse sobre tal obligación de devolver el bien arrendado un delito de apropiación indebida.

Así, pues, la posibilidad de que el *leasing* sea título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida no puede excluirse en modo alguno. Es como lo entiende, en general, la doctrina y la propia jurisprudencia de esta Sala, cuando se refiere a “aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación” (sentencias de 15 de noviembre de 1994 y 1 de julio de 1997, entre otras). Supuestos, los de estas formas contractuales, muy distintos del que se da en el arrendamiento financiero, en el que –siendo el uso lo cedido– el bien, que no ha salido del dominio ajeno, permanece en poder del arrendatario en virtud de un título que implica, en principio, obligación de devolver. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida. Título hábil: lotería compartida es título idóneo.**

STS 119/2016, de 22/02/2016  
RC 1045/2015

El delito de apropiación se caracteriza por los siguientes requisitos: a) Una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos o cualquier cosa mueble; b) Un título posesorio, determinativo de los fines de la tenencia, que pueden consistir sencillamente en la guarda de los bienes, siempre a disposición del que los entregó -depósito- o en destinarlos a algún negocio o a alguna gestión -comisión o administración-; c) El incumplimiento de los fines de la tenencia, ya mediante el apoderamiento de los bienes, ya por no darles el destino convenido, sino otro determinante de enriquecimiento ilícito para el poseedor -distracción- y; d) El elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o de darle un destino distinto del pactado, determinante de un enriquecimiento ilícito. Será también requisito integrante de delito de apropiación indebida el dolo, comprensivo de la conciencia del agente de no tener derecho a la apropiación o disposición de los fondos.

En el caso de autos, estamos ante un pacto verbal, con datos suficientes, para concluir la obligación de los acusados de repartir el premio con la querellante. En consecuencia, la conducta del acusado de no repartir el premio de lotería obtenido con una de las personas que participaban en la compra conjunta del mismo es constitutiva del delito de apropiación indebida. (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Apropiación indebida y administración desleal. Diferencia tras la reforma por LO 1/2015.**

STS 163/2016, de 02/03/2016  
RC 1151/2015

En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y **la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero**, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253.

En consecuencia, en el caso actual en el que el contable de una empresa, realizó 2.124 transferencias de fondos (con importes comprendidos entre los 40 y los 4.200 euros) desde las cuentas de la empresa a las suyas propias, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, haciendo aparecer las transferencias como facturas pendientes de cobro y apropiándose de un total de 292.460,89 euros que incorporó a su patrimonio, nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida. (F.J. 6º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Blanqueo de capitales. Exclusión de la continuidad delictiva.**

STS 165/2016, de 02/03/2016  
RC 2403/2014

La jurisprudencia de este Tribunal ha venido entendiendo que en el delito de blanqueo de capitales estamos ante lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante no constituyen un delito continuado sino una sola infracción penal; de modo que las actividades

plurales tenemos que considerarlas integradas en el tipo penal del blanqueo como un delito único, equiparándolas así a los casos de los delitos contra la salud pública de tráfico de drogas (SSTS 974/2012, de 5-12, y 257/2014, de 1-4, que a su vez se remiten a las sentencias 519/2002, de 22-3; 986/2004, de 13-9; 595/2005, de 9-5; y 413/2008, de 20-6). (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Blanqueo de capitales en el seno de una organización. La colaboración externa no supone necesariamente implicación en la organización.**

STS 57/2015, de 04/02/2016  
RC 609/2015

Como se lee, entre muchas, en la STS 110/2012, 29 de febrero, esta sala ha tratado el asunto de la agravante de organización en multitud de sentencias. Y lo ha hecho, por lo general, partiendo de la afirmación de que no debe aplicarse a los supuestos de codelincuencia (entre muchas, SSTS 759/2003 y 65/2006), esto es, a los casos de simple realización conjunta de la acción inculpinable; para después señalar como rasgos caracterizadores de la misma: la coordinación y articulación jerárquica de los implicados; el reparto de papeles dentro del grupo, que haga posible cierta intercambiabilidad de los miembros en las diferentes funciones; el empleo de medios de comunicación no habituales; y una vocación de estabilidad y permanencia (SSTS 293/2011 y 222/2006, entre otras).

Organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y a través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones de aquellas. Aunque, en principio, nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, lo más normal, a tenor de la experiencia, es que entre ellos rija un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos.

Y, en fin, dado un contexto formado por los elementos a que acaba de hacerse mención, será además preciso que, en relación con la persona de que se trate, existan datos hábiles para considerar que, en efecto, habría formado parte de la trama organizativa con un conocimiento lo bastante informada. Algo que no se da necesariamente por el mero hecho de realizar actos concretos funcionales a los objetivos de esta. (F.J. 2º - Rº M.D.F.)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Ánimo de lucro.**

STS 377/2016, de 03/05/2016  
RC 1274/2015

Que el lucro personal perseguido por la recurrente no haya cristalizado al final en unas ganancias concretas no diluye la tipicidad del artículo 248 CP: como señala también con acierto la acusación particular al impugnar el recurso no puede confundirse la vocación de enriquecimiento con el enriquecimiento efectivo. (F.J. 6º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Contratos civiles criminalizados.**

STS 334/2016, de 20/04/2016  
RC 1541/2015

Respecto al primero de los elementos es patente su reflejo en el relato probatorio, donde se describe un contrato civil criminalizado, en el que sin pretensiones de cumplirlo y tampoco sin posibilidades económicas de llevar a cabo los pactos acordados, el acusado adquiere la casa donde vivían los perjudicados, no cumpliendo, como era su propósito inicial, la parte de contrato que a él le competía.

Salvo una deuda de 24.000 euros, satisfecha a una de las entidades bancarias con la que tenía un crédito personal (Banco Bilbao-Vizcaya-Argentaria y Santander), deja de pagar 6.000 euros que debía a la otra. Tampoco asumió como había prometido el pago o levantamiento de la hipoteca en favor de Cajacanarias que gravaba su vivienda o la asunción íntegra de todos los pagos fraccionados subrogándose en la posición de los ofendidos.

A su vez los 24.000 euros pagados, que se dijo en el contrato recibidos, ambas partes reconocen que no se entregaron en el momento de celebrar la compraventa y estaban destinadas a saldar la deuda personal que con las entidades bancarias antes referidas mantenían los ofendidos, y ello se produjo más de cuatro meses después, cuando a su vez enajena la finca u otra sociedad por 145.000 euros, ocultándole la existencia de la hipoteca que gravaba la casa y que según el factum en marzo de 2009 ascendía a 55.196,24 euros, que hasta el momento lo había venido abonando los denunciante con cargo a la cuenta común que tenían, desde que se enajenó a "D., S.L."

Si pensamos en la situación angustiosa en que se hallaban los denunciante y la propuesta que les hacía el acusado, resulta evidente que accedieran a ella, porque era la única salvación para liquidar todas sus deudas, aunque perdieran la casa, con la que se quedó el acusado y con cuyo valor o los préstamos conseguidos con la garantía de dicho valor debían dejar a cero los

números rojos de los perjudicados, cosa que el acusado ni hizo, ni pensaba hacer, ni podía hacer, circunstancia que ocultó a los vendedores. El engaño se completaría, para hacer más creíbles las obligaciones asumidas por el acusado, dando a la vivienda una particular valoración, fruto de la ideación del acusado recurrente, que la estimó en 83.237 euros, que según reiteradas manifestaciones de dicho acusado, por ninguna parte contradichas, era equivalente al valor de todas las deudas; luego, los ofendidos tenían la esperanza que con tal valor se saldaran la totalidad de sus deudas. (F.J. 8º)

### **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Diferencia entre delito e incumplimiento contractual.**

STS 550/2016, de 22/06/2016  
RC 117/2016

La diferencia entre la realización de un negocio lícito de inversión con captación de prestamistas a los cuales se les ofrece un interés altamente competitivo, que con el oportuno desarrollo temporal se frustra, y la comisión de un delito de estafa mediante idéntica estructura, se ha explicado jurídicamente en la concurrencia en este último supuesto de un dolo antecedente mediante el cual el sujeto activo sabe, y lo planea así de antemano, que no podrá devolver el capital captado con artificiosas maniobras, mientras que en el negocio lícito, los avatares que convergen en el tracto sucesivo de la operación impiden el buen resultado de la misma, frente a los deseos iniciales de ambas partes contratantes. Es un caso estaremos en presencia de un negocio civil de carácter ordinario y regular cuyas consecuencias al incumplimiento contractual sobrevenido son las previstas en el Código Civil; mientras, en el segundo caso, nos encontramos ante un negocio jurídico criminalizado, cuyas consecuencias punitivas son las dispuestas en el Código Penal.

Para llegar a trazar la línea de separación de ambas conductas, se han manejado diversas teorías, como el elemento subyacente a referido dolo antecedente, frente a lo imprevisible de la frustración civil que produce un incumplimiento contractual; también se ha tomado en consideración la teoría de la tipicidad, en tanto que el segundo comportamiento se corresponde con la descripción típica que se aloja en el art. 248 del Código Penal; y también podemos explicar la diferencia en lo que hemos de denominar la teoría de la viabilidad de la operación ofrecida a la parte que va a prestar el capital o la suma entregada al artífice del instrumento mediante el cual se construye su captación: si la viabilidad desde el principio es ilusoria por no hallarse construida bajo cimientos sólidos de manera que el dinero invertido no tiene el más mínimo soporte para poder ser devuelto, nos encontraremos con la

comisión de un delito de estafa. En caso contrario, aun podríamos hallarnos en sede de un simple incumplimiento contractual.

Aplicando esta última teoría al caso de autos, vemos que la sentencia recurrida va analizando los diversos hitos mediante los cuales concluye que el negocio no tenía la menor oportunidad de salir con éxito. (F.J. 5º)

## **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Engaño bastante. Autoprotección.**

STS 39/2016, de 02/02/2016  
RC 685/2015

Se viene aquí a plantear la cuestión de la exigencia de autoprotección al supuesto perjudicado cuya desatención excluiría, conforme a diversas construcciones dogmáticas, la tipicidad defraudadora del beneficiado.

Como recordábamos en la reciente Sentencia 221/2016 de 16 de marzo, la Jurisprudencia ha venido matizando prudentemente el uso desmedido de tal recurso justificador. Por un lado se distinguen 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, en los que la falta de idoneidad del engaño impide afirmar su relación causal con el acto dispositivo perjudicial. Y se reconduce al caso concreto la constatación de aquella idoneidad. Que se excluirá si se estima que el engañado incurre en una *absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas*. Pero advirtiendo que *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*.

Concluyéndose 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*.

De ahí que, por otro lado, Sentencias como la nº 162/2012 de 15 de marzo, advierta de que no se debe *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*.

En definitiva *la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de **autoprotección**, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya*

*efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto" (STS 630/2009, de 19 de mayo).*

Desde la referencia dogmática a la imputación objetiva como justificación de atribución de un resultado a una acción la STS 837/2015 de 10 de diciembre, recuerda la 900/2006 de 22 de septiembre, diciendo: *no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma. (F.J. 2º)*

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Perjuicio: la indeterminación del perjuicio no excluye el delito.**

STS 471/2016, de 01/06/2016  
RC 1543/2015

El recurso confunde cuantía del perjuicio, con el perjuicio en sí. Esto último es lo que exige el art. 295 CP; no una determinada cuantía que solo tendría relevancia si se tratase de una apropiación indebida en el momento de fijar el tipo penal.

La sentencia sencillamente especifica que no ha podido concretarse el monto del perjuicio, pero sí afirma rotundamente que ha existido. (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Perjuicio: el valor de la defraudación y la entidad del perjuicio son conceptos distintos.**

STS 545/2016, de 21/06/2016  
RC 232/2016

Según dispone el artículo 248 del Código Penal, cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. El valor de la defraudación y la entidad del perjuicio, aunque en alguna sentencia se han considerado como anverso y reverso de la misma realidad (STS nº 832/2014, de 12 de diciembre), son conceptos distintos, refiriéndose el primero directamente al contenido del acto de disposición, (STS nº 421/2014, de 26 de mayo), es decir, a aquello de lo que se ha dispuesto sobre la base del error provocado por el engaño, que es lo que deberá ser valorado; y el segundo a sus consecuencias, en la medida en la que haya causado un perjuicio a quien dispone o a un tercero. Ambas magnitudes pueden coincidir, pero también

pueden ser diferentes. También ambas son contempladas en el artículo 250.1 C. Penal. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Concursos. Falsedad en documento privado y estafa.**

STS 126/2016, de 23/02/2016  
RC 1312/2015

De manera reiterada ha considerado la jurisprudencia de esta Sala que la relación medial entre el delito de falsedad en documento privado del artículo 395 y el delito de estafa debe reconducirse al concurso de normas del artículo 8 CP. La expresión “en perjuicio de otro” del artículo 395 CP supone que éste requiere algo más que la mera alteración mendaz de uno de los elementos del documento. Requiere además que se produzca un perjuicio -o el ánimo de causarlo- en un tercero, perjuicio que normalmente será económicamente evaluable y que precisamente coincide con el de la estafa. Lo contrario supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio y en definitiva de doble sanción (SSTS 760/2003 de 23 de mayo; 702/2006 de 3 de julio; 860/2008 de 17 de diciembre; 552/2012 de 2 de julio; 860/2013 de 26 de noviembre; 232/2014 de 25 de marzo o 195/2015 de 16 de marzo).

Por regla general la estafa absorberá la falsedad en la medida en que el perjuicio efectivamente causado engloba el engaño y ánimo de perjudicar. Sin embargo en algunos supuestos particulares se abre paso, por el principio de alternatividad, la regla de la sanción más grave del nº 4 del artículo 8 CP. En concreto cuando la estafa no haya llegado a perfeccionarse (entre otras SSTS 860/2013 de 26 de noviembre o 195/2015 de 16 de marzo), pues en tales casos al no haberse alcanzado el propósito defraudatorio, ambas infracciones tienen el mismo grado de especificidad. Además resulta contrario a la lógica que el autor de un delito de falsedad en documento privado se viese privilegiado por el hecho de haber intentado o cometido además una estafa. (F.J. 5º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Delito continuado.**

STS 363/2016, de 27/04/2016  
RC 10774/2015 P

Cuestión diferente es la errónea subsunción de los hechos en el delito continuado de estafa en grado de tentativa que han proclamado los Jueces de instancia.

La Sala hace suyas las palabras del Fiscal en apoyo parcial del motivo hecho valer por la recurrente. Y es que al no haber conseguido cantidad alguna, pues ninguno de los intentos resultó fructífero, no es posible calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa, con el exclusivo apoyo conjetural de que, de haber obtenido dinero, esa cantidad habría sido superior a 400 euros. Dado que nada pudo extraer Sara Er y que no se le responsabiliza como coautora de las extracciones del coacusado, la calificación correcta no es otra que la de un delito leve de estafa. Además, los sucesivos intentos de sacar dinero constituyen, no una pluralidad de faltas sancionables por separado o como integrantes de un delito continuado, sino un supuesto paradigmático de unidad natural de acción.

En efecto, el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Tipo agravado. Abuso de relaciones profesionales.**

STS 349/2016, de 25/04/2016  
RC 571/2015

La aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 6º 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 a 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.

La doctrina de esta Sala respecto al referido subtipo agravado de abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, tiene declarado que cualquiera de las tres modalidades que contempla el subtipo: relaciones personales, credibilidad empresarial o credibilidad profesional, tiene como presupuesto de aplicación una situación fáctica que descansando sobre el contexto del engaño antecedente, causante y bastante sobre el que se nuclea la estafa, suponga una situación diferente y más grave que patentiza un plus añadido al abuso de confianza en cuyo seno se realiza la estafa que supone siempre una relación previa entre defraudador y víctima.

En lo referente a las relaciones personales, se pone el acento en una especial vinculación por razones de amistad o familiaridad –en tal sentido STS 343/2014–, o por razones profesionales. (F.J. 7º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Tipo agravado. Recaer sobre vivienda.**

STS 369/2016, de 28/04/2016  
RC 1748/2015

De igual forma, la agravante es predicable del contratista que se apropia por medio de engaño de los caudales destinados a hacer habitable el inmueble comprado para destinarlo a vivienda habitual. La STS 163/2014, de 6 de marzo, concluye la posibilidad de apreciarse la concurrencia de un negocio jurídico criminalizado cuando el promotor contrata ocultando que no tiene intención alguna de cumplir las obligaciones que la norma legal establece imperativamente en garantía del derecho del comprador a asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente para la compra de la vivienda. Cuánto más, si recibe el precio de la obra, sin intención alguna, no ya de constituir la garantía exigida, sino de realizar la obra comprometida. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Tipo agravado. Estafa procesal. Concepto de engaño bastante.**

STS 539/2016, de 17/06/2016  
RC 2296/2015

a) Que –como los recursos plantean– la cualificación profesional del Juez eleva el parámetro para valorar la idoneidad del engaño, por lo que la estafa procesal en la mayoría de los casos será la consecuencia de un comportamiento del sujeto que se presente con la entidad suficiente como para contrarrestar la función de control que compete al Juez (STS 366/12, de 3 de mayo) y

b) Que si es el Juez quien se equivoca en la interpretación del derecho, el error solo será imputable a su propia acción interpretativa porque, como es sabido, el art. 1.7 del Código Civil establece el principio *iura novit curia*, conforme al cual compete al Juez averiguar el derecho aplicable, al margen de cuál haya sido el comportamiento de las partes y las interpretaciones torticeras del derecho que pretendan introducir en el procedimiento.

Pese a ello, debe declararse que la actuación desplegada por los acusados sí supuso una actuación fraudulenta, con una grado de verosimilitud suficiente como para producir un error razonable en el Juez y sin que la regulación normativa dispuesta por el legislador, y el conocimiento que de ella ha de tener el titular del órgano judicial, fueran razón para impedir la decisión judicial que se buscaba con la presentación del falso contrato de arrendamiento. La afirmación de que el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados nunca pudo suspenderse por la alegación –falsa o verdadera- de existir un contrato de arrendamiento del bien inmueble dado en garantía y que, por ello, el engaño nunca tuvo entidad jurídica como para contrarrestar la función de control que correspondía al Juez, quien debió denegar suspender el lanzamiento en todo caso, resulta incorrecta en su planteamiento más esencial. (F.J. 3º)

## **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Tipo agravado. Estafa procesal. Tentativa.**

STS 467/2016, de 31/05/2016  
RC 589/2015

Es cierto, como afirma el recurrente, que no se ha valorado la trayectoria íntegra de todo el proceso judicial, ya que la primera sentencia, nunca causó estado, en cuanto al contenido material, toda vez que tal resolución era claudicante y fue dejada sin efecto por la Audiencia provincial que no admitió el relato probatorio por entenderlo falaz, lo que se ha probado en este proceso penal, al que la sentencia revocatoria remitió.

Es cierto que las pruebas documentales, particularmente el relato del accidente y el parte consensuado de ambas partes, no fue alterado una vez aportado al proceso, pero al proceso ya se aportó después de confabularse las partes para describir un relato que no respondía a la realidad. Es decir, no se alteró desde luego la falsedad que englobaba el documento básico, que sirvió de apoyo a la condena, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Picassent.

Por otra parte precisamente al engañar al juez, que lo reputó verdadero, nos está indicado que "el engaño fue bastante" y surtió efectos, al tener virtualidad para confundir al órgano jurisdiccional que dictó una sentencia injusta, que fue la pronunciada en primer término por el Juez de instrucción. (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Estafa impropia. Doble venta. Ausencia de perjuicio.**

STS 48/2016, de 03/02/2016  
RC 1214/2015

El tribunal de instancia refiere que la conducta probada no es típica y argumenta con la teoría de los negocios jurídicos criminalizados, que poco tiene que ver con lo descrito en el relato fáctico, en la medida en que el dolo de la conducta típica del art. 251 alcanza al conocimiento de la realización de los elementos de la tipicidad y propia de ese delito, y el dolo consistente en la propia realización de una doble venta por parte de quien ha perdido las facultades de disposición porque ha vendido el objeto de su propiedad. Además refiere que no hay perjuicio en la medida en que entre el acusado y el segundo vendedor se realiza un contrato de compraventa del edificio en su totalidad, que incluye el local comercial de la primera venta, y en el que se pacta que el nuevo comprador se subroga en la posición del anterior vendedor, respetando las cantidades entregadas en la adquisición del inmueble y el contrato existente. La crisis contractual, entre los querellantes y querellado no se produce tanto por la subrogación de una parte por otra, sino por la distinta valoración de la alteración producida en la medición con la consiguiente alteración en el precio en los términos que resultan del contrato inicial entre las partes del primer contrato cuyas cláusulas son respetadas. El contrato de compraventa según agente y vendedor inicial y nuevo comprador pacta, expresamente, su observancia.

Desde la perspectiva que se declara probado, al tiempo de la realización de la segunda venta, formalmente típica del delito del art. 251.1 Cp, el vendedor y el segundo comprador, de forma expresa, afirman la existencia del contrato de compraventa realizado y la pendencia en la realización del pago, pendiente de una ulterior medición y la consiguiente alteración en el precio.

Por lo tanto, en la segunda operación de venta no se perjudicaron los derechos del primer adquirente que los ha visto respetados por el nuevo adquirente y, como habían pactado, el vendedor con los querellantes, debe culminarse la operación de venta con el importe resultante de la nueva medición. (F.J. Único)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Estafa impropia. Doble venta. Requisitos.**

STS 39/2016, de 02/02/2016  
RC 685/2015

La Sala sentenciadora calificó los hechos como un delito de estafa impropia del artículo 251.2 CP último inciso. Es decir, aquel que castiga al que habiendo enajenado una cosa mueble o inmueble como libre, "la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero."

Los requisitos que, según la jurisprudencia de esta Sala citada tanto por el Tribunal de instancia como por el recurrente, requiere tal tipo penal son: 1º. Que haya existido una primera enajenación. 2º. Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación "antes de la definitiva transmisión al adquirente", es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3º. Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el *artículo 1.473 del Código Civil*. 4º. Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

Como recuerda la STS 102/2015 de 24 de febrero no es necesaria la "traditio" a favor de los perjudicados, basta con la doble venta. El Tribunal Supremo considera que, aunque no exista la "traditio", real o ficticia, como modo de adquirir el dominio según los *arts. 609, 1.095, 1.400 y 1.462 y siguientes del Código Civil*, al concurrir un "ius ad rem" o vocación próxima al derecho real, la constitución posterior del gravamen integra el tipo delictivo. (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Estafa impropia. Ocultación de carga o gravamen.**

STS 218/2016, de 15/03/2016  
RC 1223/2015

El recurrente cuestiona en el desarrollo del motivo la existencia de un verdadero acto dispositivo. Sin embargo, el juicio histórico precisa que J.M.C., con el objeto "*...de alcanzar una conformidad penal y civil en la citada causa y siendo ello el motivo que permitió finalmente alcanzar un acuerdo (...) además de ofrecerse como fiador de la deuda de sus padres pagadera antes del día 1 de junio de 2009, se comprometía a ceder en caso -sic- en garantía del pago de la misma, antes del plazo indicado el inmueble en construcción sito en la calle del Sol número 27, 1º derecha, de Lluçmajor, propiedad de la entidad T.C.P. S.L, de la que J.M. era administrador solidario, si bien ocultó deliberadamente que dicho*

*inmueble se hallaba gravado con hipoteca a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de fecha 21 de diciembre de 2007, para responder de un préstamo de 182.520,8 euros de principal”.*

Es fácil, a la vista de ese fragmento, entender que se colmaron las exigencias del tipo previsto en el art. 251.2 del CP. De hecho, el acto dispositivo consistió precisamente en la afectación de ese inmueble a la garantía del pago de la deuda asumida por sus padres. En el vocablo “*dispusiere*” pueden integrarse actos de afectación libremente pactados y que conducen, como sucede en el presente caso, a una limitación de la plena capacidad de disposición. (F.J. 5º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Estafa. Estafa impropia. Venta de viviendas que se hipotecan o cuyo gravamen se aumenta antes de la definitiva transmisión.**

STS 393/2016, de 09/05/2016  
RC 589/2015

Pues bien, aunque la sentencia recurrida, una vez más no es un ejemplo de claridad o precisión, y es tributaria sin duda de la calificación alternativa que planeó desde que se formularon los escritos de acusación, tipificándose los hechos en la estafa impropia , donde - como apunta el Ministerio Fiscal- la existencia del engaño está contenida en el tipo de los arts. 251 .1 y 2, cuando habla de “ocultar o enajenar como libre”, sin la exigencia de otras asechanzas o ardid específico, en su fundamento de derecho segundo ,al menos dice que: “...en el caso que se examina el acusado Sr J. realiza contratos de venta de casas adosadas, como libres de cargas, o con carga hipotecaria determinada cuantitativamente, así como sin aval o seguro para devolución de lo pagado caso de incumplimiento, conociendo que no iba a cumplir las obligaciones a que se obligó, así como la imposibilidad del acceso de lo vendido al registro de la Propiedad...Por lo que los hechos habrá de ser calificados en la forma ya realizada como delito de estafa, al venderse bienes con cargas, que no fueron comunicadas a los compradores, y que no se correspondían con el precio de venta e impedía el acceso al Registro de la Propiedad ,de lo adquirido por los compradores.” (F.J. 1º)

En este aspecto, por tanto, el motivo habría de ser ya estimado, sin perjuicio de lo que diremos a continuación, dado que lo que ocurre es que, como ya vimos, los hechos probados a lo que dan lugar es a la apreciación de la estafa continuada impropia, prevista en el art. 251.2º CP, conforme a la calificación formulada por la acusación pública y al menos una de las acusaciones particulares, en tanto que, como dice el precepto y resulta del

*factum*, el acusado *gravó nuevamente la cosa inmueble de que dispuso, antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste.* (F.J. 4º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Receptación. Aplicación del art. 298 CP exige que al agente se represente como segura o altamente probable la perpetración de una infracción contra el patrimonio o el orden socioeconómico constitutivo de delito.**

STS 429/2016, de 19/05/2016  
RC 10872/2015 P

El delito de receptación en su modalidad básica exige tres requisitos:

- a) Un elemento cognoscitivo normativo, consistente en obrar con conocimiento de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico,
- b) un elemento comisivo formulado en manera alternativa y que se predica de quien ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos de ese delito o de quien reciba, adquiera u oculte tales efectos, que implica a su vez un elemento subjetivo del injusto: actuar con ánimo de lucro, y
- c) un elemento negativo, integrado por la circunstancia de que el sujeto activo no haya intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito previo.

No basta la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad o alta probabilidad de la misma.

Aunque ya hemos dicho que no es preciso un conocimiento exacto y detallado de las concretas circunstancias del delito contra el patrimonio del que proceden los objetos receptados, por razones de tipicidad la aplicación del artículo 298 exige que al agente se represente como cierta (no solo sospeche) la perpetración de una infracción contra el patrimonio o el orden socioeconómico, pero no de cualquier infracción sino precisamente de un delito. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. Robo con intimidación. Actos preparativos impunes y actos ejecutivos.**

STS 428/2016, de 19/05/2016  
RC 10531/2015 P

Esta Sala se ha pronunciado sobre la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito. Así, en la Sentencia 1479/2002, de 16 de septiembre, se declara que han de considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la

realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella (cfr. 1791/1999, de 20 de diciembre) y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor (cfr. Sentencia 1895/2000, de 11 de diciembre) y se añade que para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º. Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º. Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º. Y este es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado.

Hemos señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal...» (SSTS 1479/2002, 16 de septiembre y 227/2001, 29 de noviembre). (F.J. 2º Rº M.F.)

## **DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL. Delito contra la Hacienda Pública. Determinación de la cuota tributaria defraudada (IVA).**

STS 499/2016, de 09/06/2016  
RC 1753/2015

Y en lo que se refiere al segundo aspecto, aunque no exista vinculación alguna del Tribunal con las conclusiones alcanzadas por la Administración tributaria en cuanto a la cuota defraudada, nada impide valorarlas en contraste con el resto de los elementos sometidos a la consideración del órgano jurisdiccional, pues las razones que las sustentan no dejan de ser atendibles

por su procedencia. En este sentido, en la STS nº 31/2012, de 19 de enero, se decía que el que la Sala de instancia *haya aceptado los datos de la administración sobre las cuotas defraudadas implica que los considera acertados y asume la conclusión que aquella obtuvo sin que ello suponga dejación o abdicación de su obligación; el Tribunal sentenciador ha hecho una valoración de todas las pruebas practicadas incluidas las periciales emitidas en el acto del juicio oral, y asume el dictamen de la perito designada judicialmente que coincide y ratifica la conclusión de la Administración Tributaria y es el Tribunal el que determina que se ha cometido la defraudación que sustenta los delitos contra la Hacienda Pública apreciados en la sentencia recurrida.* Lo cual, de otro lado, no implica que sea bastante en todo caso una aceptación mecánica y acrítica del criterio de la Administración.

Finalmente, ha de señalarse que en el ámbito tributario, en relación con el IVA, tal como argumenta la Abogacía del Estado, puede ser conforme a la legalidad proceder a una inspección o examen parcial de la conducta del contribuyente, e incluso a la imposición de sanciones por infracciones relacionadas con autoliquidaciones incorrectas, sin tener en cuenta el conjunto de operaciones realizadas sino la conducta desarrollada en relación con algunas de ellas, cuando tal declaración sea obligatoria. Se trataría, en definitiva del incumplimiento de una obligación tributaria de declarar y de hacerlo correctamente. Pero en el marco penal, el delito se comete solo si la cuota defraudada en el periodo que determina la ley penal es superior a 120.000 euros, con independencia del resultado que ofrezca el cálculo de la cuota en relación con operaciones concretas del sujeto pasivo del impuesto. El artículo 305.2 del Código Penal dispone que si se trata de tributos periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. De manera que, sin perjuicio de las posibles sanciones tributarias, el delito no se comete en estos casos por la omisión de la declaración respecto de operaciones concretas, sea cual sea el importe de la cuota que correspondería a las mismas, sino por la defraudación en un importe superior a los 120.000 euros en relación con la actividad del sujeto pasivo respecto a un determinado impuesto en el periodo del año natural. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.  
Delito de inmigración ilegal del art. 318 bis y de trata de seres humanos del art. 177 bis: ámbito de cada uno de ellos tras la reforma del Código Penal por las LO 5/2010 y 1/2015.**

STS 420/2016, de 18/05/2016  
RC 10791/2015 P

La reciente STS 188/2016 se ha ocupado de poner de relieve la diferencia entre ambas conductas que se refieren al movimiento de seres humanos. Así, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal, que se refieren al modo comisivo de la forma de captación de la persona y a la concurrencia simultánea de un propósito de explotación; otra diferencia entre inmigración ilegal y trata de seres humanos consiste en que la primera tiene siempre un carácter transnacional, teniendo por objeto un extranjero ajeno a la Unión Europea, mientras la segunda puede tener o no carácter transnacional por cuanto los sujetos pasivos podrán ser ciudadanos europeos o incluso españoles; y en tercer lugar, el delito de inmigración ilegal o clandestina se basa en todo caso en la contravención de la legislación de extranjería porque tutela la política de inmigración, aunque sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo colateral, mientras que la trata de seres humanos es ajena a dicha contravención porque los elementos relevantes del tipo penal se refieren a la afectación de la libertad o consentimiento de la víctima y a la finalidad de su explotación. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.  
Tráfico ilegal de personas. Aplicación con efecto retroactivo de la nueva redacción del tipo operada por LO 1/2015 como ley más favorable.**

STS 323/2016, de 19/04/2016  
RC 1537/2015

El Fiscal plantea una cuestión no suscitada por los recurrentes, que es la de la incidencia que las sucesivas reformas legales concernientes a la materia objeto de esta causa, pudieran tener en el caso de estos y de los demás recurrentes. Así, discutiendo sobre el caótico tratamiento legislativo del asunto, pone de relieve que la ley aquí vigente, a tenor de la fecha de los hechos, es la que resulta de la tercera de las intervenciones del legislador, debida a la LO 13/2007, de 19 de noviembre. Según esta, lo dispuesto en el art. 318 bis 1 Cpenal es que la conducta consistente en promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina de personas se castigaba con una pena de cuatro a ocho años de prisión. Pero ocurre que, con posterioridad se produjeron nuevas modificaciones, por LO 5/2010, de 19 de junio y, la última, debida a la LO 1/2015, de 1 de julio, conforme a la cual la pena aplicable a actividades como la de referencia sería de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Ahora bien, argumenta el Fiscal que esta reforma no sería aplicable con carácter retroactivo por la existencia en el actual texto y en el anterior de 2010 del precepto del art. 177 bis 1, que sanciona con pena de cinco a ocho años de prisión la conducta consistente en introducir en territorio español, con engaño, a una persona en situación de vulnerabilidad, para su explotación sexual, que

debería entrar en juego en los casos a examen, de ser juzgados ahora; manteniéndose, por otra parte, en todo caso, la condena por los delitos de explotación de la prostitución.

Pero ocurre que ni este recurrente ni ninguno de los restantes fue acusado de este delito, cuando, además, se da la circunstancia de que el precepto ahora invocado ya existía en el Código Penal aplicable a tenor de la fecha de los hechos. Y, en fin, por elemental imperativo del principio acusatorio, ocurre que no basta que una determinada acción esté prevista en el Código como delito para que pueda dar lugar a la condena. Se requiere, además, pero fundamentalmente, que la conducta de que se trate haya sido recogida como tal en el escrito de acusación y calificada, precisamente, como constitutiva de esa concreta infracción. En este caso lo atribuido a los recurrentes fue la autoría de un delito de tráfico ilegal de personas, cuyo tratamiento en materia de pena ha sido objeto de una modificación esencial. Y esta nueva redacción, por favorecer claramente a los afectados, debe prevalecer, en aplicación del principio aludido, del que en casos asimilables se han hecho eco las SSTS 861/2015, 188/2016 y 178/2016.

Por todo, el motivo debe estimarse en el sentido de ajustar la pena por el delito del art. 318 bis 1 Cpenal a lo que resulta de la nueva redacción ahora en vigor. (F.J. 1º)

## **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE. Delitos contra el medio ambiente. Bien jurídico protegido.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Respecto a cuál sea el bien jurídico protegido por este tipo previsto en el artículo 325 CP la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia de esta Sala han coincidido en considerar como tal el medio ambiente y el equilibrio de los sistemas naturales como bien colectivo. En palabras de la STS 89/2013 de 11 de febrero la protección del medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo que se tutela penalmente por sí mismo, descrito en el Código como "equilibrio de los sistemas naturales" y que ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad. Ha de recordarse que el medio ambiente es uno los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse "sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado" para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección

jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando medidas administrativas con medidas penales. (F.J. 15º)

**DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.  
Delitos contra el medio ambiente. Delito de peligro.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Algunas resoluciones de esta Sala lo han considerado un delito de peligro abstracto (SSTS 1828/2002 de 25 de octubre; 45/2007 de 29 de enero o la reciente 244/2015 de 22 de abril). Otras de peligro concreto (SSTS 442/2000 de 13 de marzo o 708/2009 de 16 de junio). Sin embargo la última jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS 25 de octubre de 2002; 388/2003 de 1 de abril; 24 de junio de 2004; 27 de abril de 2007; 20 de junio de 2007; 81/2008 de 13 de febrero; 141/2008 de 8 de abril; 89/2014 de 11 de febrero; 840/2013 de 11 de noviembre o 521/2015 de 13 de octubre), un híbrido a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto en el que no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. (F.J. 17º)

**DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.  
Delitos contra el medio ambiente. Contaminación acústica; grave riesgo para la salud.**

STS 370/2016, de 28/04/2016  
RC 1906/2015

Señalados los términos en que se pronunció la sentencia y remarcadas las notables lagunas que se aprecian a la hora de excluir la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal en cuanto a la agravación por el riesgo de grave perjuicio para

la salud de la víctima, se hace preciso recoger algunas de las pautas de la jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación del tipo penal en cuestión.

Establece la **jurisprudencia** de este Tribunal en lo que atañe al delito de medio ambiente en su modalidad de **contaminación acústica**, en su sentencia 244/2015, de 22 de abril, que a su vez se remite a la sentencia 410/2013, de 13 de mayo, que el tipo penal del art. 325 del C. Penal tiene una estructura compleja, en la que, sobre la premisa de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, se produce la emisión de un vertido, en este caso, la producción de un ruido. Hay, por lo tanto, una acción infractora del ordenamiento vinculada causalmente a la producción del ruido que supera el límite de lo permitido. La tipicidad del delito exige, además, que el ruido sea valorado como gravemente perjudicial, y en su conformación hemos de acudir, se dice en la STS 152/2012, de 2 de Marzo, a criterios no sólo normativos, derivados de su acomodación a la norma que la regula, sino también de la afectación a las condiciones medioambientales y, en su caso, a las circunstancias personales del afectado por la emisión.

La STC 16/2004, de 23 de febrero, al abordar un supuesto de contaminación acústica ya advertía de que el ruido, como mal que debe ser objeto de sanción, no sólo es un factor psicopatógeno sino también una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Es por ello que la calificación penal de acto de contaminación —señala la STS 244/2015— no requiere una modificación de la salud física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones, como en el caso enjuiciado. (F.J. 5º)

## **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE. Delitos contra el medio ambiente. Vertidos. Concepto.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

En la misma línea la jurisprudencia de esta Sala ha identificado como vertido la introducción de sustancias contaminantes. Además de los vertidos directos, es decir aquellos que provocan que el elemento que contamina se introduzca o penetre sin intermediaciones en la atmósfera, el suelo o el agua, ha considerado como vertidos indirectos incluidos en el tipo previsto en el artículo 325 CP conductas que, si bien no determinaron una evacuación directa, integraron un comportamiento previo del que necesariamente habría de derivarse ese vertido. Así ha considerado aplicable el artículo 325 CP, con preferencia al 328 que castiga el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos tóxicos, a los vertidos realizados en depósitos que, por no ser suficientes o ser permeables se filtran y producen un efecto contaminante

(SSTS 215/2003 de 11 de Febrero o STS 1914/2000 de 12 de Diciembre). (F.J. 16º)

**DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.  
Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Especialidad de la norma extrapenal infringida.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Exige también el tipo la infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, es decir, la contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras del tipo de actividades de que se trate, en este caso el transporte por mar de sustancias peligrosas por su alto potencial contaminante. La peculiaridades de esta actividad, la dimensión de riesgo que proyecta, los intereses económicos supranacionales que concita, la universalidad del mar y el valor que el mismo tiene para el ecosistema, entre otros factores, hacen que la normativa en cuestión no sea solo nacional, sino que jueguen un papel determinante los distintos tratados internacionales suscritos por España que tienen en nuestro sistema de fuentes del derecho fuerza de ley (artículos 96 CE y 1.5 CC). (F.J. 24º)

**DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.  
Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Concurrencia de peligro grave para el bien jurídico.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Por último en el aspecto objetivo exige el tipo previsto en el artículo 325 CP la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, es decir, para el medio ambiente y el equilibrio de los recursos naturales. El mero hecho de transportar 76.972 toneladas métricas de fueloil pesado genera un riesgo para el mar y todo el medio marino. Si además, como en este caso, se acomete el transporte con un buque de unos 26 años de antigüedad y en un deficiente estado de conservación; sobrecalado, con un sistema de remolque anticuado, asumiendo una navegación que la sentencia recurrida calificó de arriesgada, por aguas que no son tranquilas y en unas condiciones meteorológicas adversas, es evidente que ese riesgo no solo existió, sino que por su entidad fue algo más que grave.

No solo se creó ese riesgo “grave”, sino que éste se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos a consecuencia del intenso y extenso vertido de combustible que propició la abertura que se

produjo en el casco de estribor del barco, por la que salieron unas 63.000 toneladas del fuel que se trasportaba.

(...) Riesgo y resultado no son conceptos equivalentes. El primero exige una valoración ex ante, que en este caso, como adelantamos al comienzo de este fundamento, permitió consolidar un pronóstico respecto a su existencia y entidad. Pronóstico que se confirmó una vez el riesgo se concretó.

Los estremecedores resultados expuestos constatan que no sólo existió el riesgo de deterioro grave que requiere el artículo 325 del CP, sino que, en atención a la cantidad de fueloil que el Prestige trasportaba, también fue previsible el de una auténtica catástrofe que reconduce a la aplicación del tipo agravado del artículo 326 e) del CP según redacción vigente a la fecha de los hechos. (F.J. 24º)

## **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE. Delitos contra el medio ambiente. Vertidos en el mar. Concurrencia de delito imprudente.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

El acusado A. I. M. incrementó con su actuación el riesgo permitido en su actividad como capitán del buque Prestige, y no neutralizó los que otros contribuyeron a crear. Todo ello con la consiguiente infracción del deber objetivo de cuidado que le incumbía.

Asumió una travesía en un momento en que lo previsible, cuando no seguro, en atención a la zona por la que había de navegar y la época del año en la que lo hacía, es que hubiera de enfrentarse a condiciones meteorológicas adversas.

Lo hizo con un barco que, aun prescindiendo de su estado estructural, estaba envejecido y con deficiencias operativas que conocía perfectamente: había de navegar en manual porque el piloto automático no funcionaba; con las calderas sin serpentines que permitieran calentar la carga con la intensidad necesaria para facilitar el eventual trasvase de la misma; con un remolque que en situaciones adversas era difícil de accionar pues requería de al menos cuatro hombres para moverlo y vapor de agua, lo que lo inutilizaba en el caso de colapso de la maquinaria.

A ello se suma un elemento claramente infractor de la norma de cuidado. Iniciada la marcha desde el Puerto de San Petersburgo, completó el cargamento en el puerto estonio de Ventpils, donde permitió que fuera sobrecargado con un exceso de más de 2000 toneladas de fueloil, que provocó el consiguiente sobrecalado. Esto no sólo implicó un flagrante incumplimiento de la normativa sobre las líneas de carga, sino un evidente incremento del riesgo en relación a una navegación de la que como capitán era responsable y

que, en atención al material altamente contaminante que trasportaba, exigía más rigurosas medidas de seguridad.

Se colocó en una situación en la que no podía garantizar la seguridad del barco ante un fuerte contratiempo, como fue ese fallo estructural que determinó el colapso de la maquinaria y la fractura del casco. Avería que, fuera cual fuese su causa, no se puede considerar improbable, sobre todo en un barco de esa antigüedad. No contradice este extremo que la sociedad de clasificación ABS hubiese certificado la idoneidad del Prestige para la navegación. No era esta una cuestión incontrovertida, pues dos sociedades energéticas, la española Repsol y la británica BP habían desaconsejado su uso.

Y en esa situación, cuando el fallo estructural reventó el casco, el acusado para salvar la fuerte escora que abocaba al hundimiento adrizó el buque, permitiendo la entrada de agua de mar en los tanques. Se ha dicho que fue una maniobra propia de un marino competente y avezado. Precisamente por eso no pudo desconocer que a razón del incremento de peso que la misma implicaba, iba a ser decisiva para acabar de minar la capacidad de resistencia del barco y para dificultar al máximo su rescate.

Es cierto que esta última maniobra la acometió cuando el vertido ya se había iniciado, pero fue decisiva de cara a impedir que el mismo fuera controlado hasta que finalmente el buque se fracturó.

Por último su comportamiento elusivo a la hora de desatender las órdenes de la Autoridad Marítima Española, también contribuyó a incrementar el riesgo del vertido. El barco sin gobierno derivaba hacia la costa y cualquier demora en su control incrementaba las posibilidades de contaminación.

El acusado A. I. M. asumió no solo una navegación arriesgada, como la calificó la Sala sentenciadora. Sino que creó un grave riesgo, sobre todo en relación con el carácter altamente contaminante de la sustancia que trasportaba. Un riesgo que excedió el permitido y se colocó como capitán del Prestige en una situación que le impidió controlarlo en momentos críticos. De esta manera el barco continuó arrojando fueloil al mar hasta que transcurridos unos días se partió.

Incumplió en consecuencia el deber objetivo de cuidado que le incumbía al generar riesgos no permitidos y no neutralizar los provocados por otros. Y también el subjetivo, pues como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió.

Contribuyó a agravar las consecuencias del vertido provocado en primera instancia por el fallo estructural del barco, en cuanto que dificultó las posibilidades de rescate del buque, y propició su acercamiento hacia la costa mientras derramaba fueloil de manera intensa, lo que incrementó el peligro que el potencial contaminante de éste suponía para el equilibrio del ecosistema.

El comportamiento del acusado fue mixto de acción en algunos aspectos y de omisión en otros, respecto a los que incumplió con el deber de garante que le incumbía ex artículo 11 del CP en relación con el transporte por mar de sustancias peligrosas que dirigía, y que le obligaba a neutralizar los riesgos que

el mismo pudiera entrañar. Con unos y otros contribuyó a agravar el resultado del vertido contaminante e incrementó la posibilidad de causar un perjuicio grave para el equilibrio del ecosistema, peligro que se concretó en los catastróficos resultados producidos.

Cierto es que su comportamiento no fue el único relevante de cara a la producción del vertido y sus posibilidades de control. Hubo otras aportaciones por parte de quienes tenían la obligación de mantener el barco en condiciones idóneas de navegación y de controlar las mismas, que no han sido acusados en este procedimiento, lo que no interfiere la imputación del resultado que se realiza, en cuanto que fueron anteriores y sobre el riesgo generado por ellas operó el comportamiento del acusado en las condiciones ya expuestas.

La doctrina de esta Sala (entre otras STS 755/2008 de 26 de noviembre) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento. En este sentido, como dijo la STS 940/2004 de 22 de julio la acción incriminada el tipo del art. 325 CP no se convierte en socialmente adecuada sólo porque otros ya han producido el resultado. También es punible la acción peligrosa que tiene aptitud, consiguientemente, para aumentar el daño ecológico existente. Y en este caso la del acusado A. M. la tuvo. (F.J. 33º)

**DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. La indicación del lugar donde se puede adquirir droga sin connivencia con el vendedor no es punible.**

STS 402/2016, de 11/05/2016  
RC 1735/2015

La complicidad en el delito contra la salud pública por la que se ha condenado al recurrente supone un auxilio secundario a los autores, en este caso los vendedores. Ello exige un concierto, una confluencia de voluntades, aunque sea tácita y no pactada. La ayuda exclusiva al consumidor con actuaciones tan poco decisivas y determinantes como la aquí contemplada por sí sola carece de entidad para integrar la conducta de favorecimiento del consumo ilegal del tráfico de drogas (art. 368 CP): el transporte para adquirir droga, la indicación de dónde se ha adquirido reclamada por otro consumidor, la información desinteresada a requerimiento de un comprador-consumidor

del lugar donde puede obtenerse, no son acciones constitutivas de delito. (F.J. 2º)

**DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. La participación en un solo transporte aportando actos ejecutivos para contribuir a su éxito es constitutivo de coautoría, pero insuficiente para colmar las exigencias típicas del art. 570 ter CP.**

STS 523/2016, de 16/06/2016  
RC 1691/2015

En la legislación española, la distinción entre el grupo y la codelincuencia es clara: el grupo más o menos vertebrado tiene por finalidad la comisión de delitos y por tanto una cierta estabilidad, y la codelincuencia tiene por fin la comisión de un delito.

En el caso enjuiciado, la descripción fáctica solamente atribuye a G. la participación a título de coautoría de un solo delito contra la salud pública, el constituido por el transporte de una importante cantidad de cocaína desde la República Dominicana hasta España. Por consiguiente, procede estimar este motivo y absolver a este recurrente del delito de grupo criminal, manteniendo, sin embargo, su condena por un delito contra la salud pública.

Y ocurre que, suprimido tal delito para G. y absuelto R., únicamente nos quedan R. y su mujer Z., y sucede que tanto la Convención de Palermo como el art. 570 ter, exigen para la existencia de grupo criminal, de manera inexorable, la unión de más de dos personas, que ahora tampoco se daría, por lo que también este motivo debe ser estimado para los recurrentes.

Así, entre otras muchas resoluciones, las SSTS 309/2013 de 1 de abril, o la 454/2015, de 10 de julio, destacan como elemento diferenciador entre codelincuencia y grupo criminal, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, donde habría que apreciar meramente codelincuencia, al margen de la concurrencia de las otras características del tipo de grupo criminal. (F.J. 3º)

**DELITOS DE FALSEDAD. Falsedad documental. Concepto de documento mercantil.**

STS 358/2016, de 26/04/2016  
RC 1322/2015

Sobre el concepto de documento mercantil se han pronunciado sentencias de esta Sala, así en la Sentencia 135/2015, de 17 de febrero, se declara que es conocida la inexistencia de un concepto legal de documento

mercantil lo que ha suplido la jurisprudencia con un análisis casuístico y en ese sentido la Sentencia 111/2009 de 10 de febrero, con cita en la Sentencia 900/2006, de 22 de setiembre, señala que "son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades" . (F.J. 8º)

### **DELITOS DE FALSEDAD. Falsedad documental. Concurso de normas. Falsedad y estafa procesal.**

STS 418/2016, de 18/05/2016  
RC 2072/2015

Puesto que la estafa procesal de los arts. 248, 249 y 250, 7º Cpenal se comete con la manipulación de las pruebas en las que la parte pretendió fundar sus alegaciones, es claro que, a tenor de las circunstancias de la conducta a examen, se da un solapamiento o superposición de dos tipicidades delictivas en relación con ella, la del delito de falsedad y la del de estafa; con lo que concurre, en efecto, la hipótesis del concurso de normas, a resolver como postula el Fiscal, en el sentido del art. 8, 4ª Cpenal, penando por la infracción más grave, aquí la constituida por la falsedad. (F.J. 2º RC L.M.S.L.)

### **DELITOS DE FALSEDAD. Falsedad documental. Falsedad en documento oficial por destino o incorporación.**

STS 188/2016, de 04/03/2016  
RC 1131/2015

Para aplicar la doctrina de la calificación del documento falsificado como documento oficial por destino o incorporación a un expediente administrativo público, es necesario que se cumplan dos condiciones diferentes:

1º) En primer lugar que el particular cometa alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1º del art. 390, pues si es una falsedad del número cuarto (faltar a la verdad en la narración de los hechos), se considera una conducta de mera falsedad ideológica por que no puede sancionarse al particular.

En el apartado 2º del art. 390.1 resulta razonable incardinar aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere 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.

2º) Que la confección del documento privado simulado tenga como única razón de ser la de su inmediata incorporación a un expediente público, y por tanto la de producir efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico, que puede calificarse de falsedad mediata en documento oficial, pues al funcionario competente se le ha engañado con un documento falso para que altere un registro o expediente oficial. (F.J. 9º)

**DELITOS DE FALSEDAD. Falsedad documental. Falsedad en documento privado. El documento privado falso inicial, en cuanto se transforma en otro falso pero oficial, da lugar a una unidad delictiva en progresión.**

STS 120/2016, de 22/02/2016  
RC 556/2015

Cuando el documento nace o se hace con el único y exclusivo fin de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas, debe merecer la conceptualización de documento *oficial*.

La creación del documento privado con la única finalidad de obtener el empadronamiento en una localidad, constituye una unidad delictiva en progresión, de manera que la pena del delito de falsedad en documento oficial contempla y abarca toda la conducta delictiva, absorbiendo la anterior. Por ello debe ser condenado el acusado por un único delito de falsedad en documento oficial, dejándose sin efecto la condena por el delito de falsedad en documento privado. (F.J. 2º)

**DELITOS DE FALSEDAD. Presentación en juicio de documento privado falso: cabe el concurso de delitos con la previa apropiación indebida que se pretende ocultar.**

STS 122/2016, de 22/02/2016  
RC 929/2015

La acusada para ocultar la conducta apropiativa presentó en el proceso civil dirigido contra ella un recibo que había confeccionado valiéndose de una firma en blanco de su marido en el que mendazmente consignó que le había entregado al mismo una cantidad en metálico.

La apropiación indebida previa puede absorber la posterior estafa procesal (art. 250.1.7ª) tipo que en su actual morfología no es aquí valorable pues son hechos anteriores a la entrada en vigor de esa norma (antes la estafa procesal exigía ser demandante). Ahora bien, no puede legitimar un acto que supone un incremento del desvalor como es la presentación de un documento falso en un proceso judicial. En éste un delito pluriofensivo como demuestra la duplicidad de tipicidades que existía en la redacción originaria del CP 1995 (antiguo art. 461.2 CP que desapareció precisamente porque había dos tipos idénticos en dos títulos distintos del Código). El plus de antijuricidad no queda embebido por la apropiación indebida previa. La aportación de un documento falso a un proceso jurisdiccional comporta un desvalor (lesión del bien jurídico Administración de Justicia) que no queda cubierto por la previa conducta apropiatoria. Merece una respuesta penal separada. Como la merecería que en ese proceso posterior hubiese presentado testigos falsos. (F.J. 7º)

### **DELITOS DE FALSEDAD. Falsificación de certificados. Ámbito y contenido antes y con posterioridad a la reforma operada por LO 7/2012.**

STS 237/2016, de 29/03/2016  
RC 863/2015

En conclusión en relación a la falsificación de certificados, hemos de distinguir dos etapas:

a) Con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2012, en la que cualquier clase de falsificación de certificados, incluidos los relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, efectuada por particular, serán castigados con la pena prevista en los artículos concernidos, es decir, multa de tres a seis meses.

b) Tras la vigencia de la L.O. 7/2012, la falsificación de certificaciones de la Seguridad Social o Hacienda Pública debe ser sancionada cuando sea cometida por particular como constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial, y por tanto con aplicación de los arts. 390.1-2º en relación con el art. 392 Cpenal que prevé penas más graves y proporcionadas a la gravedad y trascendencia de tales falsificaciones. En concreto el art. 392 prevé las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses.

Como recuerda la STS de 27 de Diciembre de 2010, certificar, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial. En definitiva el certificado garantiza la autenticidad de una cosa por la que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que se refleja en el certificado.

Por ello, dada la trascendencia de los certificados, el actual art. 398 Cpenal solo reserva la penalidad privilegiada para aquellos certificados de escasa trascendencia y relevancia como se dice en el artículo.

Obviamente dentro de los certificados de "escasa trascendencia" no pueden incluirse los certificados de Hacienda o de la Seguridad Social, solo que

en el presente caso, al tratarse de una modificación --la de la L.O. 7/2012-- posterior y más perjudicial para el recurrente, no le puede ser aplicada. (F.J. 6º)

**DELITOS DE FALSEDAD. Falsificación de moneda. Posesión con conocimiento de la falsedad y con la finalidad de ponerla en circulación (redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015).**

STS 293/2016, de 08/04/2016  
RC 1916/2015

Aún se preveía como cuarta hipótesis la **adquisición** con el **fin** de ponerla en circulación que se penaba si la adquisición era "**a sabiendas**" de la falsedad (último inciso del párrafo segundo). Se trataba de una hipótesis intermedia entre, por un lado, la actuación de los integrantes de la cadena de colaboradores que iba desde el alterador hasta el mero transportador, en la que el último eslabón exigía acuerdo con los precedentes, y, por otro lado, el mero poseedor de buena fe. Y también era una hipótesis típica diferente de la mera tenencia. Los verbos tener y adquirir se refieren a momentos diferentes en el tiempo.

En esta situación lo relevante no era pues *de quien* se adquiere, ni siquiera que exista una *connivencia* con otro sujeto al tiempo de adquirirla, que sea uno de los autores de los tipos previos al que nos ocupa, dentro del mismo precepto. Esa relación es un factor que, de existir, incide en la individualización de la pena, pero que no hace nacer la tipicidad.

Lo relevante en esa redacción era que, desde que entró en la tenencia, el sujeto, en lo subjetivo, fuera, por un lado, **consciente** de la falsedad, y, por otro, que llevase a cabo la adquisición precisamente con la **finalidad** de poner la moneda falsa en circulación.

Así pues la garantía de presunción de inocencia habría de reconducirse a los datos fácticos de la adquisición referidos a ese componente subjetivo de la finalidad de tal acto.

Esta última hipótesis (inciso final del párrafo segundo del artículo 386) se suprime en la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 1/2015. Al tiempo se añade --en el párrafo segundo del nuevo apartado 2 del artículo 386-- a la modalidad típica de la tenencia la **recepción u obtención** en todo caso **ordenada** a la expedición o distribución --objetivos que hacían típica la tenencia-- o **a la puesta en circulación**, que era el objetivo determinante de la tipicidad caracterizada por la adquisición, que, dada esa preordenación, ha de seguir siendo consciente de la falsedad. Pero ya tampoco cabe exigir la connivencia con los integrantes de la cadena que va de la creación al transporte de la moneda falsa, solamente relevante, de existir, para determinar el grado de la pena. Hasta el punto de que tal connivencia ha sido expulsada del tipo penal imputable a los meros transportadores, expendedores o distribuidores (nuevo tipo del nº 3º del apartado 1 del artículo 386 revisado). (F.J. 1º)

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Cohecho pasivo continuado. Art. 420 CP (texto anterior a la LO 5/2010).**

STS 185/2016, de 04/03/2016  
RC 611/2015

Sostiene el Ministerio Fiscal que debió haberse aplicado tal delito en su versión agravada de recepción de dádiva o promesa para la ejecución de un acto injusto que se lleva a cabo.

Como referente a tener en cuenta hay que referirse a que la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga "*Caso Malaya*" se condenó a 15 personas como autores del delito de cohecho pasivo en la modalidad de acto no ejecutado.

El recurrente, percibió dádivas --gratificaciones-- de J., en su consideración de Concejal del Ayuntamiento de Marbella, aun estando en la oposición del Ayuntamiento, con la finalidad de poder asegurar con su voto la vía libre a los proyectos urbanísticos de J., y ello se consiguió en realidad y en esta situación el recurrente era una persona más, junto con los otros Concejales que ya han sido condenados por tal delito, y que se encontraba en idéntica situación, y por lo tanto, idéntica debe ser su responsabilidad.

El delito de cohecho por acto injusto será de actividad o de resultado según no llegue a ejecutarse o se ejecute la contraprestación por parte del funcionario. Luego si se consigna como hecho probado por la Audiencia que "*los actos administrativos irregulares existieron por parte de los concejales procesados y a cambio percibieron las dádivas reflejadas en los archivos Maras*", lo que se está describiendo es un delito de resultado y lo que es más importante una condicionalidad mutua prestación/contraprestación que tenía efecto. A este respecto es indiferente que se trate de una prestación de futuro o se vincule al pago de una contraprestación ya realizada, sin que ello suponga el tipo de cohecho de recompensa o subsiguiente, porque a diferencia de este último en el presente caso el medio comisivo supone ya originariamente la determinación de la contraprestación subsiguiente. Se crea la predisposición del cohechado a actuar en favor de los intereses del cohechante y se decide o resuelve conforme a ello. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Delito de aceptación de nombramiento ilegal.**

STS 148/2016, de 25/02/2016  
RC 856/2015

El art. 406 CP castiga a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

Es un tipo construido en clara dependencia del art. 405, sin cuyo complemento no puede entenderse. El art. 405 CP castiga a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello.

Se habla de delito bilateral en cuanto exige dos personas: alguien que propone el nombramiento ilegal; otro que lo acepta. La conducta del art. 406 es subsiguiente a la del 405. La introducción del art. 406 en el CP 1995 se dirigía a cubrir zonas de impunidad, extendiendo la sanción penal al *beneficiado* por el nombramiento ilegal.

No es necesario que se aprecie dolo (tipo subjetivo) en quien llevó a cabo el nombramiento contrario a la ley. Sí será necesario que concurra esa conciencia de la ilegalidad en el autor del delito del art. 406.

Se activa el reproche del art. 406 CP aunque la autoridad o funcionario público que propone, nombra o da posesión para el ejercicio del cargo no merezca reproche por el injusto contemplado en el art. 405 por ignorar que faltan los requisitos legales. La remisión que se hace al 405 se constriñe al carácter objetivamente ilegal de la propuesta, nombramiento o toma de posesión que el aceptante debe, desde luego, conocer tal y como se exige en el último inciso de este art. 406. (F.J. 1º)

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exacciones ilegales. Bien jurídico protegido.**

STS 255/2016, de 31/03/2016  
RC 867/2015

El tipo descrito en el art. 437 concurre también cuando el funcionario o autoridad exige el pago al ciudadano afectado de cantidades indebidas o excesivas para ingresarlas en la administración, sin ánimo de beneficio patrimonial propio, o con ánimo lucrativo de terceros, como destaca la generalidad de la doctrina. Y ello porque el bien jurídico protegido en el art. 437 no es únicamente el buen funcionamiento de la administración pública, sino que también tutela de manera mediata el patrimonio de los administrados y su derecho a que la administración no le exija en ningún caso el pago de derechos a los que no esté obligado. Con independencia de que la exigencia se realice para el ingreso de los fondos en la propia administración, o para destinarlos, como sucede en el caso actual, al pago de sobresueldos a quienes debían prestar un servicio que beneficiaba a los propios afectados. **Porque lo relevante en este delito no es evitar el enriquecimiento injusto de los autores, sino evitar el abuso que los funcionarios o autoridades pueden**

**realizar de su posición exigiendo a los ciudadanos el pago de cantidades que, simplemente, no se hayan establecido a través de un procedimiento legal. (F.J. 6º)**

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exacciones ilegales. Distinción del ámbito penal y el administrativo.**

STS 255/2016, de 31/03/2016  
RC 867/2015

Tampoco corresponde al Tribunal penal determinar cuál debería haber sido el procedimiento administrativo más adecuado para establecer unas tasas por la instalación de chiringuitos en el puerto de Cudillero, bien mediante Ordenanza, Acuerdo Plenario o Decreto de la Alcaldía, porque en realidad no se siguió ninguno. Esta determinación sería una cuestión competencia de los Tribunales contencioso administrativos, que desarrollan una importantísima labor en el sometimiento de la administración al Derecho. Lo relevante es que cuando se sigue un procedimiento administrativo ordenado para el establecimiento de unas determinadas tasas, y se dicta la resolución procedente, ésta es pública, transparente y de aplicación general, pudiendo ser recurrida y siendo entonces competencia de la Jurisdicción Contenciosa determinar su conformidad a Derecho.

Pero lo determinante en el caso actual es que, con independencia de que la intención última del Alcalde no fuese apropiarse de cantidad alguna, e incluso pretendiese actuar en beneficio del interés general imponiendo el pago de cantidades destinadas a abonar sobresueldos a los agentes municipales para sufragar el servicio de vigilancia nocturna de los propios chiringuitos, lo que el Derecho Penal no admite es que los ciudadanos administrados queden sometidos a la arbitrariedad de verse obligados a abonar cantidades que se han establecido de forma totalmente caprichosa por el Alcalde, sin sumisión a procedimiento alguno, por su mera y exclusiva voluntad, y sin siquiera dictar una resolución administrativa que se pudiese cuestionar o recurrir. (F.J. 6º)

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exacciones ilegales. Objeto material. Conducta típica. Elemento subjetivo.**

STS 255/2016, de 31/03/2016  
RC 867/2015

La nueva redacción del art. 437 en el CP 95, unida a la derogación del antiguo art. 202, que sancionaba la exigencia del pago de impuestos no autorizados, permite interpretar el art. 437 como una modalidad del delito histórico de concusión, que castigaba a las autoridades y funcionarios que

utilizasen su condición para exigir a los ciudadanos el pago de toda clase de cantidades a las que no estuviesen obligados. En consecuencia, a través de la amplitud del término “derechos”, y de la referencia a los aranceles y minutas, ha de estimarse que en el tipo actual se sancionan tanto la exigencia dolosa de tasas o impuestos ilegales, como de las cantidades que determinados funcionarios perciben por sus servicios, siempre que sean indebidas o excesivas. (F.J. 4º)

La acción típica del delito prevenido en el art. 437 consiste en exigir, directa o indirectamente, los derechos, aranceles o minutas indebidos o excesivos. Consiste en una conducta activa, la exacción o exigencia, que se caracteriza por una iniciativa o acción positiva de la autoridad o funcionario. Los supuestos de ofrecimientos por parte de los particulares deben remitirse al delito de cohecho.

Esta conducta típica admite dos modalidades, que abarcan tanto los supuestos en que la exigencia se basa en el engaño (se exige una cantidad haciendo creer al ciudadano perjudicado que está obligado a abonarla), como en la coerción (se exige el abono de una cantidad indebida o excesiva como requisito para obtener un servicio), siendo esta última modalidad la que concurre en el caso actual, ya que el Alcalde condicionó el informe favorable para la instalación de los chiringuitos al abono de la cantidad que el mismo estableció verbalmente por su exclusiva voluntad, de forma totalmente arbitraria. Limitar el contenido del tipo exclusivamente a las modalidades defraudatorias, fundadas en una falsa apariencia de legalidad y excluir las coercitivas, constituye una interpretación que carece de apoyo legal (el verbo exigir incluye claramente la coerción o abuso de autoridad), es contraria a los antecedentes históricos del tipo (art. 470 CP 1822, art. 317 CP 1848, art. 326 CP 1850, arts. 225 III CP 1870 y 1932 y art. 202 III CP 1944, que incluyen el apremio o coerción) y puede determinar una injustificada impunidad en caso de exacciones arbitrarias no cubiertas por los supuestos de cohecho pasivo. (F.J. 5º)

Desde el punto de vista del elemento subjetivo es claro que se trata de un delito doloso, pero el tipo no exige expresamente el ánimo de lucro. Puede concurrir este ánimo, especialmente en los casos de funcionarios que cobren por arancel y soliciten cantidades superiores a las debidas, pero ordinariamente los supuestos de exigencia por las autoridades o funcionarios de cantidades indebidas con ánimo de lucro deben reconducirse al delito de cohecho (solicitud de dádivas, arts. 420 CP y concordantes), o a la estafa del art. 438 CP, sancionados ambos con mayor gravedad. (F.J. 6º)

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exacciones ilegales. Prescripción.**

STS 255/2016, de 31/03/2016  
RC 867/2015

En segundo lugar, porque no puede estimarse correcto que la afirmación, técnicamente acertada, de que el delito de exacciones ilegales se consuma por la mera exigencia, como delito de mera actividad, signifique que esa exigencia determine el “dies a quo” para el inicio de la prescripción cuando el delito produzca un resultado ulterior porque el particular realice efectivamente los pagos exigidos. En efecto dichos pagos son consecuencia directa de la exigencia, pues no se realizan voluntariamente, por lo que la conducta inicial del agente, no obstante haberse consumado en un momento concreto, ha creado un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de manera que el delito sigue cometiéndose mientras no se ponga fin a la exigencia de pago por el agente, por lo que el “dies a quo”, o inicio del cómputo de la prescripción, debe venir determinado por la realización del último pago.

Es cierto que el delito permanente no aparece definido en el Código Penal, a diferencia de otras figuras como el delito continuado o el concurso de delitos. Pero en nuestro derecho penal se entiende por delito permanente una forma delictiva caracterizada porque la conducta del agente, no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo. En este sentido el delito de exacciones ilegales, cuando genera como resultado el pago de dichas exacciones, no es un delito instantáneo porque la ofensa al bien jurídico no cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica, sino permanente, en la medida en que la exigencia de pago de cantidades indebidas perdura en el tiempo mientras éstas se siguen pagando, es decir que la ofensa al bien jurídico protegido se mantiene en tanto en cuanto el propio agente no decida voluntariamente hacerla cesar, de modo que todos los momentos de su duración se imputan como consumación de la acción delictiva. En consecuencia, el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que se elimina la situación ilícita (art. 132 CP), es decir hasta que se realiza el último pago, en el caso actual a finales de agosto de 2008. (F.J. 7º)

Ya hemos señalado que los recurrentes no actuaron con ánimo de lucro propio, y no se beneficiaron de las cantidades ilegalmente exigidas, por lo que su delito es un delito menor. Pero aun cuando actuasen con la finalidad de procurar un sobresueldo a los agentes municipales, y al mismo tiempo cubrir la vigilancia nocturna de los chiringuitos, es decir con la intención de financiar un servicio municipal que consideraban necesario, lo cierto es que recurrieron a un procedimiento manifiestamente ilegal, generando un cúmulo de irregularidades en la percepción y gestión de los fondos, absolutamente impropio de una Administración Pública en un Estado de Derecho. Y, lo que es más grave, olvidaron que el Ordenamiento Jurídico no permite a las

autoridades y funcionarios exigir arbitrariamente a los ciudadanos el pago de cantidades indebidas o excesivas, lo que constituye un abuso manifiesto sancionado penalmente para proteger el patrimonio ciudadano de los excesos de la Administración. (F.J. 10º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exacciones ilegales. Sujeto activo.**

STS 255/2016, de 31/03/2016  
RC 867/2015

El art. 437 CP establece que la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

El sujeto activo del delito es cualquier Autoridad o funcionario, condición que evidentemente cumplía el Alcalde sancionado. Es cierto que un sector doctrinal sostiene un criterio restringido del sujeto activo conforme al cual solo podrán ser autores de este delito los funcionarios que perciben sus emolumentos por arancel. Pero esta interpretación tiene su fundamento en la redacción del precepto anterior al CP 95 (art. 402 1º CP derogado), y en la jurisprudencia que la aplicaba (STS 3 de julio de 1991, por ejemplo), que se refería como autores del delito a los funcionarios que exigiesen mayores derechos que aquellos "*que le estuvieran señalados por razón de su cargo*". Desaparecida esta expresión se produce un cambio sustancial, en el sentido de que el tipo no establece limitación alguna en las autoridades o funcionarios que pueden ser autores de este delito, siempre que concurren los demás elementos del mismo, y en consecuencia la restricción sostenida por la antigua jurisprudencia ha perdido su base legal. (F.J. 3º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Fraude. Elementos del tipo.**

STS 185/2016, de 04/03/2016  
RC 611/2015

En relación al delito de fraude sobre la operación "Vente Vacío" se dice que ya habría sido firmada por el Alcalde y que no era necesaria la firma de los Concejales, cuestión ya alegada y rechazada.

Simplemente reiteramos que el Tribunal de instancia, acertadamente, considera que en los hechos declarados probados concurren todos y cada uno de los elementos estructurales del delito de fraude imputado.

- 1) La condición de funcionario público.
- 2) La existencia de contratación pública, como acto propio, dentro de las funciones encomendadas al Pleno o Comisión de gobierno del Ayuntamiento para su aprobación, como es el convenio de permuta de Vente Vacío.
- 3) La existencia de concierto con los defraudadores.
- 4) La existencia de artificio defraudatorio, que urden los interesados para lograr un beneficio económico a costa del Ayuntamiento.
- 5) La relativa necesidad y urgencia de un nuevo vertedero en Marbella, que fue la excusa para la realización del convenio de permuta en perjuicio del Ayuntamiento, y
- 6) El desequilibrio económico de los bienes permutados, con una sobrevaloración de la finca transmitida al Ayuntamiento cifrada en más de 1.385.995,22 euros. (F.J. 10º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Malversación de caudales públicos. Elementos.**

STS 358/2016, de 26/04/2016  
RC 1322/2015

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 797/2015, de 24 de noviembre y 1051/2013, de 26 de septiembre, que el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS310/2003, de 7 de marzo). (F.J. 5º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Omisión del deber de perseguir delitos. Concurso entre el delito de omisión del deber de perseguir delitos y encubrimiento.**

STS 542/2016, de 20/06/2016

RC 4/2016

En relación al delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal se trata de un delito de omisión pura en el que el sujeto activo (autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de los delitos y sus responsables) debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito. Se añade que la porción del injusto abarcada por este precepto no puede obtenerse sin la referencia interpretativa que ofrece el vocablo "noticia" para aludir a aquellos delitos que no son intencionadamente objeto de persecución y que se castiga no es -no puede serlo por razones ligadas al concepto mismo de proceso- la no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la *notitia criminis* de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal.

El delito de infidelidad en la custodia de documentos está en íntima vinculación con un delito de encubrimiento del artículo 451. 3 b) del Código Penal y que su relación daría lugar a la aplicación de un concurso de normas conforme al artículo 8. 3 del Código Penal según el cual *"El precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel."* Y opta por entender el delito de omisión del deber de Impedir determinados delitos debe quedar comprendido en el delito de encubrimiento ya que *"siendo este último además cometido por autoridad, jefe de la policía local, encargado por su oficio de la persecución de los delitos y de sus responsables, de ninguna manera podría cometerse el delito de encubrimiento sino incurriendo a la vez en la no persecución de los culpables, al ser impensable aquél delito más grave sin concurrir a la vez el de mayor gravedad.."* (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Prevaricación y tráfico de influencias.**

STS 125/2016, de 22/02/2016  
RC 875/2015

Los elementos constitutivos del delito del art. 428 Cpenal, son: a) que el autor sea autoridad o funcionario; b) que el sujeto actúe con el propósito de conseguir, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero; y c) que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad.

Pues bien, siendo así, no cabe duda de que esta triple exigencia, presente en las calificaciones definitivas de ambas acusaciones, resulta trasladada fielmente a los hechos probados de la resolución impugnada. En efecto, pues Fernández, a su condición de parlamentario del mismo partido de la alcaldesa

de Montcada, unía la de una posición jerárquica dentro de esta formación, de la que era “número dos” en Cataluña. Consta, además, por sus propias manifestaciones la disposición a hacer uso de este estatus privilegiado para hacer cambiar de criterio a la segunda en lo relativo a un nombramiento reglado. Es patente asimismo que lo hizo, a tenor de sus manifestaciones y porque tal efecto, claramente, se produjo. Y, en fin, esa intervención estaba destinada a favorecer, con un nombramiento dotado de contenido económico, a una persona políticamente afín. (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Prevaricación administrativa. Elementos.**

STS 358/2016, de 26/04/2016  
RC 1322/2015

Pues bien, el caso actual, dados los hechos que se declaran probados, concurren los requisitos expuestos y constituye un ejemplo paradigmático en el que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando a los intereses generales de la Administración Pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. Constituye, en consecuencia, un caso claro de arbitrariedad, en el sentido de acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

En cuanto al elemento subjetivo “a sabiendas” que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno. (F.J. 4º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Prevaricación administrativa. Participación de *extraneus*. Inductor.**

STS 358/2016, de 26/04/2016  
RC 1322/2015

También se rechaza la comisión del delito de prevaricación esgrimiendo como argumento que carece de la condición de funcionario o autoridad. Sobre este extremo tiene establecido esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (*extraneus*) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (*intraneus*) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario ( SSTS 501/2000, de 21-3 ; 76/2002, de 25-1 ; 627/2006, de 8-6 ; 222/2010, de 4-3 ; 303/2013, de 26-3; y 773/2014, de 28 de octubre ). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso,

ya que el ahora recurrente ha sido condenado como inductor de dos delitos continuados de prevaricación respecto a resoluciones arbitrarias dictadas por quienes si eran funcionarios públicos.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 787/2013, de 23 de octubre, que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante, referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada.

Y en los hechos que se declaran probados queda perfectamente descrito que fue el ahora recurrente, por su ascendencia sobre los otros acusados, quien determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación del ahora recurrente. (F.J. 4º)

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Simulación de delito. Elementos del tipo.**

STS 162/2016, de 02/03/2016  
RC 703/2015

Esta Sala ha recordado que los elementos que configuran este delito son: a) la acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación; b) que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal, teniendo en cuenta que, en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales; c) el tipo subjetivo, que se integra con el conocimiento de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa (SSTS 252/2008, 22 de mayo; 1221/2005, 19 de octubre y 1550/2004, 23 de diciembre).

Y estos elementos vienen descritos en el relato fáctico de la sentencia recurrida, que debe ser rigurosamente respetado, y en él se dice que el ahora recurrente y su esposa L. acordaron denunciar la sustracción del ciclomotor, denuncia que se presentó por L. lo que dio lugar a que se incoaran las Diligencias Previa nº 2527/2012 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Valencia que fueron sobreseídas provisionalmente por Auto de 12 de agosto de 2012. (F.J. 7º)

**DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN. Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Delito de profanación de cadáveres.**

STS 20/2016, de 26/01/2016  
RC 10566/2015 P

En todo caso cabe recordar, como el Ministerio Fiscal en su impugnación la doctrina de la STS 178/2013 de 29 de enero, como en aquélla recordamos que el *art. 526 CP* sanciona a quien "*faltando al respeto debido a la memoria de los muertos,....., profanare un cadáver o sus cenizas .....*". El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: **1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables.**

La *STS núm. 70/2004, de 20 de enero*, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: un acto de profanación de un cadáver, y que 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. La **falta de respeto objetivo**, 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.

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. (F.J. 3º)

**DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Atentado. Delimitación típica del delito de atentado. Arts. 550 y 551.2 C.P. Reforma del Código Penal por LO 1/2015.**

STS 445/2016, de 25/05/2016  
RC 1431/2015

La razón de la desestimación del motivo, interpuesto únicamente por inaplicación del art. 550 y 551.2 C.P., ha sido la modificación operada por la

reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, y que entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año.

Actualmente la intimidación ha pasado a constituir un instrumento o mecanismo de entorpecimiento material (resistencia activa) al ejercicio de las funciones públicas (art. 550 C.P.).

En este sentido son certeras las consideraciones de los recurridos cuando tratan de establecer la distinción entre "intimidación", que ha de ser **inminente**, como obstructiva del desarrollo pacífico y libre de los cometidos del funcionario o autoridad; y por otro lado las amenazas, caracterizadas por referir el mal anunciado a un momento posterior o futuro.

En nuestro caso, las amenazas no impidieron la intervención de la ofendida, que con algunas voces del público de carácter increpante (no atribuidas a los acusados) pudo desarrollar su función, ya que las expresiones amenazantes, según el factum, se produjeron después de concluir su intervención la edil socialista.

Configúrase, por tanto, el tipo de "intimidación grave" del atentado, como una resistencia activa, pero tal efecto no se produjo en el caso de autos. La intimidación grave dirigida a la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones no bastará por sí sola para integrar el delito de atentado si no lleva aparejada una resistencia activa a su ejercicio. (F.J. 1º)

## **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Grupo criminal. Diferencia con la codelinquencia.**

STS 378/2016, de 03/05/2016  
RC 1767/2016

La mera concurrencia de varias personas en la comisión de un delito constituye, en principio, un supuesto de codelinquencia, y no necesariamente de grupo criminal.

Se traspassa el concepto de codelinquencia para integrar el grupo, cuando existen unas vinculaciones entre las personas que participan en los delitos enjuiciados que van mucho más lejos de lo ocasional, esporádico o episódico (STS 408/2015, de 8 de julio); por su parte, la STS 289/2014, de 8 de abril, destacaba la nota de una relativa estabilidad:

*La idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha sido invocada para negar la necesidad de la reforma. La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola,*

*intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia.*

Pues bien, el relato de hechos probados, cuando describe el “auxilio”, por parte de M., lo describe como ocasional, *a veces*, sin la vocación de permanencia o relativa estabilidad precisa para su distingo de la mera codelinquencia; parquedad descriptiva, que no colma las exigencias del tipo de integración en grupo criminal para M. (F.J. 2º)

### **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Depósito de armas. Peligrosidad.**

STS 532/2016, de 16/06/2016  
RC 1799/2015

La sentencia de instancia por su parte, en este respecto, afirma que la potencialidad lesiva de las cinco armas de fuego y el arma de guerra, no puede discutirse amén de la existencia de numerosa munición alguna correspondiente a estas armas, convirtiendo el arsenal que tenía en su domicilio el acusado en especialmente peligroso para el bien jurídico protegido que no es otro que la seguridad ciudadana, armas que podían ser disparadas. Además presumía de su colección como reconoció su amigo el testigo Sr. A., habiéndose dedicado al tiro años atrás, divulgación de la posesión en su domicilio habitual de instrumentos de riesgo objetivo que acrecienta la peligrosidad de su conducta, lo que permite afirmar que a la contradicción con el Derecho de la conducta del acusado (antijuridicidad formal) se añade un plus de lesividad (antijuridicidad material) que la elevan a la categoría de injusto penal cumplidor del tipo (de peligro abstracto) previsto en los artículos 566.1.1º y 2º y 567.1, 2 y 3 CP.

Destaca además que se cumple, asimismo, el dolo o tipo subjetivo de la figura penal de depósito de armas reglamentadas y armas de guerra. El acusado experto conocedor de las armas de fuego, reconociendo en plenario haber sido miembro de tiro muchos años federado hasta el año 2001 en que lo dejó, sabía que tenía armas funcionando en la colección aunque se ampara en su calidad de coleccionista y en el argumento de que no existe licencia para coleccionistas y que en cuanto al Libro de Coleccionista existe disparidad de criterios para la inscripción de las armas en el mismo según las distintas intervenciones, afirmación ésta última huérfana de prueba que la avale; y que debemos añadir, que la disparidad de criterios, no impide observar el seguido por la Intervención correspondiente a la ubicación de su domicilio. (F.J. 1º)

## **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Resistencia a agentes de la autoridad. Reforma por LO 1/2015.**

STS 534/2016, de 17/06/2016  
RC 54/2016

La entrada en vigor de la reforma operada en la Ley sustantiva penal por efecto de la LO 1/2015 obliga a realizar la correspondiente comparación normativa a fin de determinar qué legislación resulta más beneficiosa para el acusado. (F.J. 4º)

## **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Terrorismo. Interpretación del art. 579 bis 4 CP. Aplicación a todos los delitos de terrorismo.**

STS 546/2016, de 21/06/2016  
RC 10133/2016 P

El artículo 579 bis.4 del Código Penal, incorporado por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 2/2015, dispone que los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

La literalidad del precepto, en tanto que se refiere a las penas señaladas en el Capítulo, permite entender que la previsión de reducción de la pena comprende tanto a los delitos tipificados en la Sección primera como a los que aparecen en la Sección segunda. Al mismo tiempo, configurando una decisión potestativa del tribunal adoptada en consideración a una objetiva menor gravedad, impone atender a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido.

Sería posible entender que la alusión a los medios y al resultado restringen la posibilidad de aplicación a los delitos en los que tanto unos como el otro concurren y sean o puedan ser relevantes. De esta forma, quedarían excluidos los delitos de la Sección 1ª, relativos solamente a la integración en organización terrorista. Sin embargo, tanto la referencia expresa a las penas señaladas en el Capítulo, como la referencia genérica a las circunstancias concretas, permiten interpretar que la norma comprende todos los supuestos contemplados en el Capítulo, sin excepcionar los delitos de integración en organización terrorista. Si bien, en el caso de que se trate de un delito en el que se hayan empleado medios o se haya causado un resultado que pudieran considerarse relevantes, ambos deberían ser, necesariamente, objeto de consideración expresa.

Por otro lado, la menor gravedad no puede excluirse en casos de integración en una organización terrorista solo por el hecho de que lo sea, pues

este supuesto ya está contemplado en la redacción del precepto. Dada la gravedad de la pena mínima, cabe considerar la posibilidad de que en algunos casos, aun apreciándose la integración en la organización terrorista, las funciones o misiones del sector de la organización en la que se integran o a la que pertenecen, o la actividad individual del acusado revistan tan escasa importancia que el hecho concreto de su integración personal en la organización pudiera considerarse objetivamente como un hecho de menor gravedad. (F.J. 1º)

### **DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Terrorismo. Interpretación del art. 579 bis 4 CP. Criterio específico de individualización de la pena.**

STS 554/2016, de 23/06/2016  
RC 10161/2016 P

Los presupuestos de aplicación del párrafo 4º del art. 579 bis, medios empleados y resultado producido, reveladores de una menor gravedad, no refieren una especificación del tipo penal, por lo que no debe ser tenido como un subtipo que atenúe el reproche penal, sino un específico criterio de individualización para adecuar la pena a la gravedad del hecho declarado probado.

Por otra parte la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación al tipo penal de la integración en organización terrorista como delito de mera actividad que no requiere ni de medios en su ejecución ni produce un resultado como alteración de una realidad preexistente. Como dijimos en la STS 716/2015, su aplicación es procedente en cuando revelan una menor antijuridicidad en la medida en que los hechos probados no revelan ni actos de violencia ni actos de adoctrinamiento y de expansión de las actividades de la organización. En este sentido el término medios empleados ha de ser entendido como de modos de acción, que permita aplicar la posibilidad de reducción en los delitos de integración en los que ni se emplean medios ni se persiguen resultados. (F.J. Único)

### **DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. Delito de piratería marítima. Aspectos generales.**

STS 134/2016, de 24/02/2016  
RC 10229/2015 P

En suma, el delito de piratería previsto en el art. 616 ter del CP admite distintas formas comisivas, al responder su estructura a la que es propia de los tipos alternativos. La primera de ellas exigiría la destrucción, el daño o el apoderamiento de un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar. Para la segunda, bastaría el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de aquellas embarcaciones. En este caso, ya fuera el atentado contra las personas o bienes simplemente instrumental para la ejecución del acto de destrucción o apoderamiento, ya fuera el fin único perseguido por los piratas, el delito quedaría consumado. (F.J. 3º)

**DELITOS ELECTORALES. Alteración del censo electoral (art. 139 LOREG). El alcalde es funcionario a estos efectos. Tipo subjetivo.**

STS 260/2016, de 04/04/2016  
RC 1619/2015

Con el art. 24 CP 1995, que mantiene el concepto penal de funcionario recogido en el art. 119 del CP TR 1973, la doctrina sigue invariable; y así la STS-II 238/2010, de 17 de marzo, recurso 1879/2009, después de recoger los caracteres del concepto de funcionario público, dice en el Fundamento de Derecho Tercero: ***"la condición de funcionario público del Alcalde no admite réplica"***. Ya en la STS 1100/2007, de 27 de diciembre, se afirmaba la condición del acusado de ***funcionario público en cuanto Alcalde del Ayuntamiento de Haría***.

De otra parte, las competencias municipales para la elaboración del censo se encuentran establecidas en los arts. 32 y 35 LOREG, donde se especifican las obligaciones de los Ayuntamientos en relación a la formación del censo de electores y, en concreto, sobre las altas y las bajas de los residentes en el municipio (empadronamiento) para que la Junta Electoral correspondiente actualice el censo electoral; por lo que el Alcalde que dirige y representa al Ayuntamiento, no puede desvincularse de su formación, no es ajeno a las competencias de su cargo; además de que la vinculación entre padrón y censo electoral, o, dicho de otra forma, la modificación irregular del padrón como "modus operandi" para la alteración ilegal del censo, ya ha sido declarado por esta Sala, en las SSTS de 1198/2005, de 24 de octubre y en la 511/2009, de 14 de mayo.

El motivo por tanto debe ser desestimado.

En este mismo motivo niega la inferencia que la Audiencia obtiene a partir de los hechos probados de que la conducta del Alcalde, al incluir en el padrón a numerosas personas, afines o parientes, tenía como objeto la alteración del censo para obtener de forma fraudulenta una ventaja electoral; intencionalidad que el recurrente niega.

Debemos anticipar, que este apartado con nula incidencia en el alegado principio de legalidad, tampoco puede encontrar sustento en la amalgamada

invocación de infracción de ley por *error iuris* al amparo del art. 849.1 LECr, que sólo permite cuestionar errores de subsunción; y esa intencionalidad, mero móvil, no es elemento subjetivo exigido en el dolo del tipo que se basta con la conciencia de que la conducta incumple la normativa de la formación del censo, que conlleva una inadecuada alteración del mismo.(F.J. 1º)

**FALTAS. Falta de lesiones. El principio de penalidad del nuevo delito leve tras la reforma LO 1/2015 es más gravosa. La exigencia de denuncia del agraviado como condición de perseguibilidad impide la condena penal y sólo permite el resarcimiento civil.**

STS 534/2016, de 17/06/2016  
RC 54/2016

En lo que respecta a la falta de lesiones del artículo 617 CP vigente a la fecha de los hechos y castigada con pena de multa de uno a dos meses o localización permanente, se ha transformado ahora en un delito leve del artículo 147.2 CP con pena de uno a tres meses.

En principio respecto a este tipo concreto el nuevo texto parece más gravoso, no solo porque la pena, aunque no incluya una privativa de libertad como lo es la localización permanente y la de multa coincide en su límite mínimo con la anterior, tiene una mayor extensión. Sino también porque, a diferencia de la falta que no provocaba antecedentes penales, los delitos leves sí.

Ahora bien existe otro factor relevante. El delito leve del artículo 147.2 CP, heredero de la falta prevista en el derogado artículo 617, se configura como delito semipúblico, y requiere como requisito de procedibilidad “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Se trata de un presupuesto de carácter procesal que no afecta a la tipicidad, pero de evidente contenido material en cuanto que vinculado a la punibilidad. Así lo ha reconocido esta Sala en relación a otros requisitos de procedibilidad en la STS 630/2010 de 29 de junio. Y dijo esta resolución que en los supuestos de sucesión normativa allí tratados “*los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal*”.

La denuncia previa es ahora un presupuesto que, de no cumplirse en su momento, impide la iniciación del procedimiento y la posibilidad de imponer una pena. Pero el legislador del 2015 no solo ha otorgado al agraviado el derecho a iniciar el proceso cuando del delito leve de lesiones se trata, sino también a disponer del mismo, en cuanto que el perdón del ofendido extingue ahora la responsabilidad criminal en todo tipo de delitos leves (artículo 130.5º tras la reforma operada por LO 1/2015). Es decir que ha cambiado por completo su régimen de perseguibilidad.

Y ha sido el propio legislador el que ha potenciado este componente material de la denuncia del agraviado, estableciendo un criterio de comparación normativa que considera más beneficiosa la nueva regulación. Así se desprende del contenido de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2015 del siguiente tenor literal: “La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Queda clara la opción del legislador, y una comparación normativa integral no puede prescindir de los regímenes de perseguibilidad y de transitoriedad que aquél ha establecido. (F.J. 5º)

#### **PENALIDAD. Determinación de la pena conforme al nuevo art. 77 CP tras la reforma por LO 1/2015.**

STS 95/2016, de 17/02/2016  
RC 1212/2015

El hoy vigente artículo 77 del Código Penal, en efecto, ha distinguido el supuesto de doble delito derivado de **un** hecho, de aquél en que un delito sea **medio** para cometer otro y da a uno y otro respuesta diversa, siendo más favorable al reo la solución de este segundo supuesto en esa nueva norma. (...)

*El nuevo régimen punitivo del **concurso medial** consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los **delitos**, como límite máximo.*

*El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el **delito** más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. (F.J. 4º)*

#### **PENALIDAD. Individualización de la pena concurriendo dos atenuantes.**

STS 79/2016, de 10/02/2016  
RC 627/2015

El artículo 66 2º del Código Penal establece que cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante (como sucede en este caso), se rebajará la pena en uno o dos grados, atendidos el número y entidad de dichas atenuantes.

Ello quiere decir que, como regla general, lo procedente será reducir la pena en dos grados en dos supuestos: en primer lugar, atendiendo al número, cuando concurren más de dos circunstancias atenuantes; en segundo lugar, atendiendo a la entidad, cuando alguna de las atenuantes se aprecie como muy cualificada.

La individualización de la pena cuando concurriendo dos atenuantes se reduce únicamente la pena en un grado ha suscitado polémica, dado que el párrafo octavo del art. 66 CP establece que cuando se aplique la pena inferior en más de un grado el Tribunal podrá imponer la pena en toda su extensión, lo que permite entender, “a sensu contrario”, que esta facultad no se concede cuando se reduce la pena solo en un grado. Por tanto, el Tribunal estará vinculado al resto de las reglas del art. 66, pero esta conclusión no puede significar que se atiende para la individualización de la pena a la concurrencia de otras circunstancias atenuantes o agravantes, pues por definición éstas ya han sido tomadas en consideración en la fase inicial de reducción de la pena en uno o dos grados. Lo que significa es que el Tribunal debe aplicar la pena en la extensión que proceda en función de las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66 6º), motivándolo razonadamente. (F.J. 11º)

### **PENALIDAD. Medida sustitutiva de la pena: expulsión del territorio nacional.**

STS 483/2016, de 03/02/2016  
RC 10006/2016

1- El Tribunal sentenciador ha aplicado retroactivamente una norma que sin entrar a afirmar que sea más beneficiosa o no para el condenado, es claro que en todo caso debe ser la persona concernida quien sea oída al respecto.

2- Incluso tal aplicación se ha efectuado sin respetar los requisitos y presupuestos establecidos en dicho art. 89 Cpenal, concretamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

3- Finalmente se ha acordado de oficio por el Tribunal y sin que el Ministerio Fiscal hubiese solicitado tal medida sustitutiva. Más aún, consta en el escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivas que no pide la expulsión a la vista del delito cometido.

Avanzando en el estudio de esta cuestión comprobamos que en el presente caso el Ministerio Fiscal solo solicitó la pena de prisión, no obstante el Tribunal además de la prisión impuesta en la extensión de once años y tres

meses, acordó de oficio e inaudita parte la sustitución de tal pena por la expulsión del territorio español una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, con lo que resulta que a la recurrente se le ha impuesto una pena y una medida de seguridad pues tal es la naturaleza de la medida de expulsión de extranjeros ex art. 96-2º Cpenal, precepto que no tuvo modificación en la reforma de la L.O. 1/2015, debiendo recordarse que ya el art. 95 Cpenal al referirse a la adopción de las medidas de seguridad en general, ya exige que las mismas se adopten "*previos los informes que se estimen convenientes*", informe que en relación a la expulsión de extranjeros se convierte en previa petición del Ministerio Fiscal y audiencia de la persona concernida.

Concluimos que como consecuencia del respeto al principio acusatorio, el Juez o Tribunal no puede excederse de los términos del debate que, si en relación al hecho enjuiciado se contraen al hecho descrito por la acusación, en relación a sus consecuencias punitivas debe de someterse a igual contención y en concreto no puede imponer una medida de seguridad, prevista en la Ley, pero con excepciones a su imposición obligatoria, por lo que su adopción por el Tribunal de oficio rompe la homogeneidad entre la acusación y la sentencia y la falta de congruencia entre la pena pedida y la respuesta el Tribunal que además de la pena, acuerda una medida de seguridad de expulsión que puede tener una relevancia constitucional por sus consecuencias, y que en todo caso sobre no cumplir los requisitos y presupuestos legales para su adopción constituye una vulneración del principio acusatorio causante de indefensión para la recurrente. (F.J. 2º)

#### **PENALIDAD. Pena de multa. Fijación y motivación de la cuota diaria.**

STS 419/2016, de 18/05/2016  
RC 2188/2015

En el presente caso, la sentencia, es cierto, carece de motivación. En la búsqueda de elementos que permitan identificar la capacidad económica del recurrente, se observa que en el encabezamiento de la resolución dictada por Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete se indica que el procedimiento se sigue contra Simón Royo, "*...de desconocida solvencia*". El juicio histórico expresa que el recurrente cometió la falsedad por la que ha resultado condenado en un procedimiento en la jurisdicción laboral por un despido.

Sea como fuere, entre el límite mínimo (2 euros) y el máximo (400 euros), fijados por el art. 50.4 del CP, la cuota finalmente cifrada en la cantidad de 12 euros se sitúa en el tramo inferior, bien cercano al mínimo legal. Y como recuerda el Fiscal, no estamos en uno de los supuestos extremos que justificarían reducir todavía más ese importe. De ahí que se estime prudente la cuota diaria fijada en la sentencia de instancia. (F.J. 1º)

## **PENALIDAD. Pena de multa. Responsabilidad subsidiaria por impago.**

STS 533/2016, de 16/06/2016  
RC 10082/2016 P

No obstante, la responsabilidad personal subsidiaria impuesta para caso de impago de la pena de multa, debe ser suprimida, por imperativo del art. 53.3 CP, conforme la interpretación que realiza del misma esta Sala Segunda. Aún cuando es cierto que la norma citada se refiere a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años, tal cifra debe ser interpretada conforme al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 1 de marzo de 2005, luego acogido en numerosas sentencias de modo reiterada y pacífico: "la responsabilidad personal subsidiaria de la multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del artículo 53". (F.J. 5º)

## **PENALIDAD. Traslado del penado de EEUU a España para cumplimiento. Convenio de Estrasburgo de 21 de marzo de 1983.**

STS 365/2016, de 28/04/2016  
RC 10952/2015 P

Partiendo de esos argumentos generales el Fiscal destaca las circunstancias particulares que implican la excepción del art. 10.2 del Convenio, que permite la adaptación.

**Queda excluido** en virtud de la reserva hecha por España al suscribir el Convenio, el apartado b) del art. 9 del mismo, el sistema de conversión. Se **acepta exclusivamente** el de **prosecución de cumplimiento**, en cuyo particular surge el alcance interpretativo de la expresión "**duración de la pena**", ya que no ofrecen dudas las discrepancias entre la naturaleza de las penas (v.g. pena de muerte, cadena perpetua, hoy equiparable a la prisión permanente revisable, etc.) que se rechazarían porque la Constitución no consiente las penas inhumanas o degradantes (art. 15 C.E.).

Es indudable que no puede entenderse que cualquier diferencia en el exceso de la pena privativa de libertad impuesta en un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determine una modificación automática de "quantum punitivo". De no entenderlo así asimilaríamos el sistema de **prosecución** al de **conversión** y equipararíamos la ejecución de una sentencia extranjera a las adaptaciones de penas que se hacen habitualmente en nuestros tribunales cuando entra en vigor una reforma legislativa favorable al reo y se revisan las sentencias ya firmes. En este punto debe regir el principio de proporcionalidad en los términos en que lo establece nuestro Tribunal Constitucional (S.T.C. 55/1996).

Ha de estarse en definitiva al caso concreto para ponderar si el cumplimiento de una pena sobrepasa de forma muy **desmesurada** el marco punitivo señalado en nuestro Código. (F.J. 2º)

#### **MEDIDAS DE SEGURIDAD. Imposición de oficio.**

STS 123/2016, de 22/02/2016  
RC 1129/2015

La previsibilidad de medidas de internamiento, en el caso de la estimación de eximente incompleta en relación con tres primeros números del artículo 20 CP, resulta prevista en el artículo 104.1 CP, que se remite entre otros al art. 101. (F.J. 3º)

Esta Sala, en ocasiones, ha afirmado que aún sin solicitud de la parte acusadora, concurriendo los requisitos o circunstancias establecidas en el art. 95 CP, la medida de seguridad debe aplicarse por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos, en el Capítulo Segundo, Título IV, del Libro Primero del Código Penal, y precisamente el art. 104.1 determina que en los supuestos de eximente incompleta, en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103 (STS núm. 603/2009, de 11 de junio). Cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción. (F.J. 4º)

#### **MEDIDAS DE SEGURIDAD. No están sujetas al principio acusatorio.**

STS 382/2016, de 04/05/2016  
RC 1928/2015

Como enseña la STS 603/2009, 11 de junio, la adopción de las medidas de seguridad en los supuestos de alteración de la capacidad de culpabilidad escapa a las exigencias y presupuestos asociados al principio acusatorio.

Es cierto que existen también precedentes en la jurisprudencia de esta Sala que expresamente vinculan las medidas de seguridad con el principio acusatorio y que han resaltado la necesidad de que hayan sido solicitadas por la acusación como requisito previo a su imposición por el Tribunal. Es el caso de la STS 1666/2000, 27 de octubre, que postula un entendimiento excesivamente elástico del principio acusatorio, hasta el punto de hacer extensiva su vigencia al pronunciamiento de responsabilidad civil. Pero se

trata de resoluciones aisladas que no desplazan el criterio consolidado de esta Sala. (F.J. 3º)

**RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO. Declaración ex novo de la responsabilidad civil como consecuencia del recurso.**

STS 414/2016, de 17/05/2016  
RC 1866/2015

En definitiva, no mediaba reserva de acción civil alguna y el Tribunal no podía acordarla de oficio; consecuentemente el motivo se estima, cuya consecuencia ha de ser dictar ex novo, el consiguiente pronunciamiento civil omitido por esa causa, en la segunda sentencia a dictar (cifr. STS 677/2008, de 4 de noviembre ó 162/2008, de 6 de mayo), sin que medie inconveniente alguno, habida cuenta que se trata de materia civil (vd. SSTC 153 y 154/2011, con cita de la 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3 y 45/2011, de 11 de abril). (F.J. 12º)

**RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO. Responsabilidad por vertido de hidrocarburos. Régimen legal general.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil derivada de daños y perjuicios provocados por el vertido emanado de un buque que transporta hidrocarburos, cuyo resarcimiento se encuentra regulado por el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1991 (CLC92) y el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC) de 1992, instrumentos asumidos por España y publicados respectivamente en el BOE de 20 de septiembre de 1995 y 11 de octubre de 1997, es decir, son normas vigentes y aplicables, y lo eran a la fecha de los hechos.

Discuten los recurrentes la aplicabilidad de este sistema de responsabilidad a la que surge del delito. Al hilo de ello se apoyan en dos sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1992 y de 21 de septiembre de 1994, que no admitieron la aplicación del sistema de limitación de deuda en supuestos de abordaje regulada en el Código de Comercio, por considerar que la responsabilidad que surge del delito es ilimitada, sujeta al régimen propio del artículo 22 del CP (Texto refundido de 1973) e inmune a las limitaciones o peculiaridades propias de la legislación mercantil. Sin embargo ya hemos dicho que la jurisprudencia más reciente considera que, salvo en caso de

contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el CP, el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable (entre otras SSTS 298/2003 de 14 de marzo; 936/2006 de 10 de octubre; 108/2010 de 4 de febrero; 357/2013 de 29 de abril; 64/2014 de 11 de febrero; 212/2015 de 11 de junio o 778/2015 de 18 de noviembre). (F.J. 63º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO. Responsabilidad por vertido de hidrocarburos. Régimen legal. Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1991 (CLC92).**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

El Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1991 (CLC92) establece una limitación de responsabilidad o más bien es una limitación de deuda por resarcimiento.

Parte del llamado principio de canalización de la responsabilidad o restricción de la legitimación pasiva, y en primer término imputa la responsabilidad exclusivamente al propietario del buque, sea naviero o no. Entiende la doctrina que ello responde a la finalidad de concentrar la responsabilidad en una persona identificada, o al menos identificable, a través del registro del buque, sin perjuicio de la acción de regreso contra el verdadero responsable, esto es el titular de la empresa de navegación, que no tiene por qué coincidir con el propietario del buque.

Establece una responsabilidad limitada por el propio Convenio a partir de un sistema mixto que tiene en cuenta el desplazamiento o unidades de arqueo del buque multiplicadas por el coeficiente de unidades de cuenta (derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional) hasta un tope máximo infranqueable. Para que la limitación pueda ser aplicada exige el CLC92 que el propietario haya constituido ante el juez un fondo equivalente al límite de responsabilidad. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo y obligatorio que responde al principio “quien contamina paga”.

Entiende la doctrina que el CLC92 presenta un esquema de canalización de la responsabilidad de carácter exclusivo y excluyente. Exclusivo porque no puede efectuarse ninguna reclamación de indemnización por daños por contaminación marítima por hidrocarburos salvo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo (artículo 3.4) y excluyente porque sólo podrá exigirse responsabilidad por esta clase de daños al propietario del buque.

Ahora bien este carácter excluyente está sometido a excepciones. En artículo 5.3 del CLC92 dispone que: están exentos de responsabilidad: a) empleados o agentes del propietario y tripulantes; b) práctico; c) fletador, gestor naval, armador; d) salvador; e) quien tome medidas preventivas; y f) empleados o agentes de las personas señaladas en las letras c), d) y e); y

establece como excepción a esa regla general que las personas anteriormente señaladas sí responderán si los daños han sido originados por una acción u omisión de tales personas que hayan actuado así "con intención de causar esos daños o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían tales daños".

Se trata de categorías que en principio deben ser fijadas con criterios propios del derecho civil. No obstante se ha trasladado a la causa el debate doctrinal surgido respecto al segundo inciso de tal excepción en torno a si engloba los supuestos de dolo eventual o también de imprudencia grave.

Prevalece en la doctrina mercantilista el criterio que circunscribe la expresión "temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían" a supuestos de dolo eventual. La norma tiene que ser interpretada buscando su coherencia con el sistema en el que se inserta, que en nuestro caso castiga penalmente tanto los comportamientos intencionales como aquellos que exteriorizan la versión más grave de la imprudencia.

El término "temerariamente" que emplea al CLC92 semánticamente nos reconduce a un actuar imprudente. Según Diccionario de la Lengua Española es un adverbio modal que significa "de modo temerario", y temerario se define como "excesivamente imprudente arrojando peligros". Además conecta con la esencia del comportamiento imprudente en contraposición al intencional y con la tradicional terminología acuñada en nuestros códigos desde 1848 para calificar la más grave manifestación del comportamiento culposo "la imprudencia temeraria", que la jurisprudencia de esta Sala ha asimilado con la que el vigente Código Penal denomina grave (entre otras muchas SSTS 1082/1999 de 28 de junio; 1185/1999 de 12 de julio; 1111/2004 de 13 de octubre; 992/2013 y 997/2013 de 20 y 19 de diciembre). La que hemos definido en esta misma resolución como la que "... ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad" (STS 1823/2002), o como la que supone un "olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado" (STS 537/2005).

Añade el CLC92 al comportamiento temerario previsto como alternativa al intencional con virtualidad para enervar la limitación de responsabilidad que establece con carácter genérico otra condición acumulativa, "a sabiendas de que probablemente se causarían" (los daños), lo que igualmente compatibiliza con la noción de delito imprudente en la variante de culpa consciente, es decir, aquella en la que el peligro se ha previsto como posible, y se confía en su no producción. El límite entre la elevada probabilidad de ocasionar el resultado lesivo y la mera posibilidad de que se produzca que, en principio, establecería un primer criterio delimitador entre el dolo eventual y la culpa consciente (entre otras SSTS 546/2012 de 25 de junio y 802/2010 de 17 de septiembre) no puede desvincularse en la interpretación que nos ocupa del comportamiento temerario al que se acumula.

La interpretación por la que optamos integra la norma en relación a otras de nuestro ordenamiento nacional, pues repugna a la lógica preterir a los

efectos civiles de reparación de los perjuicios comportamientos cometidos por imprudencia grave constitutivos también de delito, respecto a los intencionales, incluidos los que lo son por dolo eventual. Nos encontramos ante un régimen privilegiado que excepciona la regla general en el Derecho de daños respecto del resarcimiento integral de los daños y perjuicios causados, y desde ese prisma debe ser abordado. Además la interpretación de esta regulación que se incorpora a nuestro ordenamiento por vía de los artículos 96 CE y 1.5 CC, no puede prescindir de las pautas hermenéuticas que inspiran nuestra normativa nacional y la europea. Ya explicamos en el fundamento vigésimo cuarto que los artículos 4 y 5 de la directiva 2005/35/CE posterior a los hechos que nos ocupan instaban a los Estados miembros a establecer infracciones (incluso penales) respecto a las descargas de hidrocarburos que se produzcan en el mar territorial o aguas interiores con imprudencia temeraria o culpa grave, no solo con dolo eventual. Preceptos que fueron cuestionados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y avalados por el mismo. La sentencia de 3 de Junio de 2008, TJUE/2008/123, si bien estimó que no es su misión confrontar la legalidad de la directiva con la de un Tratado Internacional del que la Comunidad no es parte, afirmó que "incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esas disposiciones tomando en consideración el MARPOL 73/78" y ello en aplicación "del principio consuetudinario de buena fe". Razonó que el concepto de "negligencia grave" es un parámetro perfectamente lícito y acorde con el principio de seguridad jurídica para enjuiciar cuándo las descargas han de considerarse prohibidas, y concluyó respecto a la cuestión planteada que no se ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 4 de la Directiva 2005/35 en relación con el criterio general de seguridad jurídica.

Aplicado lo expuesto al presente caso, hemos considerado al acusado A. I. M. autor de un delito imprudente contra el medio ambiente determinante de los daños producidos a consecuencia del vertido de la carga que transportaba el buque Prestige. Una imprudencia que hemos calificado de grave, lo que es requisito del tipo penal que aplicamos, y en cuyo desarrollo el acusado hubo de prever y representarse el riesgo que generaba su comportamiento y que se concretó en los daños producidos, lo que permite entender que el mismo causó los mismos "temerariamente, a sabiendas de que probablemente se producirían". Es decir, en condiciones que dejan sin efecto respecto a él la exención de responsabilidad civil que prevé entre otros para el capitán el artículo 5.3 del CLC92 al concurrir la excepción prevista en el mismo, por lo que de conformidad con el artículo 116 CP, la responsabilidad civil que le incumbe habrá de fijarse en relación a la totalidad de daños y perjuicios causados, en las condiciones que se especificaran.

**RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*. Responsabilidad civil subsidiaria. Principio de rogación.**

STS 197/2016, de 10/03/2016  
RC 902/2015

En aplicación del principio de rogación aplicable a los pronunciamientos de carácter civil, no puede proceder la condena a reparar los perjuicios a favor de quienes no formularon la correspondiente reclamación al respecto (Arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr en relación con el 24.1 y 2 CE) (F.J. 7º)

**CONSECUENCIAS ACCESORIAS. Decomiso. Presunción de buena fe en relación con tercero titular de vehículo utilizado en el transporte.**

STS 297/2016, de 11/04/2016  
RC 1657/2015

Desde estos presupuestos, dada la ausencia de motivación en la resolución recurrida, donde solamente se indica que Raúl Francisco era el usuario habitual del vehículo y que fueron utilizados en tráfico de drogas. De donde desplaza indebidamente la carga de la prueba, pues la buena fe se presume, mientras que del mero indicio del uso habitual, nada se motiva ni argumenta, para destruir aquella presunción que se mantiene por ende incólume, lo que conlleva que el referido decomiso debe ser dejado sin efecto. (F.J. 7º)

**COSTAS. Condena en costas a la acusación particular por temeridad en procesos en que el M. Fiscal interesa el sobreseimiento.**

STS 99/2016, de 18/02/2016  
RC 1121/2015

La corrección de la condena en costas por temeridad de la acusación particular no puede construirse a partir del hecho de que haya actuado como parte única en el ejercicio de la acción penal. Es cierto que los principios constitucionales que informan la actuación del Ministerio Fiscal –legalidad e imparcialidad, ex art. 24 CE- ofrecerán de ordinario una referencia nada despreciable para valorar la fundabilidad de la acusación. Pero esa referencia nunca puede considerarse definitiva. Nuestro sistema procesal presenta la decisiva singularidad de no admitir el monopolio de la acusación por el Ministerio Fiscal. El ejercicio de la pretensión penal por un particular que se dice ofendido por un delito no somete su procedencia a que el Fiscal comparta el mismo criterio acerca de la viabilidad de la acción penal entablada. La acusación particular goza de plena autonomía funcional, sin que la coincidencia con el Ministerio Público se erija en un presupuesto *sine qua non* para legitimar su actuación en el proceso. (F.J. 1º)

## **EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. Prescripción. Delito de deslealtad profesional.**

STS 137/2016, de 24/02/2016  
RC 1069/2015

Según la jurisprudencia, la prescripción comienza cuando el delito termina, o sea cuando se produce el resultado típico (STS 1125/2009). Conforme al art. 132 del Código Penal en los casos de delito continuado o permanente, el plazo de prescripción comenzará desde el día en que se realizó la última infracción o desde el día en que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

El delito objeto de la condena consiste en perjudicar de forma manifiesta los intereses encomendados en virtud de una relación de servicios como es la que sustenta la relación entre un abogado y su cliente. Consecuentemente, el delito se consuma cuando se produce efectivamente la lesión efectiva generadora al incumplimiento del deber de lealtad que se establece en virtud de la relación de servicios existente.

No se trata de un delito continuado, ni de un delito permanente sino de una pluralidad de actos que son los determinantes de la deslealtad típica cuya prescripción se inicia con el último acto. (F.J. 4º)



## **II. DERECHO PROCESAL PENAL**



## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Testigo protegido.**

STS 408/2016, de 12/05/2016  
RC 10862/2015 P

Y si la cuestión estriba en que intervino como testigo protegido, siendo uno de los elementos esenciales para la acreditación de las tesis inculpativas de la acusación, una persona que, en otro procedimiento figuraba como acusado, tampoco se advierte que tal circunstancia signifique un quebranto de los derechos fundamentales de los acusados, ni torticera actuación de los funcionarios policiales implicados en la investigación, ya que ni la Ley impide que el que estuviere presente, como acusado, en otra causa pueda prestar declaración, y ser considerado como testigo protegido en ella, ni resulta de recibo el argumento de que se buscara esa situación para poder utilizar su declaración testifical como prueba de cargo, puesto que, como sabemos, también como coimputado hubieren podido ser valoradas sus manifestaciones en el mismo sentido, máxime cuando, como en el caso presente, diversos datos objetivos de corroboración, tales como el hallazgo de la droga en los registros domiciliarios, hubieren avalado su credibilidad.

Igualmente, en el Recurso de A., motivo Segundo, se hace también especial hincapié en el hecho del desconocimiento de la identidad del testigo protegido, elemento esencial del material inculpativo.

Pues bien, cumple recordar cómo nuestra legislación contempla la figura del testigo protegido, con arreglo a una concreta normativa, que en este caso se cumplió escrupulosamente, habiendo tenido finalmente las defensas la posibilidad del conocimiento ulterior de dicha identidad, hasta el punto de llegar a conocer su concreta situación procesal en otra causa. (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.**

STS 387/2016, de 06/05/2016  
RC 891/2015

El derecho al juez ordinario ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional sentando los siguientes principios:

1) Se exige que el órgano jurisdiccional llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por una norma jurídica, que ésta le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación, además que por el régimen orgánico y procesal a que esté sometido, no sea excepcional.

Pues bien, tales circunstancias se dan tanto en el Juzgado de Instrucción nº 21 de Barcelona como en el Juzgado Central nº 5.

2) Esta Sala, asumiendo la doctrina constitucional, ha declarado con reiteración que las discrepancias sobre la normativa que atribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal del mismo grado (Juzgados de Instrucción) no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la ley. En nuestro caso, además, en el Fundamento jurídico 7, párrafo final (pág. 26 de la sentencia) en los propios autos constan las resoluciones judiciales inhibitorias relativas a la competencia de cada uno de los juzgados. Resolviéndose éstas en favor del Juzgado de Barcelona éste debe asumir todo el material instructorio acumulado por ambos Juzgados de Instrucción; nunca prescindir de diligencias practicadas por el que luego se inhibió, pero antes de dicha inhibición. (F.J. 7º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Doctrina general.**

STS 380/2016, de 04/05/2016  
RC 1124/2015

Pues en relación al derecho al Juez imparcial puede decirse que constituye el primer pilar del proceso debido, de suerte que sin tal imparcialidad, no puede hablarse de proceso en sentido propio.

Como consecuencia de la importancia de la garantía de la imparcialidad del Tribunal existe una sólida y abundante jurisprudencia tanto del TEDH, Tribunal Constitucional y de esta propia Sala de Casación.

Con la STC 39/2004 de 22 de Marzo, --caso escuchas del CESID--, podemos resumir la doctrina de dicho Tribunal:

Insistiendo en el supuesto en que algún o algunos Magistrados que luego forman parte del Tribunal de enjuiciamiento, hayan intervenido con anterioridad a la resolución de recursos contra las decisiones del Juez de Instrucción, y en sintonía con lo declarado por la Sala en la STS 883/2012 de 24 de Octubre se debe distinguir:

a) Resoluciones dictadas vía recurso en sentido confirmatorio de lo decidido por el Sr. Juez de Instrucción.

b) Resoluciones dictadas vía recurso en sentido revocatorio.

En todo caso, y en cualquier caso, es preciso reiterar que deben analizarse con cautela y detalle las concretas circunstancias de cada asunto y los términos y argumentaciones empleados en las resoluciones concernidas, para, desde una perspectiva externa, puedan estimarse fundadas las razones del impugnante que considera que se perdió la imparcialidad objetiva de los Magistrados concernidos, o por el contrario, si las razones esgrimidas no ofrecen dada esta perspectiva externa, razones serias de tal pérdida, porque, también hay que decir que lo que carece de todo apoyo ni es garantía, es el pretendido derecho de todo imputado a lo que podría llamarse "*un Tribunal a la carta*". (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Dictado de anteriores resoluciones en el mismo asunto.**

STS 133/2016, de 24/02/2016  
RC 10593/2015 P

La pérdida de imparcialidad por haber dictado anteriores resoluciones en el mismo asunto debe ser trasladada a cada supuesto, para evaluar el posible grado de incidencia de la actuación en cuestión sobre la imparcialidad objetiva de los miembros del tribunal. Se trata, en definitiva, de comprobar y evaluar la intensidad de su implicación en la actividad procesal anterior al juicio, desarrollada en la causa.

No cabe apreciar la lesión de este derecho si el recurrente tuvo ocasión de plantear tempestivamente la recusación y no lo hizo (por todas, SSTC 140/2004, de 13 de septiembre; 28/2007, de 12 de febrero; 60/2008, de 5 de diciembre y 178/2014, de 3 de noviembre). Tampoco pueden suplir la omisión de la recusación los posteriores recursos contra la resolución de fondo, pues si ello fuera posible se conculcarían los derechos de las demás partes que, habiendo obtenido una resolución favorable, se verían privadas de ella por una causa que, pudiendo ser corregida durante el proceso, no fue alegada hasta conocerse su resultado (STC 60/2008, de 26 de mayo).

Es cierto que en materia de imparcialidad del Juzgador las apariencias son importantes, ya que lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Pero ello no significa que deba primar la subjetividad de una de las partes a la que le resulte suficiente para excluir al Juez predeterminado por la Ley, con levantar unas sospechas carentes de fundamento objetivo, y que no resulten razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de Juez a la carta. (F.J. 17º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Intervención en instrucción.**

STS 53/2016, de 03/02/2016  
RC 10629/2015 P

Con carácter general, la STS 36/2006, 19 de enero, afirmó que la jurisprudencia de esta Sala, acorde con la del TEDH, tiene establecido que la participación de un magistrado decidiendo la fase procesal anterior al juicio oral, particularmente en la fase de instrucción, es motivo de recusación, si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de

los mismos y sobre su culpabilidad, que no deja margen para una nueva decisión sin un prejuicio sobre el fondo de la causa.

Por el contrario, se ha considerado que no existe vulneración del derecho al juez imparcial en un supuesto en que el juzgador había acordado el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, sino, en su caso, de una simple falta, con el argumento de que dicha resolución judicial no se fundamentó en elementos inferidos de cierta actividad de investigación o esclarecimiento de los hechos, sino en una consideración técnica de carácter eminentemente jurídico. (F.J. 4º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Actuaciones como Juez de guardia, que posteriormente integra el Tribunal sentenciador.**

STS 259/2016, de 01/04/2016  
RC 692/2015

La única actuación del Magistrado Sr. G., en su condición de Juez de Guardia, al que se le remitió un atestado de 56 folios con siete detenidos, fue el Auto de 12 de septiembre de 2008, donde meramente acordó la pertinente inhibición y remisión al Juzgado que conocía con anterioridad de tales actuaciones para su acumulación a las Diligencias Previas núm. 655/07 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Arona y efectivamente la detención judicial de los policialmente detenidos, pero exclusivamente a los efectos de su conducción y puesta a disposición de ese Juzgado de Arona, antes del transcurso de las 72 horas, en el primer momento de las horas de audiencia del primer día laboral.

Tal actuación no supone haber tenido conocimiento previo del asunto, ni le convierte en un Juez "prevenido", en el sentido que el TEDH y nuestro Tribunal Constitucional han dado a esta denominación.

Lo que resulta del auto dictado es una remisión procesal de las actuaciones, sin entrar en modo alguno a valorar ni formar criterio sobre el número, entidad y calidad de su sustento en precisos elementos de prueba ni acerca del rendimiento de estos.

Por tanto, la conclusión es que por tal clase de intervención, limitada a la actividad procesal descrita, no cabe reprochar al magistrado anticipación alguna, ni siquiera parcial, del juicio. Al que llegó, simplemente, sabiendo que sobre los acusados pesaba una imputación dotada, prima facie, de algún fundamento que justificaba su tratamiento y valoración, como tal, en régimen contradictorio. Que es lo que ocurre en el supuesto de cualquier tribunal, antes de la vista oral.

Así las cosas, es lo cierto que no existía base para la abstención y tampoco para la recusación, y que el motivo no puede acogerse. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un Juez imparcial. Dirección del debate y realización de preguntas por el Presidente.**

STS 315/2016, de 14/04/2016  
RC 1873/2015

En definitiva, el motivo se desestima, pues a pesar de la tacha genérica de parcialidad, del concreto examen del cúmulo de parciales actuaciones invocadas, en ninguna aparece una actuación desviada de la adecuada función de dirección del debate; sin que resulte apariencia alguna de alineamiento de ninguna clase con la posición de las acusaciones.

En cualesquiera caso, como precisa la citada 205/2016, de 10 de marzo, “en el conjunto de intervenciones o preguntas efectuadas por el Tribunal en el curso de un juicio oral no es exigible que todos y cada uno de los comentarios e interrogantes fuesen adecuados y suscribibles por cualquier tercer observador que diseccione posteriormente el juicio en un laboratorio. Que se deslice algún comentario menos afortunado, o alguna expresión o pregunta que en un examen ex post pueda tildarse de innecesaria no es señal de parcialidad, ni desde luego determinará la nulidad de un juicio. No es fácil dirigir un debate. Hay que resolver muchas incidencias sobre la marcha y mantener cierta tensión para que no queden sin cerrar cuestiones que luego pueden echarse en falta en trance de resolver. Y no puede pretenderse al frente de un juicio un Presidente asimilable a un robot, sin carácter, sin sentimientos, inhumano, vacunado frente a toda posible equivocación. Sí, en cambio, alguien que desde la neutralidad ponga toda su capacidad al servicio de la función de juzgar una función que desde que comienza el juicio ya está en acto y no solo en potencia; que ya se está ejerciendo”. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho de acceso al expediente. Doctrina.**

STS 492/2016, de 08/06/2016  
RC 10545/2015 P

Esta cuestión sobre la posibilidad de acceso a determinados extremos de la investigación ínsitos en bases de datos fue ya abordada en la Sentencia de esta Sala núm. 795/2014, de 20 de noviembre.

El derecho de acceso está lógicamente reconocido a los materiales del expediente, que no a las bases de datos utilizadas por los investigadores y analistas policiales, en los términos que desarrolla la invocada Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales (incorporada a nuestro derecho a través del art. 2 de la LO 5/2015, que entra en vigor el 28 de octubre). En la referida Directiva, el derecho al acceso a los

materiales del expediente, diferencia dos finalidades, la impugnación de la privación de libertad (art. 7.1), que no es objeto del presente recurso; y la salvaguardia de la equidad del proceso y preparación de la defensa, que concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, como, por ejemplo, fotografías, grabaciones de sonido o de vídeo, en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dichas personas (art. 7.2) con la debida antelación para un ejercicio efectivo de los derechos de la defensa (art. 7.3).

La doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo.

La fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa.

Consecuentemente, desde el artículo 6.3.b) CEDH, ningún quebranto del derecho de defensa genera la denegación de la prueba sobre los contenidos en bases de datos; especialmente en cuanto la justificación de la solicitud del acceso a las bases de datos policiales que interesa se sustentan en la mera hipótesis o probabilidad de la existencia de alguna irregularidad meramente abstracta; de forma que ni el derecho de la defensa ni el principio de igualdad de armas, resultan quebrantados en su denegación.

Así en la Decisión nº 29835/96, de 15 de Enero de 1997, en el asunto *C.G.P. contra Holanda*.

No conlleva indefensión, no atender a la mera sospecha de la existencia de otra investigación previa de la que derivaría la que ahora analizamos, sobre la que nada se concreta y por ende se carece de cualquier indicio mínimamente justificativo de alguna sombra de ilicitud.

Pues no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos. (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Fraccionamiento del juicio oral.**

STS 456/2016, de 25/05/2016  
RC 1726/2015

En este caso, la Audiencia Provincial se vio obligada a reordenar el proceso tras la decisión del Tribunal Supremo de declarar la nulidad de la primera sentencia dictada en la instancia. Como ocurre con ocasión del enjuiciamiento fraccionado de distintos acusados cuando alguno de ellos es declarado en rebeldía, la firme absolución de dos de los acusados y la obligación de repetir el enjuiciamiento exclusivamente para los otros dos, supuso una modificación del espacio subjetivo de enjuiciamiento definido en el

auto de apertura del juicio oral dictado en su día. Una modificación que no sólo obliga a un ajuste de la prueba que se propuso en los escritos de calificación provisional de las acusaciones y de las defensas, porque pudieran haberse admitido instrumentos probatorios que ya no resultaban precisos. El ajuste también puede venir exigido porque la pérdida de la condición de parte de los acusados ya juzgados, impida incorporar su relato en el nuevo enjuiciamiento, si no se pide como prueba testifical la versión que inicialmente se pidió como declaración del acusado o –como en el caso presente- porque el acusado que resultó absuelto, deba comparecer en el lado pasivo de la acción civil que se ventila en el ulterior proceso.

En todos estos supuestos, parece tan conveniente como obligado (si las circunstancias concretas evidencien un riesgo de generar indefensión material a alguna de las partes a la vista de la que era su pretensión inicial) que el órgano de enjuiciamiento posibilite que las partes adecuen su petición de prueba o la configuración de la relación jurídico-procesal, a la nueva situación procesal, y si no desea posponerse el acomodo hasta la fase de cuestiones previas del artículo 786.2 de LECRIM, pues en la mayor parte de las ocasiones le sería inherente una suspensión del juicio oral por necesidad de citación de los testigos o para que quien fuera llamado como responsable civil pudiera estructurar su defensa en términos operativos, resintiendo así el derecho a un proceso sin dilaciones y –en su caso- al principio de unidad que orienta la fase del plenario, la solución de corrección no encuentra mejor conveniencia que un trámite de audiencia a las partes que desemboque en un proceso de decisión semejante al contemplado en el artículo 785.1 de la LECRIM.

Esta forma de adecuar el proceso a la situación derivada del fraccionamiento del juicio oral, fue adecuadamente abordada por el Tribunal de instancia después de dictarse la sentencia de esta Sala, de modo que reubicó la posición procesal de los acusados-absueltos en su auto de 24 de enero de 2014 y aunque no acordó expresamente que fueran traídos al procedimiento en la condición de responsables civiles, sí enervó la posible indefensión que pudiera derivarse de haberse pedido la nulidad del acto de disposición que se tachaba de delictivo, decidiendo que se les citara a juicio *“en calidad de perjudicados o de afectados en relación la petición de responsabilidad civil de la nulidad de la escritura pública notarial de hipoteca cambiaria constituida sobre las fincas registrales objeto de esta causa, en la que figuran como acreedores de la deuda garantizada”*. La decisión conjuraba así la posibilidad de generarse indefensión, pero -como se ha dicho-, evitarla respecto de aquellos para los que pudiera derivarse un gravamen por la coyuntura de su no participación en juicio, esto es, de un lado, las partes que ejercitaban la acción civil y que podrían haberse encontrado con que su pedimento devenía inalcanzable de no haberse constituido adecuadamente la relación jurídico-procesal y, de otro lado, los propios hermanos Pombo, que resultaban –como bien indicaba el auto- afectados por la reparación civil anulatoria que se peticionaba al Tribunal.

Emplazados J. y M. para que se personaran en defensa de sus derechos, su expresa renuncia a constituirse en parte no impidió el ejercicio de la acción civil acumulada, pues no debe olvidarse que aquellos contra los que se dirige la acción civil derivada de un hecho delictivo, están sometidos a las reglas que corresponden a la naturaleza de la acción ejercitada en lo que no sea incompatible con el devenir del proceso penal al que se acumulan, por lo que, de la misma manera que en el proceso civil sólo puede hablarse de la carga de comparecer y de la rebeldía del incomparecido, en el proceso penal no podrían tampoco extraerse otras consecuencias de la ausencia del responsable civil subsidiario (art. 108 ss y 786.1 LECRIM). De otro lado el hecho de que, pese a su no personación, comparecieran en la calidad de testigos y respondieran a cuantas cuestiones tuvieron a bien plantearles las partes en defensa de sus respectivas pretensiones, vacía de riesgo la indefensión que pudiera haber generado la ausencia de su relato en el espacio de práctica de prueba.

Ni existe indefensión para los acusados recurrentes, ni se quebranta ninguna garantía de los acusados, ni se observa infracción ninguna del principio acusatorio, ni mucho menos procedería su absolución de concurrir el defecto procesal que se denuncia. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Iniciativa probatoria de oficio. Doctrina.**

STS 26/2016, de 28/01/2016  
RC 351/2015

El propio TEDH, en sentencia de 6 de diciembre de 1998, asunto *Barberá, Messegué y Jabardó* contra España, contempla esta iniciativa *ex officio* con la finalidad de encontrar la verdad material, compatible con el derecho a un proceso equitativo: no es extraño, encontrar facultades similares de iniciativa probatoria judicial en el derecho comparado europeo.

Esta Sala Segunda, aun cuando no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión, restringe la finalidad y posibilidad de la iniciativa probatoria prevista en el art. 729.2, al entender que no era viable una lectura constitucional de esta facultad de proposición de prueba, que conllevara la posibilidad de una condena en base a una prueba de cargo practicada a instancia exclusiva del propio Tribunal sentenciador.

No puede ser interpretado el art. 729.2 de forma que autorice una toma de posición del Tribunal que pudiera suponer el abandono de su imprescindible imparcialidad para subsanar la inacción o los posibles errores de las partes, especialmente de la acusación. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Recurso y elementos del tipo subjetivo.**

STS 502/2016, de 09/06/2016  
RC 1723/2015

Es decir, el veredicto del jurado, declara probado la falta de intencionalidad de causarle la muerte; alternativa elegida, frente a la alternativa, que resta por tanto sin probar, de que le empujó al canal sin importarle que pudiera causar su muerte.

Por tanto, la existencia de dolo eventual que afirma la parte recurrente conlleva una alteración fáctica, que concorde jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y de esta propia Sala Segunda, no resulta viable a través de recurso de apelación o casación; la posibilidad de condenar ex novo o agravar en segunda instancia la condena de un acusado sin celebrar una vista oral para oírle o incluso para practicar prueba, ha sido jurisprudencialmente descartada por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (principios de inmediación y contradicción) y el derecho de defensa. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Vulneración del derecho de contradicción.**

STS 366/2016, de 28/04/2016  
RC 2087/2015

El Ministerio Fiscal sostiene que las partes se aquietaron "a la vista de la edad de las menores y de la posibilidad de visionado de las grabaciones y de formulación de preguntas a las peritos". Sin embargo este argumento no parece suficiente en el caso para sostener que no se haya conculcado la garantía de contradicción del acusado y que ello signifique una renuncia que enerve la misma, puesto que en la exploración en fase sumarial por las expertas no fue posible su presencia por las razones ya apuntadas y solicitada en el acto del juicio oral fue admitida y transcurridos tres meses, a solicitud de la acusación particular cuando la celebración del juicio oral era inminente, se acordó su suspensión por las razones expuestas en la providencia que hemos transcrito parcialmente. Es evidente que teniendo en cuenta la edad de las menores la no convocatoria de las mismas al juicio oral estaba justificada, pero teniendo en cuenta igualmente los derechos de la defensa, a la vista de que no había tenido ocasión el acusado de someter sus manifestaciones inculporatorias a una contradicción suficiente, el Tribunal debió arbitrar una solución razonable que equilibrase su posición en el proceso sin ser necesario llevar a las menores al juicio oral. Por otra parte, aun admitiendo el valor probatorio del contenido inculporatorio de una exploración prestada fuera del juicio oral, ello en todo caso lo será siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (como ya hemos señalado en el apartado 2.2.), de suerte que el mismo se restringe "de forma incompatible con las garantías

del artículo 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario", estando los órganos judiciales obligados "a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral". Por ello hay que entender en el presente caso, solicitada y admitida la exploración de las menores en el juicio oral, denegada posteriormente su presencia por causa legítima, hasta el punto de que tampoco cabría en casación retrotraer el procedimiento al inicio del juicio oral, por lo que el posible recurso era escasamente viable, se produce una colisión de derechos legítimos en el que debe prevalecer el derecho a un proceso con todas las garantías que asiste incondicionalmente al acusado frente al de protección a la víctima, lo que por otra parte es conforme a los principios que informan el proceso penal, e igualmente se evita una nueva victimización de las menores.

No hay prueba preconstituida porque la que se pretende como tal no se ha celebrado con todas las garantías. (F.J.2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Acceso a la agenda de un teléfono móvil por agentes de la policía judicial.**

STS 204/2016, de 10/03/2016  
RC 10633/2015 P

Si bien nuestra doctrina admite el examen directo de la agenda de un teléfono móvil por los agentes de la policía judicial, por estimar que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, esta doctrina no exime de la concurrencia de los requisitos constitucionales propios de la afectación a este derecho fundamental, como son la exigencia de que la injerencia "se encuentre *justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto*", criterio muy similar al establecido en el nuevo régimen legal para los supuestos de excepción previstos en el párrafo cuarto del nuevo art. 588 sexies c. (F.J. 13º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Intervención de ordenador. Volcado de datos. No es necesaria la presencia de letrado.**

STS 165/2016, de 02/03/2016  
RC 2403/2014

Es claro que el ordenador que utilizaba en el trabajo el acusado R. A. fue intervenido en el curso del registro judicial realizado en el despacho laboral de

la empresa querellante, con la intervención del Secretario Judicial y la presencia del imputado. Las partes ni siquiera cuestionaron la legitimidad del registro judicial. Y en cuanto a la necesidad y legitimidad de la intervención del ordenador tampoco ha sido impugnada, dado que se trataba de un medio idóneo para obtener documentación relevante para la investigación de los hechos delictivos, debido a los indicios que ya figuraban en la causa contra R. A.

Todas las impugnaciones del recurrente, que no era el titular ni el usuario del ordenador, se centran y van encauzadas a objetar que no estuviera presente el imputado que utilizaba el ordenador, ni su letrado, ni tampoco un perito designado por él en el momento en que fue desprecintado y se extrajo el disco duro para investigar su contenido.

Así las cosas, las quejas que formula la parte recurrente carecen de toda razón. En primer lugar porque ni la ley procesal anterior al año 2015 ni tampoco la nueva normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 13/2015, de 5 de octubre) imponen que estén presentes el letrado del imputado ni un perito nombrado por la parte en el momento de volcar el contenido del ordenador. Es más, el nuevo artículo 588 sexies c) ni siquiera requiere la presencia del Secretario Judicial en el momento de abrir el ordenador y obtener el disco duro. Y en cuanto al nombramiento de un perito de parte para que esté presente, la sentencia de esta Sala 342/2013, de 17 de abril, si bien considera que la parte puede designar un perito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476 de la LECr., su no intervención no condiciona la validez de la diligencia. Máxime cuando, una vez que se anuncia a las partes que se va a proceder a practicar la diligencia (providencias de 7 y 17 de junio de 2008) ninguna de ellas solicita estar presente en tales actos. (F.J. 22º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Legitimación para acceder a los datos obrantes en la A.E.A.T. Doctrina.**

STS 208/2016, de 11/03/2016  
RC 1189/2015

En el marco de la doctrina y disposiciones citadas, si el Servicio de Vigilancia Aduanera estaba legitimado para acceder a los datos obrantes en la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), pues la finalidad de su actuación no era, se dice, la investigación de un delito fiscal, sino de un posible delito de blanqueo de capitales. Y si estaba legitimado para requerir información de otros organismos o instituciones públicos, u organizaciones o empresas privadas, amparándose en la obligación que a estas impone la ley respecto a la colaboración con la AEAT cuando se trate de datos con trascendencia tributaria.

La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en varios precedentes. En la STS nº 202/2005, de 2 de marzo, ya señaló que los agentes del SVA, por su

incardinación funcional en el Ministerio de Hacienda, tienen acceso lícito a los datos de ese Departamento, sin conculcar la legislación tributaria.

La investigación sobre la comisión de un posible delito de blanqueo de capitales no es ajena a las competencias del SVA, en tanto integrado en la AEAT, y, consiguientemente, ha de entenderse que su actuación se desarrolló dentro de la ley.

Los agentes del SVA no infringieron los límites impuestos a su función cuando recabaron datos relevantes relativos a bienes, dinero y movimientos de unos u otros en relación con los sospechosos, y se ampararon para ello en la obligación de colaborar con la AEAT que imponen a entidades públicas o privadas los artículos 93 y 94 de la LGT.

La jurisprudencia ha reiterado que los agentes del SVA, cuando en el curso de sus investigaciones tengan conocimiento de la posible comisión de un delito tienen la obligación de comunicarlo al Ministerio Fiscal o al Juez de instrucción competente. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Delito flagrante: no concurre.**

STS 423/2016, de 18/05/2016  
RC 1286/2015

Tres son los elementos que según la jurisprudencia de esta Sala (entre otras SSTS 181/2007 de 7 de marzo, 620/2008 de 9 de octubre, 111/2010 de 24 de febrero o 758/2010 de 30 de junio) vertebran el delito flagrante: la inmediatez de la acción delictiva, la inmediatez de la actividad personal, y la necesidad de urgente intervención policial por el riesgo de desaparición de los efectos del delito.

En cualquier caso el sustrato fáctico al que se aplica la flagrancia debe constar en el hecho probado, fruto de la valoración por el Tribunal de instancia de las pruebas practicadas ex artículo 741 LECrim y debe partirse de ello para contrastar si se ha respetado o no la norma constitucional invocada (artículo 18.2 CE).

Pero en cualquier caso, aun cuando pudiéramos entender que los agentes advirtieron rasgos delictivos en el comportamiento del acusado y ante su agitación tomaron la decisión de adoptar medidas de protección, pudieron estar justificadas las encaminadas a controlar su persona y hacerle deponer su actitud, pero ninguna necesidad imperiosa hubo de registrar el domicilio y los enseres que se encontraban en el mismo, entre ellos la mochila que alojaba la droga sin solicitar antes el consentimiento del interesado o, en su caso, autorización judicial. Una vez controlado el acusado y garantizada su seguridad y la de sus progenitores, de haber existido la flagrancia la misma cesó, por lo que partir de ese momento la actuación policial excedió del ámbito de injerencia autorizado por aquélla.

En definitiva los agentes intervinientes transformaron una actuación que debió ser asistencial ante la petición de ayuda de unos padres que se sentían impotentes por el estado de agitación de su hijo toxicómano y el temor a que el mismo pudiera autolesionarse, en un acto de investigación. Y al actuar como lo hicieron, desbordaron los contornos de la legitimidad constitucional invadiendo sin habilitación alguna los espacios de intimidad propios del domicilio y de los efectos que en él se alojan. (F.J. 4º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Observación por agentes de policía del interior de un domicilio mediante prismáticos.**

STS 329/2016, de 20/04/2016  
RC 1789/2015

Es cierto que ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera. El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento. Nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado.

La protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad, en fin, no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior

del inmueble, encierra el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

El art. 588 *quater a)* somete a autorización judicial la utilización de dispositivos electrónicos orientados a la grabación de imágenes o de las comunicaciones orales directas entre ciudadanos que estén siendo investigados, ya se encuentren aquéllos en un recinto domiciliario, ya en un lugar público. Es cierto que la reforma no contempla de forma específica el empleo de prismáticos. Éstos no permiten la grabación de imágenes. Sin embargo, la intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar similar intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas o cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos, en el comedor del domicilio vigilado.

La protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. La revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 de la CE. La existencia de *drones*, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es sólo uno de los múltiples ejemplos imaginables. Pero incluso para el caso en que se entendiera que los supuestos de falta de presencia física por parte de los agentes en el domicilio investigado deben ser protegidos conforme al concepto general de intimidad que ofrece el art. 18.1 de la CE, lo cierto es que en el presente caso no consta la existencia de ningún fin constitucionalmente legítimo que, por razones de urgencia, permitiera sacrificar la intimidad del sospechoso. (F.J. 2º)

No existe violación de los derechos a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio cuando no se emplean instrumentos que sitúen al observante en una posición de ventaja respecto del observado. La simple toma de fotografías, sin valerse de objetivos de amplia distancia focal, no tiñe de ilicitud el acto de injerencia.

La jurisprudencia de esta Sala no se ha pronunciado sobre las implicaciones jurídicas de la utilización de prismáticos por los agentes de la autoridad, al menos desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Los escasos precedentes que pueden ser citados están relacionados con la suficiencia probatoria de quien, valiéndose de prismáticos, observa una acción delictiva que se desarrolla en vías públicas y a considerable distancia de la escena observada.

En definitiva, existió una intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, injerencia que tiñe de nulidad la observación que los agentes llevaron a cabo. (F.J. 3º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Apertura de paquete postal. Doctrina.**

STS 340/2016, de 06/04/2016  
RC 1584/2015

Con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 103/2002 de 18 de enero; 404/2004 30 de marzo; 699/2004 de 24 de mayo; 185/2007 de 20 de febrero; 848/2008 de 9 de diciembre; 847/2012 de 23 de octubre; 723/2013 de 2 de octubre; 115/2015 de 5 de marzo o 577/2015 6 de octubre) respaldada por la del Tribunal Constitucional, y que en lo esencial ha sido positivada por el legislador en la nueva redacción del artículo 579 LECrim según redacción dada por la LO 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal. La comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos, por lo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal solo desde esta perspectiva es equivalente a la correspondencia.

No gozan de la protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para albergar correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional.

Tampoco gozan de protección aquellos objetos que pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo. El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsos de viaje, baúles, etc.- por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término.

El artículo 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre las personas -destinatario y remitente-. Por consiguiente cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc.- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección al derecho reconocido en mencionado precepto constitucional, si en las circunstancias del caso no constituye el instrumento de la comunicación o el proceso de la comunicación no ha sido iniciado. (F.J. 5º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Desconocimiento del idioma de las conversaciones telefónicas.**

STS 178/2016, de 03/03/2016  
RC 10848/2014 P

Lógicamente el Secretario, desconocedor del idioma en que se produjeron las conversaciones grabadas no puede dar fe de la conformidad de las mismas con las transcripciones, por lo que la única garantía de veracidad y fidelidad de las mismas, lo integra, como objeto de la prueba, las transcripciones originales que se hallan aportadas a la causa, y su traducción hecha por el intérprete traductor, que se ratificó a la presencia judicial de que lo transcrito y traducido es conforme a lo escuchado en el dialecto Edo-Benin.

Las partes pudieron impugnar la fidelidad de tales transcripciones, pero nadie lo hizo, ni solicitó su anulación o lectura, dándose por reproducidas, sin perjuicio de proceder a la audición en Sala de las escuchas que fueron interesadas, y que dicho traductor ratificó íntegramente en el momento de ser escuchadas, traducidas y validadas. Todo ello excluye cualquier indefensión del recurrente. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Informaciones proporcionadas por servicios extranjeros.**

STS 146/2016, de 25/02/2016  
RC 1207/2015

En el ámbito de la cooperación penal internacional en el que se juega el enfrentamiento contra los graves riesgos generados por la criminalidad organizada transnacional, y en el que nuestro país tiene asumidas notorias obligaciones adaptadas a un mundo en el que la criminalidad está globalizada (Convención de las Naciones Unidas de 1988 sobre estupefacientes, entre otras), no pueden imponerse las reglas propias determinadas por problemas legislativos internos a los servicios policiales internacionales, por lo que ha de respetarse el ordenamiento de cada país, siempre que a su vez respete las reglas mínimas establecidas por el Tratado de Roma o el de Nueva York. Y de la misma manera que no es posible ni exigible imponer a otros sistemas judiciales la autorización judicial de las escuchas, tampoco lo es imponer a servicios policiales que no trabajan así, como sucede con el ICE o la DEA, por ejemplo, las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial ha establecido para los servicios policiales españoles.

En consecuencia, la exigencia de que el servicio policial español que interesa la escucha proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica

necesariamente que también deba proporcionar, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento.

Cuando éstas fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales procedan de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia de la droga hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de: 1º) Los datos objetivos existentes y su concreción, 2º) Los cauces oficiales de recepción y verificación de la información, 3º) Las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación, 4º) La verosimilitud de la información y 5º) Sus propias normas de experiencia. (F.J. 8º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Obtención de IMEI e IMSI.**

STS 481/2016, de 02/06/2016  
RC 1836/2015

Según la doctrina del TEDH, los números marcados en un teléfono, también forman parte de las comunicaciones telefónicas, no obstante debe distinguirse entre la captura del I.M.S.I. asociado a un teléfono móvil, toda vez que dicho número ni siquiera contiene el número concreto del teléfono móvil, ni menos el del usuario y el sistema del *comptage* que se refiere al listado de llamadas entrantes y salientes efectuadas desde un teléfono móvil: es obvio que este listado puede incidir en la intimidad de las personas y así lo tiene declarado esta Sala, bien que el nivel de injerencia sea inferior que la interceptación de una conversación, lo que puede ser relevante para efectuar el juicio de ponderación y de proporcionalidad.

No se precisa autorización judicial previa por parte de la policía para obtener el I.M.S.I. y que una vez obtenido sí será precisa la autorización judicial para que la operadora ceda los datos que obran en sus ficheros con los que se podrá conocer el concreto número del terminal telefónico para el que se va a solicitar la intervención.

En el caso de autos, se solicita del Juzgado de Instrucción la pertinente autorización judicial que, como hemos visto, no era necesaria. Tampoco lo es ahora, tras la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria autorización judicial, ratificando nuestra jurisprudencia, y así, el art. 588 ter l, que trata de la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes. (F.J. 3º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas. Obtención de número PIN de un terminal telefónico.**

STS 551/2016, de 22/06/2016  
RC 10837/2015 P

El número de PIN es un dato de acceso a la terminal telefónica citada, cuyo conocimiento no requiere autorización judicial, por no tratarse de dato alguno relativo a las comunicaciones. En cierta manera, aunque no sea exactamente lo mismo, se parece a la obtención de los números correspondientes al chasis del terminal (IMEI), o al número internacional de la tarjeta telefónica (IMSI). Son claves de acceso al número telefónico que se concede para su explotación a una operadora telefónica, y sobre cuyo contenido para la interceptación de las conversaciones que mediante tal instrumento se mantenga o mensajes entrantes o salientes es necesario obtener la oportuna autorización judicial. Veremos, incluso, que la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia parece referirse a la obtención de tales claves de acceso a los terminales telefónicos o como un número interno de identificación internacional de una tarjeta telefónica. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Declaración del acusado. Falta de garantías: manifestaciones a profesionales en el curso de una prueba.**

STS 470/2016, de 01/06/2016  
RC 10842/2015 P

Pensamos exclusivamente en las manifestaciones del acusado procesalmente utilizables; es decir en las efectuadas previa advertencia de sus derechos y con todas las garantías legales y entre ellas la asistencia de letrado. No es de ninguna forma utilizable lo que pudiese narrar a la trabajadora social o al psicólogo en un marco también procesal pero con una significación muy diferente: lo relatado por el acusado a un Médico Forense, a un Psicólogo, a cualquier otro profesional en el curso de una prueba acordada judicialmente no puede servir para extraer de ahí una confesión informal al margen de las básicas exigencias legales. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Declaración del acusado. Falta de garantías: manifestaciones que realiza al forense.**

STS 253/2016, de 31/03/2016  
RC 10339/2015 P

Lo que cuestiona el recurrente es la valoración que, con el fin de reforzar la argumentación del Jurado respecto a la constatación de la base fáctica que sustentó la existencia de alevosía, realizó el Magistrado Presidente de las declaraciones que el acusado hizo al médico forense que habría de dictaminar respecto a las bases de su imputabilidad, en el curso de la exploración necesaria para completar su dictamen.

Tal y como razonó el Tribunal de apelación, dando la razón a la defensa hoy recurrente, tales manifestaciones han de ser excluidas del acervo probatorio, en cuanto que no se trata de declaraciones prestadas con las garantías que corresponden al imputado en el proceso, sino en un contexto, aunque vinculado al mismo, diferente. No sólo son manifestaciones efectuadas sin previa instrucción de sus derechos a no autoinculparse, sin presencia de letrado ni demás formalidades, sino que además su finalidad dista mucho de ser la de servir como medio de prueba o elemento de contraste. (F.J. 4º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES Derecho a la presunción de inocencia. Impugnación de prueba de ADN.**

STS 286/2016, de 07/04/2016  
RC 1572/2015

Es preciso analizar el **motivo segundo, vulneración del art. 24.1 CE, tutela judicial efectiva, en relación con el art. 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías y ello, además, en conexión con el art. 17.3 CE, en concreto a la asistencia letrada en diligencias policiales y judiciales, conforme a Ley**, en cuanto cuestiona la licitud de la prueba pericial de ADN al no obrar en la causa el acta/documento, expediente, en virtud del cual se dejaría constancia del hecho en que se habría obtenido el vestigio o fluido del que se habría extraído el ADN que conformaba la supuesta muestra indubitada, obrante en la base de datos creada al amparo de la Ley 10/2007 de 8.10, reguladora de la referida base de datos sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Se plantea, por tanto una problemática, cual es la validez de la utilización de perfiles genéticos obtenidos a partir de muestras biológicas tomadas en otras causas, cuando no se ha elaborado perfil genético alguno, al no tomarse ninguna muestra al acusado, en la causa en que se dicta la sentencia condenatoria.

La doctrina de esta Sala parte de una presunción de legalidad en la obtención de la muestra y del perfil genético anterior inscrito en la base de datos que desplaza la carga probatoria a aquel que pone en cuestión la licitud de dicha actuación invocando el origen irregular de las muestras.

La impugnación puede dirigirse frente al modo y la forma en la que se obtuvo como el resultado mismo de la prueba. La segunda para solicitar la práctica de prueba en el procedimiento judicial en el que está siendo enjuiciado, en el tiempo y la forma previstos en la Ley ofreciendo, en este caso, una muestra de ADN por parte del imputado –ello es así, como se destaca por algún autor, porque la impugnación formal de la muestra de ADN obrante en la base de datos puede ser del todo insuficiente sin la correlativa solicitud de prueba de ADN por parte del imputado-.

Criterio este que prevaleció en el segundo punto del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 24.9.2014 ***“Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.”*** (F.J. 2º)

La necesidad de la intervención del Juez instructor en el control sobre la forma y el modo en que se obtienen las muestras para su posterior análisis químico y ulterior tratamiento, debe ser rechazada.

Así en STS. 669/2013 de 18.7, hemos dicho que no se aprecia motivo de nulidad alguno en la actuación de la policial judicial en la diligencia de inspección llevada a cabo conforme a lo dispuesto en el art. 770.3 LECrim. (F.J. 3º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento del investigado: identificación visual. Doctrina.**

STS 444/2016, de 25/05/2016  
RC 10916/2015 P

La doctrina de esta Sala, recogida en la STS núm 901/2014, de 30 de diciembre, entre otras, establece que los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son medios de investigación que permiten determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Pero alcanzan el nivel de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado.

Como regla general, la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.

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.

Cuando la prueba de cargo relevante sea una identificación visual cuestionada, el Tribunal sentenciador debería analizar una serie de factores que afectan a la exactitud y fiabilidad de la identificación. En primer lugar los factores intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores. En segundo lugar los factores ambientales y personales que pueden afectar a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza, pues los testigos tienen ordinariamente una mayor capacidad de reconocer los rostros de sujetos de su propia raza o grupo étnico. El análisis razonado de estos factores en un caso concreto sirve para que el Tribunal sentenciador valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta, y para que el Tribunal "ad quem" aprecie si el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

Esta doctrina jurisprudencial, relativamente novedosa, aún no ha sido plenamente incorporada a la práctica jurisdiccional, por lo que lo que es en esta vía casacional donde ha de analizarse si en el caso enjuiciado puede constatar que el proceso de identificación fotográfica en fase policial cumple los parámetros de razonabilidad y fiabilidad exigibles. (F.J. 5º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: percepción directa por el Tribunal de grabación.**

STS 315/2016, de 14/04/2016  
RC 1873/2015

En autos, las grabaciones, permiten observar nítidamente lo sucedido; y también la fisonomía de quien realiza los disparos; es cierto que dificultada porque portaba peluca, así como barba negra recortada perfilando el arco de la mandíbula y bigote postizos, pero que a su vez, dejaba al descubierto la mayoría y gran parte de sus rasgos faciales, de modo que en directa observación de este documento, las grabaciones videográficas, cualquier observador desinteresado puede concluir conforme a máximas de experiencia ordinarias, que la identificación de esta persona, resulta viable a partir de esta grabación, de forma que aún sin pericial de ninguna clase, no resultaría arbitraria, un motivado reconocimiento identificativo del inculcado y recurrente en las imágenes grabadas. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: reconocimiento fotográfico.**

STS 444/2016, de 25/05/2016  
RC 10916/2015 P

La doctrina de esta Sala, recogida en la STS núm 901/2014, de 30 de diciembre, entre otras, establece que los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son medios de investigación que permiten determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Pero alcanzan el nivel de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado.

Como regla general, la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.

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. (F.J. 5º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Reconocimiento: reconocimiento fotográfico. Suficiencia. El reconocimiento en rueda no es inexcusable.**

STS 35/2016, de 02/02/2016  
RC 10702/2015 P

El contraargumento basado en la ausencia de una verdadera rueda de reconocimiento, no puede ser aceptado por esta Sala. En efecto, conviene no perder de vista cuál es el fundamento de la diligencia de reconocimiento regulada en los arts. 369 y ss de la LECrim. Hacer de la práctica de esa rueda el signo distintivo del respeto al derecho a un proceso con todas las garantías supone apartarse del genuino significado procesal de esa diligencia y, sobre todo, de la interpretación jurisprudencial de aquel precepto. El reconocimiento en rueda no puede ser convertido en el presupuesto *sine qua non* para la validez constitucional del juicio de autoría. Los Jueces de instancia han valorado la identificación inicial a partir de un reconocimiento fotográfico realizado en dependencias policiales, reconocimiento luego reiterado en fase sumarial, ante el Juez de instrucción, con una alteración del orden y la composición de las fotografías que fueron exhibidas al testigo. Y, lo que es decisivo, después de un interrogatorio cruzado en el plenario, mediante el que el Fiscal y las partes pudieron preguntar cuantos extremos tuvieron por conveniente en defensa de sus respectivas tesis.

Hemos dicho en numerosos precedentes –por todos, cfr. STS 1353/2005, 16 de noviembre- que el reconocimiento en rueda “...es una diligencia esencial, pero no inexcusable. Supone un medio de identificación, no exclusivo ni excluyente”. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Tardanza excesiva en denunciar (agresión sexual): dificultad de obtención de pruebas.**

STS 303/2016, de 12/04/2016  
RC 1104/2015

Ha de señalarse que la tardanza excesiva en denunciar, en tesis ordinaria, dificulta mucho tanto la obtención de pruebas que pueden conseguirse de forma inmediata (como vestigios seminales, pruebas biológicas, ADN, sintomatología de los golpes o la fuerza ejercida sobre la víctima, la presentación de ropas íntimas u otro tipo de prendas de vestir que pueden arrojar ciertas evidencias delictivas, etc.), y relativiza, desde luego, el valor del testimonio de la víctima, puesto que ha solicitársela una explicación de tal

tardanza en denunciar, en tanto que lo lógico es que, inmediatamente de ocurridos los hechos, se pongan en conocimiento de la policía o el juzgado, con objeto de proceder al esclarecimiento de los mismos. En otras palabras, así como nadie, tras recibir una agresión física, dudaría en denunciar inmediatamente tales lesiones, siendo de todo punto inconcebible tardar años en denunciar, por ejemplo, una agresión a puñetazos –salvo que concurran especiales circunstancias a tomar en consideración caso por caso–, lo propio ocurre en agresiones sexuales, cuya víctima es una persona adulta. Dentro del plazo de prescripción está en su derecho, pero tal comportamiento hemos de convenir que dificulta mucho la obtención de pruebas, que de forma inmediata pueden fácilmente obtenerse.

No es lo mismo en caso de menores, puesto que el art. 132.1.2º del Código Penal computa el inicio de la prescripción a partir de que lleguen a la mayoría de edad. Toma la ley en consideración sus resortes mentales, ya que si no hubieran puesto los hechos punibles sus representantes legales en conocimiento judicial, han de tomar esta decisión de denunciar tales menores cuando tienen suficiente juicio. (F.J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Víctima menor de edad. Ausencia en el acto del juicio.**

STS 1/2016, de 19/01/2016  
RC 775/2015

Las razones expresadas en la sentencia recurrida para sustentar la decisión tomada, de que no se repitiera la exploración de la menor en el acto del juicio oral, ya que se había realizada en la instrucción con las debidas garantías para la defensa y no era aconsejable atendidos los superiores intereses y la adecuada protección de la menor, vistos los informes periciales, evidencian una justificada decisión que es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la sentencia 598/2015, de 14 de octubre, se declara que esta Sala tiene ya una doctrina consolidada acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctima de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado. Esa doctrina tiene como punto de partida la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso, por lo cual, como se ha afirmado, la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico (STS nº 71/2015, de 4 de febrero, que cita la STS nº 832/1999, de 28 de febrero).

En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías. Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores. Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

En el supuesto que examinamos, ya se han dejado expresadas las razones que se tuvieron en cuenta por el tribunal de instancia para evitar, en beneficio de los superiores intereses de la menor, que se repitiera su exploración en el acto del juicio oral, y en esas razones se cumplen cuantos requisitos viene exigiendo esta Sala, el TEDH, la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto para salvaguardar los derechos de defensa del acusado, al haberse sustituido la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo se habían asegurado las garantías para la defensa preservándose el derecho de contradicción, como la protección de la menor con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de tan corta edad, cuando era previsible que dicha comparecencia pudiera ocasionarle daños psicológicos como explicaron los peritos. (F.J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Prueba de indicios: desembarco de droga en la playa.**

STS 77/2016, de 10/02/2016  
RC 1068/2015

Esta Sala Casacional en STS 676/2012, de 26 de julio, como en STS 359/2014, de 30 de abril, ha establecido como regla general que la detención de supuestos colaboradores en un desembarco de droga en las proximidades del lugar, cuando se daban a la fuga con los pantalones mojados y las zapatillas con rastros de arena, son indicios que apuntan ineludiblemente a constatar la presencia de los acusados en el punto de desembarco, y en la playa donde se iba a producir el mismo, e igualmente indican que huían de tal lugar, alertados

por la presencia policial, por lo que resulta razonable extraer la consecuencia de su participación directa en el hecho enjuiciado. (F.J. 12º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia. Conexión de antijuridicidad.**

STS 300/2016, de 11/04/2016  
RC 1393/2015

Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 –inciso segundo– de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal modo que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Ahora bien, tal efecto: *directo e indirecto*, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser *valoradas* –si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal– aquellas pruebas cuyo contenido derive *directamente* de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención *indirecta* es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el descubrimiento inevitable (“*discovery inevitable*”, en la terminología anglosajona) o la flagrancia delictiva, como supuestos de desconexión. (F.J.2)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Auto de procesamiento: grado de vinculación respecto de la acusación.**

STS 78/2016, de 10/02/2016  
RC 1228/2015

El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces “*una moderación y una prudencia exquisitas*”, es

algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el *quién* de la inculpación. Ha de precisar también el *qué* y, por supuesto, *el porqué*. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim, conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos *resultan* del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos.

Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. (F.J. 2º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Delito provocado.**

STS 77/2016, de 10/02/2016  
RC 1068/2015

Se refiere a la invocación de que el delito fue provocado por la Guardia Civil, la cual tendría controlada la operación de desembarco desde el primer momento, por lo cual no pudo afectarse al bien jurídico protegido por el tipo penal aplicado.

Semejante consideración parte de un error de base, y esto es, afirmar que siempre que se obtiene una confidencia o información interna y, en su consecuencia, se investiga la misma y, en su caso, se detiene a los autores de la infracción penal, el delito está provocado.

Nada más lejos de la realidad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a los agentes de la autoridad la investigación de los delitos de los que tengan conocimiento, por cualquier medio legítimo que ese conocimiento llegue ante la fuerza policial, y poner después todo ese material a disposición de la autoridad judicial.

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.

En suma, 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, 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. (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de sentencias.**

STS 356/2016, de 26/04/2016  
RC 1434/2015

La motivación debe abarcar (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril y 27 junio 1995), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

En definitiva, el deber constitucional de motivar las sentencias penales abarca los tres extremos, anteriormente indicados, pero con respecto al primero, el deber de motivar los elementos fácticos de las resoluciones, tiene – entre otras– las siguientes conclusiones: 1º) No es posible una simple valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial. 2º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas» (Sentencia 123/2004, entre otras). 3º) Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada. 4º) Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados. 5º) Que en el supuesto de que tales pruebas se refieran a observaciones telefónicas, no basta con una referencia genérica a la documental de la causa, o a sus transcripciones, sino que debe indicarse cuáles son las frases concretas

de donde se deduce, por prueba directa o indirecta, la participación de cada acusado en cuestión. (F.J. 4º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Reproducción y traducción de grabaciones telefónicas en el acto de juicio oral.**

STS 307/2016, de 13/04/2016  
RC 10412/2015

En los escritos de calificación de las defensas, ante la petición del Ministerio Fiscal como prueba del plenario que se procediera en la vista oral a las escuchas de las conversaciones telefónicas que figuran en los resúmenes aportados por la policía como escuchas inculpativas, ninguna de las defensas se opuso a tal pretensión probatoria. Sólo la defensa del acusado E.C.I., ya en la fase de cuestiones procesales previas del plenario (art. 786.2 LECr., analógicamente aplicado al proceso ordinario), impugnó de forma incidental que fueran traducidas esas conversaciones en la vista oral del juicio por los intérpretes allí presentes, sin que en ese momento adoptara decisión alguna el Tribunal.

Fue ya después, con motivo de las traducciones de los apartados de los resúmenes en la fase estrictamente probatoria cuando, ante una nueva queja de la referida defensa, el Tribunal denegó la práctica de esa prueba, argumentando el Presidente *in voce*, como fundamento de su denegación, el “componente de sorpresa relevante” que conllevaba la traducción de unas conversaciones que sólo aparecían resumidas en el sumario, en el caso de que se introdujeran directamente en la vista oral sin estar traducidas literalmente de forma íntegra en la fase previa.

Las conversaciones que los imputaban aparecían ya resumidas en el sumario de la causa y las imputaciones derivadas de las mismas constaban formalizadas en los escritos de calificación provisional y definitiva. Si bien, como ya anticipamos, esa operación de tráfico de metanfetamina ni siquiera fue después objeto de la sentencia.

Los resúmenes de las conversaciones como método de investigación y de imputación sumarial son reiteradamente admitidos por la jurisprudencia de esta Sala, según se comprobó *supra*.

Tal como ha reiterado esta Sala en la jurisprudencia *supra* citada, una vez plasmados en la fase sumarial los resúmenes de las conversaciones inculpativas, su traducción en la vista oral del juicio estaba totalmente legitimada desde la perspectiva procesal del derecho a la acusación del Ministerio Público, habida cuenta que la auténtica prueba es la que se practica en la vista oral del juicio.

En el presente caso no puede hablarse de una indefensión material y efectiva de los acusados, toda vez que en la fase de instrucción pudieron

solicitar la traducción de todos los apartados de las escuchas que estuvieran relacionados con los resúmenes que incriminaban a los imputados que cita el Ministerio Fiscal. Y lo que es más importante, en la vista oral del juicio podían también solicitar que se tradujeran íntegramente las partes referentes a los resúmenes que los inculpaban. Por consiguiente, no cabe hablar de omisiones por parte del Juez de Instrucción ni del Secretario en la fase de investigación, sino de omisión o pasividad de las defensas a la hora de interesar la transcripción o traducción de las conversaciones que complementaban las escuchas incriminatorias. Omisión que pudieron solventar incluso en la fase del plenario, donde, ante los datos que les incriminaban, consideraron más operativo invalidar toda la prueba con argumentos que se oponen a los criterios que sobre la eficacia y operatividad de las escuchas telefónicas tiene establecidos esta Sala. (F.J. 1º)

### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: modificaciones fácticas.**

STS 177/2016, de 02/03/2016  
RC 1481/2015

El principio acusatorio parte de una estricta correlación entre la acusación y la declaración judicial de condena realizada por el tribunal, de manera que éste no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y del que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide supone la realización de la justicia de acuerdo a las exigencias derivadas de la observancia del derecho de defensa. En la sentencia se absuelve de la imputación de agresión y se condena por abusos sexuales, lo que permite afirmar en esta revisión casacional que el recurrente, en todo momento, fue informado de la acusación, conoció las distintas subsunciones planteadas y planeó su defensa. Los cambios propiciados por el desarrollo de la prueba en la calificación del Ministerio fiscal, además de factibles, permiten una petición de suspensión si se estima que esa alteración fáctica no permite un adecuado ejercicio de la defensa del imputado, lo que no se instó, precisamente, porque no era esencial y porque, como se afirma en el recurso, mejoraba la posición procesal del acusado y la calificación, entre agresión y abuso sexual, era homogénea. (F.J. 1º)

### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: modificaciones fácticas.**

STS 161/2016, de 02/03/2016  
RC 1441/2015

Sostiene el recurrente que se ha producido una vulneración del principio acusatorio porque en las conclusiones definitivas el Ministerio fiscal, y la acusación particular, que se adhirió a la calificación de la acusación pública, alteraron la subsunción y la relación fáctica causando indefensión al acusado que no pudo practicar prueba para desvirtuar los escritos de calificación definitiva.

El motivo carece de base atendible. En los escritos de calificación definitivos, las partes acusadoras mantuvieron en lo sustancial la relación fáctica y la subsunción postulada contenida en los escritos de calificación provisional. Respecto de los hechos absueltos en la sentencia la modificación es irrelevante, y respecto a los hechos de la condena se amplía la relación fáctica para expresar que a la menor de 13 años "la acaricia, besaba y desnudaba", relato ya contenido en la anterior relación fáctica, en lo sustancial, al referir que mantiene una relación con la menor desde 2010 hasta finales de 2011 cuando hubo relación con penetración. La modificación es la resultancia de la actividad probatoria. (F.J. 4º)

### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: modificaciones fácticas. Hechos esenciales y no esenciales.**

STS 189/2016, de 04/03/2016

RC 1262/2015

El principio acusatorio, que no debe confundirse con el sistema acusatorio, en sentido estricto se manifiesta en todo proceso penal como la exigencia de una acusación previa por un órgano distinto del enjuiciador para que una persona pueda ser condenada. Luego es consecuencia necesaria de lo anterior el derecho a ser informado de la acusación que de esta forma se integra en el principio acusatorio (artículo 24.2 CE), porque si no se conocen los hechos el acusado no podrá defenderse de los mismos ni contradecirlos. Desde esta perspectiva el contenido de la información es en primer lugar esencialmente fáctico en cuanto que los términos de la acusación necesariamente deben contener el hecho punible que constituye el objeto del proceso, relatando de forma accesible, clara y precisa un hecho concreto en relación con una persona y penalmente relevante, lo que determina la extensión del contenido del principio acusatorio también a la calificación jurídica imponiendo limitaciones al Tribunal sobre la misma. Por ello la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo proscriben las acusaciones implícitas o sorpresivas y advierte de la vinculación del principio acusatorio con el derecho de defensa, tutela judicial e incluso se relaciona con la independencia judicial puesto que si el juez se extralimita en relación con el hecho punible fijado por la acusación compromete su imparcialidad.

Partiendo de lo anterior, es preciso analizar la otra vertiente de la cuestión, la congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia, pues

también debe admitirse que el principio acusatorio no supone necesariamente que el tribunal no pueda introducir modificaciones en su relato siempre que la identidad esencial de los hechos resulte respetada. (F.J. 11º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio y rectificación de errores materiales.**

STS 149/2016, de 25/02/2016  
RC 965/2015

Los dos primeros motivos del recurso toman pie de un patente error mecanográfico de la sentencia que cita los arts. 284, 294 y 250.5º CP (349 en otro lugar) en vez de los arts. 248, 249 y 250.5. Estamos ante un *baile de cifras* que no entorpece lo más mínimo la inteligencia de la sentencia. En el art. 267 LOPJ y en su eco en el proceso penal (art. 167.4º LECrim) encontramos la herramienta apta para corregir tal errata. Es un despropósito tratar de convertir un evidente desliz mecanográfico no ya en una infracción de ley, sino en la conculcación de un derecho fundamental. Es algo mucho más prosaico remediable a través de un mecanismo muy simple: una rectificación que puede hacerse en cualquier momento por el propio Tribunal. (F.J. 1º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración: decomiso no solicitado.**

STS 238/2016, de 29/03/2016  
RC 913/2015

Constatado que efectivamente en conclusiones definitivas, el decomiso de esa vivienda no fue solicitado, el Ministerio Fiscal apoya el motivo.

Por tanto, como indica la STS núm. 793/2015, de 1 de diciembre, tras recordar que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/2007 de 30 de mayo, 16/2009 de 27 de enero), indica que “desde una perspectiva procesal, conviene subrayar que el comiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada”. Requisitos que igualmente exigen las SSTS 764/2012, de 9 de octubre y 401/2012, de 24 de mayo, para el comiso de corte clásico como es el de autos.

Consecuentemente, no solicitado en autos por la acusación, el motivo debe ser estimado y seguidamente dejar sin efecto el comiso decretado sobre la referida vivienda. (F.J. 5º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: hechos calificados como hurto cuando la acusación era por apropiación indebida y estafa.**

STS 577/2016, de 29/06/2016  
RC 2148/2015

En autos, es cierto que la sentencia recurrida afirma que la calificación adecuada a los hechos declarados probados es la de hurto; pero tras invocar para luego cuestionar la STS 761/2014, de 12 de noviembre, afirma que la condena por ese título infringiría el principio acusatorio; aunque una lectura más atenta de la misma, hubiera podido constatar que a diferencia de lo que acaece en autos, donde el Tribunal entiende que el dinero se “tomó” en contra de la voluntad de su dueño, allí no resulta discutida y resulta del propio relato esa voluntad contraria, al describir la sustracción del dinero depositado en la caja de fuerte, donde la supuesta única llave de la caja ajena la poseía la persona titular del dinero; mientras que en el supuesto ahora enjuiciado ninguna de las acusaciones afirma tal voluntad contraria; hecho nuevo del que efectivamente la defensa no pudo defenderse y que efectivamente impedía la condena por delito de hurto y determina la desestimación del recurso. Dicho de otro modo, con el relato histórico contenido en las conclusiones definitivas de las acusaciones, en autos, no resulta viable la condena por delito de hurto, pues no constaba la voluntad contraria de la recurrente a que su Letrado recogiera el sobre, con independencia de que al conocer su contenido mostrara su desaprobación. (F.J. 4º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: se vulneraría de acoger nueva calificación mantenida por el Fiscal en el recurso de casación.**

STS 453/2016, de 25/05/2016  
RC 85/2016

En definitiva, el Ministerio Fiscal puso el énfasis en su calificación definitiva en la clandestinidad de la instalación, y al no ver recogido este tipo penal del art. 326 Cpenal, trata, en su recurso de injertar en su calificación el tipo agravado de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, extremo, sobre el que no existió acusación, y no existió debate en el Plenario como se acredita con la lectura del acta del Plenario.

En la declaración de los técnicos de la Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo --Peritos Sra. A.-- solo se recoge que esos vertidos y esos metales

que se van acumulando (tienen) *"repercusiones a la vida humana bastante importantes, pueden llegar llegando al agua, aunque no hubiera llegado --sic-- pero por la cadena atrófica pueden dar problemas de tipo renal, y por cáncer pulmonar, y enfermedades varias de gran riesgo potencial"*, lo que no deja de ser una afirmación que sin dudar de su posible certeza, es claro que ni se acusó por el Ministerio Fiscal de tal tipo agravado, ni por tanto se pudo plantear prueba por parte de la defensa, ni en definitiva hubo un debate contradictorio en el Plenario.

Es claro, como conclusión de todo lo razonado, y en líneas a lo alegado por la parte recurrida en su escrito de impugnación al recurso del Ministerio Fiscal, que la condena por tal tipo agravado que se pretende por el Ministerio Fiscal supondría, a no dudar, una violación del principio acusatorio al no haberse formulado acusación concreta y específica por tal delito y por lo tanto la petición del Ministerio Fiscal generaría una evidente indefensión con alcance constitucional, además a consecuencia de la vulneración del principio acusatorio, no existiría congruencia entre lo acusado y lo condenado.

La petición que efectuó el Ministerio Fiscal en su recurso es claramente improsperable. (F.J. 2º)

### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: solicitud por el M. Fiscal de rebaja de pena en dos grados, pero la sentencia la rebaja en un grado.**

STS 426/2016, de 19/05/2016  
RC 2107/2015 P

No es aplicable el Pleno de esta Sala 27.11.2007 previsto para los supuestos de un error material en la solicitud de la pena por clara divergencia entre lo pedido por la acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, que no vincula al Tribunal sentenciador con base al principio de legalidad, debiendo optarse por la imposición de la pena, en su mínima extensión, que no necesita ser motivada, porque no es sino una consecuencia legal.

Por lo tanto, si lo sería el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20.12.2006: "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".

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno.

Ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra de principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le

impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación. (F.J. 1º)

**COMPETENCIA. Delito de asesinato en el ámbito de la violencia de género cometido en Venezuela por el condenado que tiene la doble nacionalidad.**

STS 249/2016, de 31/03/2016  
RC 10848/2015 P

En primer lugar los hechos enjuiciados han ocurrido en su totalidad en Venezuela, en la localidad El Tigre, como consta en el hecho probado. Tras los hechos, el ahora recurrente que recordemos tiene doble nacionalidad venezolana y española, vino a España, habiendo sido solicitada por las autoridades venezolanas la extradición del mismo para ser enjuiciado por los Tribunales de aquel país, y en tal sentido consta en los autos el expediente gubernativo de extradición, que por auto de 11 de Agosto de 2011 --folio 185 del Tomo I-- fue remitido a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Por nuevo auto de 2 de Noviembre de 2011 --folio 493, Tomo II-- se acordó por el Tribunal de la Sala de lo Penal la procedencia de la extradición en esta fase jurisdiccional, si bien, por nuevo auto de 7 de Febrero de 2012 --folio 548-- fue condicionada la extradición a la prestación por las autoridades venezolanas de la garantía de la reciprocidad. Finalmente, al no darse tales garantías, no hubo lugar a la extradición y la competencia recayó sobre el Tribunal de la Audiencia Nacional en su Sala Penal, una vez que el Ministerio Fiscal formalizó querrela el 16 de Mayo de 2012 contra el ahora recurrente por el delito de asesinato exclusivamente --folios 593 y siguientes del Tomo III de la Instrucción--, tratándose de un ciudadano español que ha cometido hechos delictivos fuera de España, siendo los hechos igualmente delictivos en el país donde ocurrieron --Venezuela-- y tras la interposición por parte del Ministerio Fiscal de la oportuna querrela. La competencia para el enjuiciamiento de tales hechos recayó en los Tribunales españoles, en concreto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y no el Tribunal del Jurado.

En este sentido basta con la cita del art. 23-2º de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2014 relativa a la Jurisdicción Universal. (F.J. 2º)

**COMPETENCIA. Principio de territorialidad: preparación en España de un transporte de droga desde Camerún.**

STS 307/2016, de 13/04/2016  
RC 10412/2015 P

La participación delictiva no precisa realizarse dentro del perímetro propio de lo que es la ejecución del hecho delictivo, sino que se trata de actos

que, sin integrar la ejecución de la acción típica nuclear que describe la norma, inducen a ella o cooperan a su ejecución, sin que sea preciso que esos actos que, dentro de nuestro sistema penal, se equiparan a la autoría delictiva [art. 28, apartados a) y b)], se realicen dentro del ámbito estricto de la ejecución de la conducta típica que prevé el precepto.

Por consiguiente, el hecho de que la acción de la adquisición, tenencia y transporte de la droga se realizara fuera de España no excluye que los actos de participación delictiva pudieran realizarse en España, y además con anterioridad a la ejecución típica de la conducta que describe el tipo penal.

Pero, a mayores, también resulta imprescindible traer a colación que el tipo penal del art. 368 contempla como actos subsumibles en la conducta típica los consistentes en promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, lo que significa que los comportamientos que en otros delitos serían calificados como actos de participación, aquí se integren en la autoría. Pues, tal como tiene afirmado esta Sala de forma reiterada, el concepto extensivo de autoría que acoge el tipo penal del art. 368 determina que se incluya dentro del mismo cualquier acto de favorecimiento o facilitación del consumo de la droga, circunstancia que estrecha hasta tal punto el espacio normativo atribuible a las formas de participación que dificulta de forma sustancial la posibilidad de apreciar los actos normalmente incardinables en la cooperación necesaria y en la inducción delictiva, protegiéndose así de forma extraordinaria el bien jurídico que tutela la norma penal merced a una ampliación considerable del marco normativo propio de la autoría.

Por consiguiente, una vez que, según se afirma en la sentencia, M.C.A. adquirió la sustancia estupefaciente en Camerún, los actos ejecutados previamente en España no serían subsumibles en una mera inducción o cooperación necesaria, sino que tendrían que ser considerados supuestos de coautoría cometidos en España con respecto a una acción delictiva materializada en Camerún. (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Cadena de custodia. Doctrina.**

STS 491/2016, de 08/06/2016  
RC 206/2016

Una infracción menor de la cadena de custodia solo constituye una irregularidad que no determina la exclusión de la prueba del proceso, por lo que debe igualmente ser valorada como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, sin perjuicio de que el defecto apreciado pueda afectar a su poder de convicción o fiabilidad. Por el contrario una infracción mayor o muy relevante de la cadena de custodia debe determinar la invalidez de la prueba, en la medida que su valoración afectaría al derecho a un proceso

con las debidas garantías, al no poderse garantizar la autenticidad de la fuente de prueba. (F.J. 10º)

**PRUEBA. Declaración testifical. Testigo fallecido sin que el acusado pueda interrogarlo.**

STS 438/2016, de 24/05/2016  
RC 2052/2015

No es conforme a la Constitución ni a la ley, por lo tanto, impedir, directa o indirectamente, al denunciado o querellado intervenir en las diligencias que se practiquen en la fase de instrucción, ya desde el primer momento en que su identidad esté establecida, pues desde ese momento debe comunicársele la existencia del procedimiento y las razones de su incoación.

La imposibilidad sobrevenida de interrogar al testigo en el juicio oral, por su fallecimiento o desaparición, o por cualquier otra causa, no anula la declaración prestada en instrucción de forma inobjetable. Es decir, ante el Juez y garantizando el principio de contradicción, y siempre que se reproduzca adecuadamente en el plenario, mediante su lectura o a través de la visualización y audición de su grabación. Incluso, en los casos en los que no se haya podido hacer efectivo el principio de contradicción por causas imputables exclusivamente al propio acusado, la diligencia de instrucción podrá incorporarse como prueba de cargo al plenario a través de los mismos medios mencionados.

Al basar la condena en la declaración de un testigo al que el acusado no ha tenido oportunidad de interrogar por causa que no le sea imputable, se le causa una indefensión prohibida por la ley, debido a una restricción inasumible de los derechos de defensa. (F.J. 1º)

**PRUEBA. Declaración testifical. Valor de las declaraciones prestadas en sede policial. Doctrina**

STS 15/2016, de 26/01/2016  
RC 10748/2015 P

La STC 68/2010, de 18 de octubre, ya advertía 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; y que la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial.

La doctrina del Tribunal Constitucional es tan tajante, y afortunadamente inequívoca, que se ocupa de tapar toda coartada para la discrepancia: Puesto que no pueden contribuir a enervar la presunción de inocencia, se veta su acceso al juicio oral. Tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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.

Por eso el Tribunal Constitucional en el año 2010, como antes en los años 1989, 1994, 1995 y 2003, concluye: Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente.

Pero en el amparo resuelto por la STC 68/2010, también se había debatido si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales.

Pues bien, al respecto debemos concluir con el Tribunal Constitucional que: En la medida en que dicho testimonio (el de agentes policiales que acudieron como testigos al juicio oral) es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar. (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Declaración testifical. Valoración de la prueba practicada en fase sumarial. Doctrina.**

STS 270/2016, de 05/04/2016  
RC 10381/2015 P

Tiene establecido esta Sala en lo que se refiere a la aplicación del art. 730 de la LECr. ( SSTS. 904/2006, de 16-10; 1080/2006, de 2-11; 732/2009, de 7-7; 1238/2009, de 11-12; y 867/2010, de 21.10) que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio

oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, que han de ser interpretadas restrictivamente, pues no puede negarse todo valor probatorio, y en todo caso, a las diligencias sumariales.

El TC ha venido exigiendo para permitir la declaración del testigo fuera del juicio oral que concurra una situación de imposibilidad de que declare en el juicio, citando entre otros supuestos el fallecimiento antes de la celebración del juicio, cuando padezca una grave lesión cerebral o cuando su localización no sea factible (SSTC 209/2001, 1/2006, 345/2006 y 134/2010). No exige el TC la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, pues considera que no siempre va a ser posible asegurar la presencia del acusado o de su abogado en la declaración sumarial del testigo, ya porque el mismo acusado renuncia a aprovechar la oportunidad ofrecida y no acude a la declaración, ya por otras circunstancias.

La concepción del TC es coincidente con la seguida por el TEDH que, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 d) CEDH, ha venido asumiendo que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, por lo que declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al "proceso debido" si han podido ser sometidas a contradicción<sup>7</sup>. 7 SSTEDH 24.11.1986, Unterpertinger c. Austria, § 31; 20.11.1989, Kostovski c. Holanda §41; 27.9.1990, Windisch c. Austria, § 26; 20.9.1993, Saïdi c. Francia, § 43; 27.2.2001, Lucà c. Italia, § 40. En este sentido, el TC, por influencia del TEDH, ha elevado la garantía de contradicción a requisito irrenunciable del proceso equitativo, de modo que, si bien puede excepcionalmente prescindirse de otras garantías de la correcta valoración probatoria -como la inmediación-, únicamente si el acusado ha tenido una oportunidad de interrogar al testigo podrá erigirse tal declaración en prueba de cargo. La regla establecida por el TEDH aparece claramente recogida en la sentencia *Lucà contra Italia, de 27 de mayo de 2001*. (F.J. 1º Recurso R.M.C.)

### **PRUEBA. Informe negativo de prueba de ADN. No siempre acredita la inocencia.**

STS 60/2016, de 04/02/2016  
RC 10215/2015 P

Si las demás pruebas son concluyentes, el informe negativo de la prueba de ADN no acredita necesariamente la inocencia del condenado, sino que, o bien no se obtuvieron en el caso huellas genéticas del procesado, o que existieron otras que daban cuenta de autorías o contactos diversos, que no anulan el primero. En el caso enjuiciado, consta como probado que el

recurrente utilizó un preservativo para consumir la agresión sexual, lo que explica la ausencia de huellas de su perfil genético. (F.J. 2º)

### **PRUEBA. Pericial de inteligencia.**

STS 134/2016, de 24/02/2016  
RC 10229/2015 P

Se apoyan los Jueces de instancia en lo que califican como "*pericial de inteligencia*", refiriéndose así al dictamen emitido por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que extendieron sus explicaciones al *modus operandi* de este tipo de organizaciones y que tomaron como base los documentos, fotografías y huellas proporcionados por la Fiscalía holandesa. Abundan los precedentes de esta Sala relacionados con el valor probatorio de esa clase de informes (cfr. STS 870/2012, 5 de diciembre). No existe en nuestro derecho la figura del "*consejero técnico*", propia de otros sistemas procesales de nuestro entorno. No resulta fácil, desde luego, calificar como prueba pericial, sin otros matices, las explicaciones ofrecidas por los agentes de policía acerca de la forma de actuar de determinadas organizaciones o bandas criminales. Lo cierto es, sin embargo, que la reforma de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil ensanchó el espacio funcional reservado al perito. Ya no se trata de suplir las carencias del Juez o Fiscal mediante un dictamen relacionado con los "*conocimientos científicos o artísticos*" (art. 456 LECrim). Lo que el art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza –con incuestionable valor supletorio– se extiende, no sólo a los "*conocimientos científicos o artísticos*", sino a los "*conocimientos técnicos o prácticos*". Es evidente, por tanto, que la colaboración de un profesional en la descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones, las habituales técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al Juez, al Fiscal y al resto de las partes, una explicación detallada de la "*práctica*" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas. (F.J. 5º)

## **PROCEDIMIENTOS. Procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Presencia en la deliberación de los jurados suplentes.**

STS 468/2016, de 31/05/2016  
RC 10757/2015 P

Es claro que los jurados suplentes no pueden ni deben estar presentes en las sesiones del Tribunal del Jurado destinadas a la deliberación y votación de los puntos objeto de veredicto, pues estas sesiones son secretas (art. 55.3 LOTJ), no permitiendo la ley que los miembros titulares del jurado mantengan comunicación con persona alguna hasta que hayan emitido el veredicto (art. 56.1 LOTJ), y además la ley establece expresamente que, hasta que se lea el veredicto, los jurados suplentes deben permanecer a disposición del Tribunal en el lugar que se les indique (art. 66 2 LOTJ), que indudablemente no debe ser la Sala donde deliberan los jurados titulares. Por tanto la presencia de los jurados suplentes durante la deliberación constituye una irregularidad procesal, y una contravención legal.

Pero para que pueda calificarse como una vulneración constitucional del derecho a un juicio con todas las garantías o del derecho al juez legalmente predeterminado, con la drástica consecuencia de la anulación y repetición del juicio por otro jurado, es necesario que esta irregularidad formal haya generado algún efecto material.

En el caso actual consta que la presencia de los jurados suplentes fue consecuencia de una decisión del Magistrado Presidente para no tener que reiniciar la deliberación, caso de que uno de ellos tuviese que incorporarse al jurado titular por incapacitación de alguno de sus miembros. Decisión errónea, que no debió ser adoptada, pues el Magistrado Presidente es el encargado de velar porque se cumplan los estrictos términos de la ley del Jurado. Pero, en todo caso, esta decisión se adoptó con la prevención de que los jurados suplentes eran meros "*convidados de piedra*", sin voz ni voto, que ni podían participar en las deliberaciones ni expresar su opinión en las decisiones. En el Acta no consta que su presencia como asistentes silentes ocasionase incidencia alguna y todas las decisiones aparecen adoptadas exclusivamente por los Jurados titulares. En consecuencia, no cabe apreciar que esta irregularidad formal generase efecto alguno que pudiese afectar al correcto funcionamiento del proceso de deliberación y decisión de los jurados titulares. (F.J. 1º)

## **PROCEDIMIENTOS. Procedimiento de menores. No se aplica a mayores de 18 años y menores de 21 años (art. 69 CP)**

STS 11/2016, de 21/01/2016  
RC 10455/2015 P

Hay que recordar la precisión contenida en el art. 69 del Cpenal --que formalmente sigue en vigor, aunque sin efecto--, según la cual "*al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regula la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga*", tal precisión hacía referencia a la facultad de sustituir la pena impuesta al autor del delito incluido en esa franja de edad en los términos previstos en la LORRP de los Menores, pero esa posibilidad ya fue, primero suspendida por un plazo de dos años en la L.O. 9/2000 de 22 de Diciembre.

Posteriormente, la L.O. 9/2002 de modificación del Cpenal dispuso en una disposición transitoria una nueva suspensión de la vigencia de tal posibilidad hasta el 1 de Enero de 2007.

Finalmente, la L.O. 8/2006 de 4 de Diciembre, suprimió, definitivamente la posibilidad de aplicar la LORRP de los Menores a los infractores comprendidos entre los 18 y los 21 años, pero, sin duda por olvido, tal posibilidad --teórica y vacía de contenido-- queda en el art. 69 Cpenal que carece de contenido práctico.

En definitiva está suspendida la aplicación de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores con edades comprendidas entre los 18 y 21 años con la consecuencia de que la posibilidad contemplada en el art. 69 del Cpenal no es de aplicación, como viene a reconocer el propio recurrente en su motivo. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala así lo tiene declarado. En la STS 1363/2004 se declara que el sometimiento de los infractores con edad superior a 18 años al Cpenal hasta los 21 años, a la justicia de menores, (posibilidad, no obligación), obedecía solo a consideraciones preventivo-especiales y no a suponer una menor culpabilidad por el delito cometido.

En el mismo sentido, la STS de 4 de Diciembre de 2012 declara que la edad del autor del delito, una vez superado el límite de la jurisdicción de menores --hasta los 18 años-- no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del delito en clave atenuatoria.

Dicho más claramente, se es o no mayor de edad desde la perspectiva penal y no cabe una mayoría de edad incompleta, con independencia de que puedan serle aplicados a la persona concernida los expedientes de atenuación recogidos en el art. 21 Cpenal como atenuante o eximente incompleta pero no fundadas en la edad mayor de 18 años, pero inferior a 21 años. (F.J. 3º)

**SENTENCIA. Sentencia de conformidad. Recurribilidad: pena superior a seis años de prisión.**

STS 291/2016, de 07/04/2015  
RC 10692/2015

En el caso actual es claro que nos encontramos en uno de los supuestos en que el recurso contra una sentencia de conformidad es admisible, y además debe ser estimado, pues la pena impuesta (14 años y 3 meses de prisión) supera de modo manifiesto el límite legal establecido para esta modalidad de sentencias. El límite máximo punitivo establecido legalmente para las conformidades es el de seis años de prisión, según lo dispuesto por el art. 787.1 de la Lecrim, para el procedimiento abreviado, regla que es extensible al procedimiento ordinario, en el que el art. 655 de la Lecrim establece la conformidad para las penas “correccionales”, que son precisamente las que no superan los seis años de privación de libertad. (F.J. 4º)

### **RECURSOS. Recurso de casación. Adhesión al recurso.**

STS 148/2016, de 25/02/2016  
RC 856/2015

Si el fallo de la sentencia se ajusta a lo solicitado por la parte (en este caso el ahora recurrido que fue absuelto por considerarse atípica la conducta) falta el gravamen imprescindible para recurrir autónomamente. Pero si recurre la otra parte ha de arbitrarse una fórmula para que el recurrido pueda reproducir sus razones desoídas por el Tribunal.

Una interpretación desde premisas constitucionales del instituto de la adhesión al recurso de casación -razonaba- obliga a permitir esa adhesión al recurrido absuelto *“que... no tendría en principio interés legitimador alguno para recurrir la sentencia que lo absuelve”* pero que *“si surge frente a él una nueva situación de riesgo de condena, derivada de la interposición del recurso de casación de la parte acusadora, pueda hallarse en la necesidad de defenderse, no solo frente al recurso, sino frente a determinados contenidos de la sentencia recurrida, que puedan justificar su condena y que en tal caso, y en cuanto parte que no ha preparado el recurso podrá adherirse a él y para ello podrá alegar los motivos que le convengan”*.

*“Tales motivos, lógicamente, pueden ser en su caso especial de sentido contrario a los que fundan el recurso de casación que abre la oportunidad de adhesión, pues si no, mal pueden servir a la defensa propia que es la clave constitucional obligada de la interpretación ex art. 24.1 y 2. CE, en relación con el art. 5.1 LOPJ...”*.

*“...Por el contrario una interpretación del precepto legal que en esta hipótesis legal cierre el paso a la adhesión del acusado absuelto, al impedirle impugnar los contenidos adversos de la sentencia, le sitúa en una clara situación de indefensión constitucionalmente inadmisibles, lo que determina que tal interpretación deba considerarse constitucionalmente rechazable”*.

Otro pronunciamiento del TC (sentencia 148/2003, de 14 de julio) insistirá en razonamientos similares.

La dicción del art. 861 de la LECrim -permite adherirse al recurso a la parte que no ha preparado el recurso *alegando los motivos que le convengan*-favorece esa interpretación amplia de la adhesión que ya estaba implantada en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado con el nombre de recurso supeditado y que después fue trasladada en la reforma de 2009 al recurso de apelación en el procedimiento abreviado. En la jurisprudencia de esta Sala se ha abierto ya paso a raíz del acuerdo antes citado esa concepción más amplia de la adhesión particularmente en supuestos como el aquí analizado en que se presenta como el único mecanismo que salvaguarda con plenitud el derecho de defensa. (F.J. 2º)

### **RECURSOS. Recurso de casación. Cuestión nueva. Doctrina.**

STS 129/2016, de 23/02/2016  
RC 10743/2015 P

El ámbito de la casación y en general de los recursos se ciñe 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 y de una primera respuesta que 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).

Ese principio general admite excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) 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. Valen también como ejemplos la prescripción o la cosa juzgada. Para admitir esta excepción se exige la constancia en la sentencia de todos los requisitos necesarios para la aplicación de la atenuante o de la causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal. No sucede así en este supuesto como se verá enseguida. La mera mención a una condena en Francia es insuficiente para alcanzar conclusiones seguras sobre la cosa juzgada. Cuando la omisión en la instancia de la invocación de esa cuestión que se blande solo en casación trae causa de una explicación coherente desde la estrategia defensiva, más o menos acertada, debe minorarse el rigor con que en principio hay que aplicar el postulado general de prohibición de alegación de cuestiones nuevas en vía de recurso. Tampoco se aprecia tal circunstancia en este supuesto: nada impedía a la defensa hacer valer esa excepción y no reservarla para sorpresivamente mostrarla en casación de forma novedosa. (F.J. 3º)

## **RECURSOS. Recurso de casación. Flexibilización del formalismo.**

STS 377/2016, de 03/05/2016  
RC 1274/2015

Los motivos se entremezclan y superponen unos con otro, solapando o reiterando contenidos; la leyenda que encabeza cada motivo no siempre se ajusta a su desarrollo; se aglomeran en un mismo motivo quejas plurales con olvido del principio de debida separación de motivos; se omite el breve extracto que según la disciplina legal ha de preceder cada desarrollo argumental. No se trata de concesiones al ritualismo en una especie de sacralización de las formas. Todas esas exigencias legales obedecen a razones pensadas y reales al servicio del principio de contradicción (permiten a las otras partes identificar con claridad las razones del recurrente para poder impugnarlas) y también al derecho a la tutela judicial efectiva, pues ese orden legal facilita al Tribunal dar respuesta a todas y cada una de las razones ordenadamente expuestas por el impugnante, evitando olvidos.

El desorden y la confusión temática del alegato podrían encajar en la causa de inadmisión prevista en el artículo 884.4º LECrim. No obstante el hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva obliga a administrar con mayor indulgencia la inobservancia de esos requisitos formales (STS 1068/2012 de 13 de noviembre). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits formales detectados en esos casos (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM, o STS 705/2012, de 27 de septiembre). A esa flexibilización estimula también la consideración de que la casación hasta diciembre del pasado año es el único recurso del que dispone quien es condenado por una Audiencia Provincial. (F.J. 2º)

## **RECURSOS. Recurso de casación. Flexibilización del formalismo: divergencia entre preparación e interposición.**

STS 505/2016, de 09/06/2016  
RC 10497/2015 P

No hay que minusvalorar los requisitos formales. Obedecen a finalidades dignas de ser atendidas (STS 705/2012, de 27 de septiembre). Pero debe indagarse sobre su funcionalidad para que no degeneren en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido, lo que contrariaría el principio pro *actione* (art. 11.3 LOPJ). En un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio esas exigencias de naturaleza adjetiva, pero siempre vinculadas a fines materiales. Aunque la jurisprudencia felizmente ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (por todas, STC 123/1986, de 22 de

octubre), no puede dejar de reseñarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera lógico y conforme con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en recursos extraordinarios como la casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia). Pero en nuestro Derecho Procesal vigente la casación, hoy por hoy y en tanto no plasmen legislativamente las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la generalización de la apelación en materia penal, es el único recurso del que dispone el condenado por una Audiencia Provincial.

En congruencia con estas ideas, el principio de unidad de alegaciones se ha dulcificado hasta casi ser abandonado cuando se trata de un recurso de las partes pasivas. El ensanchamiento de que ha sido objeto el recurso de casación coadyuva a esa flexibilización. Si en épocas pretéritas era necesaria esa formalidad para una correcta identificación de los trámites a seguir (diferentes en el caso del art. 849.2º, o del art. 850 en los que se imponía la remisión de ciertas actuaciones), en la actualidad la frecuente invocación del principio de presunción de inocencia con la consiguiente necesidad de consultar el material probatorio para decidir el recurso, ha generado una praxis muy generalizada de elevación de todas las actuaciones a este Tribunal, salvo casos excepcionales. Con eso ha perdido en gran parte su fundamento esa exigencia formal. No cabe derivar por tanto ninguna consecuencia de esa irregularidad formal".

A tenor de las Sentencias citadas, y visto la dualidad de profesionales que han intervenido en las dos instancias, habiéndose designado letrado de oficio, de renuncia de la dirección letrada en primera instancia, es por lo que entendemos, que el desajuste que pudiera apreciar esta Sala entre el motivo de casación anunciado y el presente motivo formalizado, no constituye una irregularidad formal tal que deba impedir el conocimiento y resolución del mismo por este Excmo. Tribunal". (F.J. 18º)

## **RECURSOS. Recurso de casación. Sistemática en la ordenación de los motivos.**

STS 536/2015, de 17/06/2016  
RC 1101/2015

El orden sistemático de los motivos es relevante, pues la infracción de ley exige el respeto del relato fáctico, por lo que carece de lógica formular este motivo de recurso con anterioridad a otros en los que se cuestiona dicho relato, y que, en caso de prosperar, permitirían fundamentar la infracción legal denunciada sobre una base más conveniente. Tampoco tiene sentido plantear como prioritario el análisis de la subsunción jurídica cuando en un motivo posterior, por quebrantamiento de forma, se interesa la nulidad del juicio, o la

de la sentencia, pues lo expuesto al resolver este primer motivo perdería toda efectividad en caso de prosperar el siguiente. En consecuencia, el orden lógico es plantear, en primer lugar, las infracciones constitucionales, a continuación los motivos por quebrantamiento de forma, seguidos del error en la valoración de la prueba, concluyendo con la infracción de ley. (F.J. 5º)

### **RECURSOS. Recurso de casación. Sentencias absolutorias. Doctrina.**

STS 179/2016, de 03/03/2016  
RC 1447/2015

Toda condena ha de fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la resolución, tras un debate público en el que se brinde ocasión para la contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en vía de recurso se plantean cuestiones de hecho vinculadas a la valoración de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, es imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal debe oír personalmente a testigos, peritos y acusados, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 sentó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. (F.J. 3º)

La doctrina del valor complementario respecto de los hechos probados de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho está en franca revisión. Ahora bien, solo cuando se utiliza *contra reo*; nunca cuando juega en favor del reo.

Pese a que no se haga mención expresa en el hecho probado como debiera hacerse, es claro que la Audiencia ha tenido por acreditado y así llega a afirmarlo en la fundamentación jurídica (fundamento de derecho segundo) que el acusado interpretó que el consentimiento sexual otorgado por la menor era válido legalmente (es decir desde la perspectiva de la mera legalidad; otra cosa es en el nivel de los comportamientos social o moralmente admitidos o reprobados); dicho de otra forma, que tenía eficacia justificadora del acceso carnal con ella. Eso es un dato fáctico aunque se trate de un elemento interno y aunque esté situado en un pasaje inapropiado de la sentencia. No podemos por ello revisarlo en casación. (F.J. 4º)

### **RECURSOS. Recurso de casación. No vigencia del principio acusatorio.**

STS 205/2015, de 10/03/2016  
RC 917/2015

La STS 859/2013, de 21 de octubre aborda directamente esa temática inclinándose decididamente por considerar intactas las posibilidades de este Tribunal de estimar o no el recurso pese a no existir posiciones contradictorias en casación. Tal sentencia venía, no obstante, acompañada de un voto particular. El razonamiento desplegado en ella bebe en gran medida de la constatación de una previa doctrina constitucional.

Esa práctica, implantada aunque poco teorizada en la jurisprudencia, doctrinalmente viene justificada por la no vigencia del principio acusatorio en sede de recursos (o, al menos, no en la forma y con las exigencias con que se desenvuelve en la instancia). Está refrendada por el Tribunal Constitucional: SSTC 123/2005, de 8 de junio y 183/2005, de 4 de julio. (F.J. 2º)

### **RECURSOS. Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Predeterminación.**

STS 334/2016, de 20/04/2016  
RC 1541/2015

Hemos de partir de la consideración lógica y elemental, que constituye un prius dentro del silogismo que caracteriza a la sentencia judicial, de la necesidad de que el relato histórico sentencial incorpore todos los elementos esenciales configuradores del tipo delictivo.

Es harto frecuente que en ocasiones el elemento subjetivo del tipo aparezca en la fundamentación jurídica, consecuencia de las pertinentes inferencias lógicas del Tribunal. Así y todo resulta más correcto, que conforme a esos juicios inferenciales realizados en los fundamentos jurídicos, se concluya que acreditado el dolo o demás elementos subjetivos exigidos por la figura delictiva, éstos se trasladen al factum, para que el mismo de forma íntegra contenga así los elementos objetivos como los subjetivos que deben integrar ilícito penal.

En su impugnación se aducen expresiones sobre elementos subjetivos del tipo que completan la figura criminal y que revelan los propósitos o intenciones del sujeto activo inducidos por el Tribunal de las pruebas y demás elementos probatorios obrantes en la causa.

En cualquier caso no existen en las frases supuestamente controvertidas ningún concepto jurídico o expresión de ese carácter, sino que lo integran descripciones fácticas que cualquier persona entiende sin esfuerzo alguno. (F.J. 2º)

**RECURSOS. Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Falta de claridad en los hechos probados.**

STS 865/2015, de 14/01/2016  
RC 1167/2014

Y explica la ya citada STS 643/2009 que la idea de la Ley de 28 de junio de 1933 al introducir este motivo de casación (artículo 851.2 LECrim) que conduce a la nulidad de la resolución afectada, fue evitar que en las sentencias sólo se transcribieran los hechos alegados por las acusaciones y, a continuación, se señalara "hechos que no han resultado probados". Por ello el precepto exige una declaración positiva, esto es, que se establezcan los hechos que han resultado probados, sin perjuicio de que, en tal caso, puede añadirse una declaración negativa indicando cuales no han sido probados. En otras palabras, en el relato fáctico de la sentencia no puede constar únicamente una declaración negativa, puede ir dicha formulación negativa, siempre que al tiempo se consigue una formulación positiva de los hechos que han resultado probados. (F.J. 45º)

**RECURSOS. Recurso de casación. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba: pericial en un supuesto de delito de daños informáticos.**

STS 160/2016, de 01/03/2016  
RC 1455/2015

Pese a la negativa del acusado, los Jueces de instancia le atribuyen el acceso in consentido a la vista de la utilización de un nombre de usuario "Fsubirada" –identificable con la primera inicial y el apellido del recurrente- y de la coincidencia temporal entre esa intrusión y el día en que se produjo el despido. Además, porque resultaría "*...absurdo pensar que lo efectuara el propio denunciante causándose perjuicios a sí mismo y como venganza frente al acusado*".

Más allá de la consistencia del juicio inferencial proclamado por la Audiencia, lo cierto es que el dictamen pericial aportado por la acusación particular y que ha constituido la clave probatoria de la condena del acusado aconsejaba el complemento de otro informe de experto que permitiera concluir, entre otras cuestiones, si la autoría del acceso a un sistema informático puede decidirse en atención a la utilización de un *nickname* coincidente con el apellido del sospechoso. Que resolviera, en fin, si no puede existir otra alternativa razonable para explicar esos daños funcionales.

Las razones de la pertinencia de un dictamen pericial como el que fue solicitado por la defensa y rechazado por el Tribunal *a quo*, se refuerzan a la vista de la ausencia de una petición judicial dirigida a las entidades *Google*

*España y Vimeo* que habría permitido investigar con mayor rigor el rastro telemático del intruso. (F.J. 3º)

**RECURSOS. Recurso de casación para unificación de doctrina. No cabe alegar Sentencias del TC para fundamentar la contradicción.**

STS 42/2016, de 03/02/2016  
RC 20306/2015

El presente recurso debería ser desestimado, ya que no resultó inadmitido en su día, por el hecho de que se pretende afirmar la referida contradicción sobre la base de comparar la sentencia de la Audiencia Provincial con otras dictadas por el Tribunal Constitucional, lo que obviamente no resulta aceptable toda vez que la doctrina constitucional es la que debe inspirar la resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en materia de garantías constitucionales, y no establecer entre ellas posibles contradicciones.

Lo correcto es alegar dicha doctrina ante los diferentes tribunales y en los sucesivos recursos que puedan interponerse, pero no utilizarla como un de los elementos comparativos de la contradicción. (F.J. 2º)

**RECURSOS. Recurso de casación para unificación de doctrina. Suspensión de permiso penitenciario.**

STS 541/2016, de 17/06/2016  
RC 20786/2015 P

Hemos de concluir que efectivamente estamos ante identidad del supuesto legal de hecho, identidad de la norma jurídica aplicada, contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma y relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida, que integran un supuesto de doctrina legal que ha de ser unificada por esta Sala.

Desde la propia concepción dinámica del régimen tratamental, cuando el art. 157.1 RP, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial "para que resuelva lo que proceda", debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no solo está ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute, como sucede en autos al incumplirse la condición establecida. (F.J. 3º)

**RECURSOS. Recurso de revisión. Una querrela por falso testimonio no paraliza la tramitación del proceso penal en el que se produjo la declaración que se reputa mendaz.**

STS 100/2016, de 18/02/2016  
RC 1175/2015

Se expresa que tras la celebración del juicio oral se ha interpuesto querrela por falso testimonio basada en las declaraciones prestadas por un testigo en este proceso.

Posteriormente en el escrito de contestación a las impugnaciones (art. 882.2 LECrim), reclama la suspensión de la tramitación del recurso en tanto se ventila ese proceso penal por falso testimonio.

No existe prejudicialidad penal devolutiva en el proceso penal. La admitía solo de manera potestativa.

Para una situación como la descrita por el recurrente nuestro ordenamiento vigente ofrece una vía a la que debe atenerse: el recurso de revisión previsto en el art. 954 LECrim. Una de las causales de revisión es precisamente la condena por falso testimonio del testigo cuyas declaraciones hayan tenido un influjo determinante en la condena (art. 954.1. a) tras la última reforma, aunque en este punto existe coincidencia con el anterior art. 954.3 LECrim). Pero resulta inviable –si fuese de otra manera bastaría una querrela por falso testimonio para paralizar la ejecución de toda condena– tanto anular una sentencia firme por el simple hecho de haberse interpuesto una querrela por falso testimonio (infracción no acreditada: también el supuesto testigo falso está amparado por la presunción de inocencia); como suspender el recurso en tanto se dilucida ese proceso; o reabrir la fase probatoria ya precluida en virtud de pruebas que no fueron propuestas en tiempo. (F.J. 1º)

**EJECUCIÓN PENAL. Acumulación de condenas. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 3 de febrero de 2016.**

STS 144/2015, de 25/02/2016  
RC 10344/2015 P

En la reciente reforma de 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio pasado) se otorgó una nueva redacción al párrafo segundo del art. 76 CP, que establece: "*La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*".

Una primera interpretación, literal, de este precepto, planteó la conclusión de que el Legislador había cambiado la fecha que determina el

límite para la refundición, por lo que a partir de la reforma sería la fecha de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena (la fecha en que los hechos "fueron enjuiciados"), y no la fecha de la sentencia, ni la de su firmeza, (STS 367/2015, de 11 de junio). Aun cuando no se hacía aplicación de este nuevo criterio, por ser una sentencia de fecha anterior a la entrada en vigor de la reforma, si se advertía del problema que esta modificación podía representar al exigir consignar en los expedientes de refundición de condenas no solo la fecha de las sentencias sino también la fecha del enjuiciamiento.

Ahora bien, esta interpretación literal (fecha del enjuiciamiento y no de la sentencia) plantea una serie de problemas que han llevado esta Sala a efectuar, por unanimidad, una interpretación correctora en el reciente Pleno de tres de febrero, adoptando el siguiente acuerdo: ***"a los efectos del art. 76 2º CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio"***.

Las razones que justifican este acuerdo son las siguientes:

En primer lugar de seguridad jurídica: la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, y es fija, mientras que la del enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar y además puede ser variable. En los casos en los que el juicio comienza en una determinada fecha y concluye días después, pueden plantearse problemas interpretativos entre utilizar una u otra fecha, que generarían una nueva perturbación en una materia ya bastante compleja.

En segundo lugar, razones de coherencia jurisprudencial. En efecto, no se aprecian motivos de fondo para que el Legislador modifique, sin argumentación alguna en la exposición de motivos, un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia, que tras diversas controversias se reafirmó mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual " *no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación*". Con este Acuerdo se unificaron las interpretaciones diferenciadas que utilizaban como fecha de referencia para la acumulación, bien la de la sentencia condenatoria o bien la de la firmeza de la misma, optándose de modo definitivo por la primera, por lo que no parece justificado desvirtuar este criterio unificado con una modificación que solo añade una mayor complejidad del proceso de refundición.

Y, en tercer lugar, esta es la interpretación más favorable para el reo. En el supuesto de un hecho delictivo cometido después de celebrado el juicio, pero antes de la sentencia, la interpretación tradicional permite la acumulación, pero la interpretación literal de la reforma no la permite. Esta condición de norma desfavorable provocaría serios problemas de retroactividad. En primer lugar habría que diferenciar dos modelos de refundición, uno para las refundiciones anteriores a la reforma, que tomaría como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partiría de la fecha del juicio. Pero esta solución tampoco resolvería el problema, pues la reciente doctrina constitucional (STC 261/2015, de 14 de diciembre), en un supuesto similar, puede conducir a diversas interpretaciones sobre la fecha de aplicación de la

irretroactividad (la de la refundición o la de la primera condena). En definitiva, se daría lugar a una acentuada e innecesaria complejidad. (F.J. 2º)

### **EJECUCIÓN PENAL. Acumulación de condenas. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 3 de febrero de 2016.**

STS 385/2016, de 05/05/2016  
RC 10541/2015 P

El impugnante expone con claridad y corrección la doctrina jurisprudencial sobre la acumulación, aunque sin llegar a extraer de ahí consecuencia concreta alguna, (motivo primero) como se ha dicho ya y como se preocupa de resaltar el Fiscal. Y, a continuación, protesta por la exclusión del cuadro de sentencias valoradas seis condenas. Tiene razón cuando indica que el hecho de que esas penas estuviesen ya cumplidas no es óbice para la acumulación. Es postura acorde con el criterio de esta Sala Segunda plasmado en el Acuerdo no jurisdiccional de 8 de mayo de 1997 luego acogido por numerosas sentencias (entre otras, SSTS 434/2013, de 23 de mayo o 172/2014, de 5 de marzo que citan Fiscal y recurrente, respectivamente). Que una condena está ya cumplida no la excluye de su posible acumulación a los efectos del art. 76 CP: sería injusto que por el mayor retraso en el enjuiciamiento o en la ejecución el penado se viese privado de los beneficios que derivan de una norma sustantiva como es el art. 76 CP. (F.J. 2º)

Una vez descartada una acumulación por ser perjudicial, hay que localizar la siguiente sentencia de data más antigua y verificar con todas las condenas (excluida solo la más antigua ya desechada) cuáles pueden ser objeto de acumulación con esa por haber recaído sobre hechos cometidos con anterioridad a la fecha de la nueva sentencia de referencia. Así se ha acordado en el Pleno no jurisdiccional de fecha tres de febrero de 2016 celebrado por esta Sala Segunda al amparo del art. 264 LOPJ:

*"La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.*

*Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello".* (F.J. 3º)

**EJECUCIÓN PENAL. Acumulación de condenas. Días de privación de libertad por arresto sustitutorio. Tratamiento.**

STS 522/2016, de 16/06/2016  
RC 10933/2015 P

De conformidad con la Jurisprudencia de esta Sala –STS 280/2016, de 6 de abril, STS 388/2014, de 7 de mayo o STS 207/2014, de 11 de marzo, con cita de otras muchas-, las únicas penas que se acumulan son las privativas de libertad. Por ello la pena de multa en cuanto tal, está excluida porque puede ser cumplida de forma simultánea (art. 75) y su impago puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad o bien por la pena de localización permanente en los términos previstos en el artículo 53 del Código Penal. Por tanto, los días de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en tanto que son derivados de ésta, en principio, no pueden incluirse en la acumulación de penas; pues la responsabilidad personal subsidiaria está sujeta a condena expresa ante el impago de la multa impuesta, bien de forma voluntaria, bien por vía de apremio. Con esa premisa, deben ser excluidas de toda acumulación aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad. (F.J. 2º)

**EJECUCIÓN PENAL. Auto de cómputo de tiempo a efectos de la libertad condicional: decisión no susceptible de recurso de casación ordinario.**

STS 452/2016, de 25/05/2016  
RC 10062/2016 P

Afrontando ahora el problema desde la perspectiva realmente planteada, esto es, el enlace previsto en el art. 193.2 del Reglamento Penitenciario, lamentablemente tal decisión, que ha sido resuelta por el Tribunal sentenciador no tiene recurso de casación ordinario.

Así lo hemos dicho precisamente al propio recurrente, mediante nuestra Sentencia 114/2013, de fecha 12 de febrero de 2013, en cuya resolución judicial ante la pretensión de Laureano Oubiña Piñeiro de dejar sin efecto el licenciamiento definitivo que se había decretado para el 17 de julio de 2012 (es decir, lo que ahora pretende), se ratificó la decisión desestimatoria de tal petición, que se apoyaba precisamente en el contenido del art. 193.2 del Reglamento Penitenciario, no sin señalar previamente que *«el Recurso debería tenerse por inadmitido, toda vez que respecto a una Resolución como la aquí impugnada, es decir, un Auto que resuelve Recurso de Súplica contra Providencia acordando el licenciamiento definitivo, nuestro ordenamiento no prevé la posibilidad de Casación»*.

También lo hemos pronunciado así en nuestra STS 140/2016, de 25 de febrero, que analiza la no recurribilidad de un Auto exactamente como el

dictado en la instancia, al cuestionarse la aplicación del art. 193.2 del Reglamento Penitenciario.

En consecuencia, la resolución judicial dictada en la instancia, no puede acceder al recurso de casación ordinario, por tratarse de una materia penitenciaria excluida de tal recurso, sin perjuicio de que, como se apunta en la Sentencia transcrita (la nº 140/2016), la cuestión podría ser objeto de un recurso de casación para la unificación de doctrina, siempre que se dicte una resolución judicial en grado de apelación, y se acompañen las sentencias de contraste que considere el recurrente pertinentes, o los documentos que el recurrente considere oportunos. (F.J. 2º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Principios procesales aplicables.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta. (F.J. 8º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Principios procesales aplicables. Presunción de inocencia.**

STS 221/2016, de 16/03/2016  
RC 1535/2015

El mayor o menor grado de identificación del intérprete con el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas introducido en la reforma de 2010 no puede condicionar el estándar de garantías exigibles para la investigación y enjuiciamiento de los delitos imputados a esos entes jurídicos. Los principios del proceso penal no pueden aceptarse o rechazarse, ni siquiera atemperar su vigencia, en atención a la adhesión o censura que a cada uno sugiera la fórmula legislativa concebida por el legislador para hacer realidad la persecución del delito corporativo. (F.J. 5º)

Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la *STS 154/2016, 29 de febrero* : "... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones".

Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. (F.J. 5º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Obligación de la acusación de probar sus presupuestos.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

(...) Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "*cultura de cumplimiento*" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo

Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo. (F.J. 8º)

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

(...) El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión. (F.J. 8º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Obligación de la acusación de probar sus presupuestos.**

STS 221/2016, de 16/03/2016  
RC 1535/2015

En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el *apartado primero del art. 31 bis del CP*, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de *otro*. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado. (F.J. 5º)

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad. (F.J. 5º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Conflicto de intereses procesales entre persona física (representante) y persona jurídica.**

STS (Pleno) 154/2016, de 29/02/2016  
RC 10011/2015

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más

adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá "*...aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*" y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el "*...hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...*".

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "*defensor judicial*" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país

en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "*director del sistema de control interno de la entidad*" (el denominado también como "*oficial de cumplimiento*"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles

responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica. (F.J. 8º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Necesidad de imputación formal.**

STS 221/2016, de 16/03/2016  
RC 1535/2015

La queja del recurrente, cuando censura el no haber sido objeto de una imputación formal, ha de ser atendida. Y no es sino consecuencia obligada de lo dispuesto en el art. 409 bis del CP. En él se dispone que "... cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado". Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse "...a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización". El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa. (F.J. 5º)