

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA SEGUNDA  
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE  
LA SALA DE LO PENAL  
AÑO JUDICIAL  
2008-2009**

**NOVIEMBRE 2009**

•	<b>ABANDONO DE MENORES. Art. 226 CP .....</b>	<b>16</b>
•	<b>ABUSOS SEXUALES. Error de prohibición vencible .....</b>	<b>17</b>
•	<b>ABUSOS SEXUALES. No acreditado el prevalimiento.....</b>	<b>19</b>
•	<b>ABUSOS SEXUALES. Prevalimiento de una situación de superioridad. Educador.....</b>	<b>21</b>
•	<b>ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Criterio a seguir .....</b>	<b>21</b>
•	<b>ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial.....</b>	<b>23</b>
•	<b>ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Exclusión de la pena de multa.....</b>	<b>24</b>
•	<b>AGENTE ENCUBIERTO. Delito provocado. Actuación irregular no vulneradora de derechos fundamentales. No delito provocado .....</b>	<b>26</b>
•	<b>AGRAVANTES. Alevosía. ....</b>	<b>28</b>
•	<b>AGRAVANTES. Reincidencia .....</b>	<b>29</b>
•	<b>AGRESIÓN SEXUAL. Compatibilidad entre la intimidación y la agravación referida a la especial vulnerabilidad de la víctima.....</b>	<b>30</b>
•	<b>AGRESIÓN SEXUAL. Concepto de “introducción de miembros corporales” .....</b>	<b>31</b>
•	<b>AGRESIÓN SEXUAL. Cooperación necesaria y coaturía .....</b>	<b>32</b>
•	<b>AGRESIÓN SEXUAL. Elementos del tipo básico (art. 178 CP).....</b>	<b>33</b>
•	<b>AGRESIÓN SEXUAL. Tipo básico y modalidades agravadas (reforma del Código Penal) .....</b>	<b>34</b>
•	<b>ALZAMIENTO DE BIENES. Requisitos .....</b>	<b>36</b>
•	<b>APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal. Indebida aplicación subtipo agravado de abuso de relaciones personales .....</b>	<b>37</b>
•	<b>APROPIACIÓN INDEBIDA. Contrato vitalicio.....</b>	<b>38</b>
•	<b>APROPIACIÓN INDEBIDA. Dinero entregado en ejecución provisional de una sentencia civil .....</b>	<b>40</b>
•	<b>APROPIACIÓN INDEBIDA. Relaciones Abogado-cliente: provisión de fondos .....</b>	<b>40</b>

• ASOCIACIÓN ILÍCITA. “Latin kings” .....	42
• ATENTADO Y RESISTENCIA. Diferencias entre sí y según el lugar donde se desarrolle la conducta típica .....	42
• ATENUANTE ANALÓGICA. Dilaciones indebidas .....	43
• ATENUANTES. Arrebato u obcecación .....	44
• ATENUANTES. Dilaciones indebidas. Analógica cualificada.....	45
• ATENUANTES. Drogadicción: eximente incompleta .....	46
• AUTORÍA. Complicidad .....	47
• CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Convivencia análoga a la conyugal .....	48
• COMISO. Tercerías de dominio respecto de piezas de convicción .....	49
• COMPETENCIA. Actuación del servicio de vigilancia aduanera como policía judicial en delito de contrabando .....	50
• COMPETENCIA. Criterio de asignación en los delitos contra las personas entre la Audiencia y el Jurado.....	52
• COMPETENCIA. Declinatoria de jurisdicción. Acuerdo del Pleno de 03/02/2005 .....	54
• CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: apropiación indebida y delito societario de administración desleal .....	56
• CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: blanqueo de capitales y delito fiscal.....	57
• CONCURSO DE DELITOS. El principio que prohíbe la doble valoración de las circunstancias (Art. 67 CP) no es aplicable al concurso ideal.....	58
• CONCURSO DE DELITOS. Robo con violencia y lesiones .....	59
• CONCURSO DE DELITOS. Violencia doméstica y detención ilegal.....	61
• COSTAS PROCESALES. Acusador particular .....	62
• COSTAS PROCESALES. Imposición de costas a la acusación popular. Temeridad o mala fe.....	63
• COSTAS PROCESALES. Supuesto de varios acusados .....	65

• DELITO CONTINUADO. Acuerdos de Pleno de 18/07/2007 y 30/10/2007. Individualización de la pena en los delitos patrimoniales .....	67
• DELITO CONTINUADO. Falsedades documentales .....	68
• DELITO CONTINUADO. No concurre. Concurso real .....	70
• DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Exigencias del tipo penal en blanco.....	71
• DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Prueba .....	71
• DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Actuación policial .....	72
• DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Concepto de habitualidad .....	74
• DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL (Art. 175 CP). Diferencias con la falta de vejaciones injustas (art. 620CP) .....	75
• DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Prevaricación urbanística. Necesidad de que conste la norma infringida .....	76
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización .....	76
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Condena pese a que no consta el mínimo psicoactivo.....	77
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Circulación y entrada vigilada de droga .....	78
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Determinación de la pena de multa. Consulta de páginas de la “red” para fijar el valor en el mercado ilícito.....	80
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad (art. 370 CP) .....	80
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Acuerdo de Sala. Buque.....	81
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Acuerdo de Sala. Buque.....	83
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Hechos plurales de una única figura delictiva .....	84
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación del novedoso apartado 10º del art. 369.1 CP .....	85

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Multa: no es posible determinar sus bases en sentencia y diferir su cuantía en ejecución .....87**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No concurre la hiperagravante de extrema gravedad. Hachís .....89**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización. No concurre .....90**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.8º CP. Tráfico de establecimiento penitenciario .....91**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.1.10º CP .....92**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370 CP: Acuerdo de Sala de 26-02-09.....93**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370 CP: concepto de “buque” .....95**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: utilización de menores (Acuerdo del Pleno 26/02/2007). Evolución del concepto de autor en estos casos.....96**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo hiperagravado: “extrema gravedad” .....100**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376. Delimitación del concepto de “tratamiento desintoxicado”, que no incluye el alcohol .....102**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Entrada ilegal mediante fraude .....104**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración clandestina: acceso a la Península desde Ceuta. Convenio de Schengen.....105**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. La prostitución voluntaria no integra el delito.....106**
- **DELITO DE ABORTO. Sentencia absolutoria por falta de prueba .....109**
- **DELITO DE ASESINATO. Circunstancia “alevosía”. Origen y requisitos .....110**
- **DELITO DE ASESINATO. Tentativa.....111**

• DELITO DE ATENTADO. Elemento subjetivo. Dolo.....	112
• DELITO DE COACCIONES. Requisitos.....	113
• DELITO DE COHECHO. Concepto de acto injusto .....	114
• DELITO DE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA. Requisitos del Art. 325.1 Código Penal .....	115
• DELITO DE CONTRABANDO Y FRAUDE FISCAL. Libre circulación de mercancías en la UE. Retroactividad de normas extrapenales complementarias.....	116
• DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Difusión de pornografía de menores de trece años. No aplicación del subtipo agravado del art. 189 CP .....	117
• DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Elementos. Sobre personas menores de edad. No cabe apreciar abuso de situación de superioridad por la mera diferencia de edad: vulnera “non bis in idem” .....	119
• DELITO DE FALSO TESTIMONIO. Aplicación de la tesis de las falsedades inocuas, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del caso .....	122
• DELITO DE INCENDIO. Diferencia con los daños .....	123
• DELITO DE INCENDIO. Imprudencia .....	123
• DELITO DE INJURIAS. Difusión nota informativa .....	124
• DELITO DE MALTRATO DOMÉSTICO .....	124
• DELITO DE MALTRATO EN EL AMBITO FAMILIAR Y QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Relación medial que excluye el segundo delito.....	126
• DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Pena de prohibición de acercarse a la víctima. Su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la víctima .....	126
• DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad. Acuerdo del pleno de 25/11/2008 .....	127
• DELITO DE ROBO. Para apreciar subtipo agravado es preciso que el arma se lleve antes de cometer el delito .....	127

• DELITO ELECTORAL. Abandono de funciones.....	129
• DELITO PROVOCADO. Requisitos. Diferencia con agente encubierto .....	130
• DELITO PUBLICITARIO. Exigencias fácticas.....	131
• DELITO SOCIETARIO. Modalidades .....	133
• DELITO SOCIETARIO. Naturaleza .....	135
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia letrada: renuncia .....	135
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Convenios internacionales: estupefacientes .....	137
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Abordaje de buque por el servicio de vigilancia aduanera .....	138
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación del IMSI .....	139
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia.....	143
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Diligencias procesales posteriores al Auto de transformación en Procedimiento Abreviado. Irregularidad no invalidante .....	144
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Inasistencia justificada de letrado de la acusación al juicio ....	144
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Juez predeterminado por la ley. Incompetencia territorial .....	146
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. Inmodicabilidad de las resoluciones judiciales. Vulneración.....	148
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con garantías. Escuchas telefónicas. Falta de notificación sin previa declaración del secreto sumarial.....	148
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes .....	149
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Falta de motivación de las escuchas.....	150

• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Intervenciones previas en otro procedimiento.....	152
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones postales. No ampara el envío de paquetes .....	153
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. La captura de los números de IMEI o IMSI no precisa autorización judicial .....	156
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa .....	157
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Acusado Letrado. Petición extemporánea de cambio de letrado .....	158
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Renuncia del letrado de la acusación en la vista oral que equivale a retirada de la acusación.....	160
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal .....	161
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones: captación del IMSI .....	163
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto del sumario y derecho de defensa. Jurisprudencia del TEDH .....	164
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Tipo privilegiado del art. 376 CP.....	166
• DESISTIMIENTO. Diferencia entre desistimiento “activo” y tentativa .....	167
• DETENCIÓN ILEGAL. Actuaciones preventivas de la Fuerza Policial.....	169
• DETENCIÓN ILEGAL. Acuerdo del Pleno de 27/01/2009: interpretación del art. 167 y 163.4 CP .....	170
• DETENCIÓN ILEGAL. Distinción con el delito de coacciones .....	172
• DETENCIÓN ILEGAL. Elementos del subtipo atenuado descrito en el art. 163.2 CP .....	172
• DETENCIÓN ILEGAL. Elementos del tipo básico descrito en el art. 163 CP .....	174



• DROGADICCIÓN. Configuración como eximente completa o incompleta y como atenuante.....	175
• ENSAÑAMIENTO. Agravante específica y circunstancia que cualifica el homicidio como asesinato .....	176
• ERROR DE HECHO. Doctrina general .....	179
• ESTAFA. Concepto de “especial gravedad”: cambio jurisprudencial .....	179
• ESTAFA. Engaño bastante. Circulación de letras de cambio .....	181
• ESTAFA. Engaño bastante. Principio de autoprotección .....	182
• ESTAFA. Estafa agravada por abuso de relaciones personales. No concurre.....	182
• ESTAFA. Manipulación informática o artificio semejante .....	184
• EXCUSA ABSOLUTORIA. Aplicación de oficio del art. 268 CP .....	186
• EXIMENTES. Enajenación mental. Art. 20.1ª CP.....	186
• EXIMENTES. Estado de necesidad .....	187
• EXIMENTES. Legítima defensa: elementos.....	187
• EXIMENTES. Miedo insuperable. No concurre .....	188
• EXIMENTES. Trastorno mental transitorio.....	189
• EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Existencia de contradicción, antes de decidirla .....	190
• FALSEDAD DOCUMENTAL. Atipicidad. Las facturas falsas son elemento necesario para el engaño .....	191
• FALSEDAD DOCUMENTAL. Autoridad o funcionario que comete el delito en el ejercicio de sus funciones .....	192
• FALSEDAD DOCUMENTAL. Competencia de los órganos judiciales españoles.....	193
• FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de documento mercantil.....	194
• FALSEDAD DOCUMENTAL. Exige mendacidad .....	195

• FALSEDAD DOCUMENTAL. Falsedad en documento mercantil. Ausencia de ataque a los bienes jurídicos protegidos.....	195
• FALSEDAD DOCUMENTAL. No falsedad ideológica .....	196
• FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Detentación de tarjetas de crédito falsas ....	198
• FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Equiparación de falsificación de tarjetas de crédito. Acuerdo del Pleno.....	199
• FALSIFICACIÓN DE MONEDA. La mera tenencia de una tarjeta de crédito falsa no constituye delito. Acuerdo del Pleno .....	200
• HOMICIDIO. Homicidio por imprudencia.....	201
• INDUCCIÓN AL DELITO. ....	203
• INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. Atipicidad .....	204
• INSOLVENCIA PUNIBLE. Actual regulación: interpretación jurisprudencial de la Ley Concursal.....	207
• INSOLVENCIA PUNIBLE. Doctrina (art. 260 CP).....	208
• INSOLVENCIA PUNIBLE. Quiebra punible (art. 260 CP) .....	209
• JURISDICCIÓN. Principio de protección o real. Falsificación de documento de identidad.....	210
• LESIONES. Inaplicación al caso del subtipo agravado de empleo de instrumento peligroso concurriendo con delito de robo.....	211
• LESIONES PSÍQUICAS. Delito autónomo respecto a los delitos de secreto y contra la integridad moral.....	212
• LESIONES PSÍQUICAS. Doctrina .....	215
• MEDIDAS DE SEGURIDAD. Duración.....	216
• ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA. Competencia para emisión y trámites .....	219
• PENALIDAD. Arresto sustitutorio, suma a efectos del art. 53.3 del CP. (Acuerdo del Pleno 01/03/2005).....	220
• PENALIDAD. Cómputo del tiempo de prisión preventiva .....	221

• PENALIDAD. Individualización: “non bis in idem” en la valoración de la gravedad de los hechos y la apreciación del delito continuado.....	223
• PENALIDAD. Prohibición de la “reformatio in peius” .....	224
• POLICIA JUDICIAL. Funciones .....	225
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos. Edonkey y P2P.....	226
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Art. 189 CP. Uso de internet .....	228
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Elemento subjetivo del art. 189.2 CP .....	231
• PRESCRIPCIÓN. Delitos conexos.....	231
• PRESCRIPCION. Faltas (art. 132.2 CP y 14.3 LECrim) .....	232
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración autoinculpatorio ante la Policía. Acuerdo del Pleno. Doctrina.....	233
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración de coimputado en el sumario..	234
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general .....	235
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Límites del control casacional .....	237
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Validez de lectura en plenario de declaración testigo extranjero. Prueba preconstituida impropia.....	238
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado .....	242
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Vulneración. Declaración de coimputado no corroborada.....	242
• PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Conducta punible.....	244
• PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Una nota informativa no es una resolución administrativa .....	246
• PREVARICACIÓN JUDICIAL. Resolución injusta por razones de forma o de procedimiento .....	247
• PREVARICACIÓN Y COHECHO.....	248
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.....	251

• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acusación por agresión sexual y condena por coacciones. No se vulnera .....	252
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: homogeneidad entre detención ilegal y coacciones.....	254
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de igualdad.....	256
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de inmediación.....	258
• PRUEBA. Agravante de parentesco .....	260
• PRUEBA. Autonomía entre escuchas telefónicas nulas y declaración autoinculpatoria .....	260
• PRUEBA. Declaración de coimputado ya condenado. ....	261
• PRUEBA. Declaración de coimputados .....	263
• PRUEBA. Declaración de testigo contra familiar. Deber de informar de la dispensa a declarar (art. 416 LECrim) .....	265
• PRUEBA. Declaración de testigo- víctima: arts. 416 y 418 LECrim .....	266
• PRUEBA. Declaración de testigo-víctima de malos tratos. Efectos de los arts. 261 y 416 LECrim .....	268
• PRUEBA. Declaración de testigo-víctima en sumario que se retracta en plenario .....	270
• PRUEBA. Intervención telefónica. Testimonio deducido de otra causa .....	272
• PRUEBA. Pericial. Informe de la Administración aportado a la causa .....	273
• PRUEBA. Reconocimiento fotográfico.....	274
• PRUEBA. Testifical. Interpretación de los artículos 416, 707, 714 y 730 LECrim .....	277
• PRUEBA. Testigos protegidos: doctrina del TEDH. Pandillas juveniles. ....	278
• PRUEBA. Testimonios de referencia.....	283
• PRUEBA. Valoración del testimonio de la víctima en el delito de maltrato habitual .....	283

• PRUEBA. Valoración del testimonio prestado por los testigos de referencia .....	285
• PRUEBA. Videoconferencia .....	286
• RECURSO DE ACLARACIÓN. Ámbito del auto de aclaración de sentencia. Intangibilidad de las resoluciones judiciales .....	288
• RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación: carencia del acusado absuelto en la instancia.....	290
• RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto de Sobreseimiento dictado en procedimiento competencia del Juzgado de lo Penal .....	290
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Ausencia de hechos probados. Art. 851.2º LECrim .....	292
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Claridad del “factum” .....	292
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Contradicción en los hechos probados .....	293
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de pregunta (Art. 850.3º LECrim) .....	293
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Prueba pertinente y necesaria .....	294
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de suspensión de juicio ante incomparecencia de testigo .....	296
• RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Incongruencia omisiva. Estimación.....	297
• RECURSO DE CASACIÓN. Traslados a las partes para informe escrito .....	299
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Artículo 116 CP .....	300
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Daño moral en delito contra la libertad sexual .	300
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Imposibilidad de la “exceptio doli” por la aseguradora. Alcance del Acuerdo de 24-04-07 .....	301
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Interés legal. Interés moratorio por lucro cesante.....	302

• RESPONSABILIDAD CIVIL. Intereses legales, procesales y moratorios .....	303
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Moderación de la indemnización cuando la víctima contribuye a la producción del daño.....	305
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Unidad del siniestro .....	308
• RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Centro Penitenciario .....	309
• RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Fundamento .....	310
• RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Aplicación del art. 69 CP .....	311
• RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Entrada en vigor de la reforma de 2006.....	312
• RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Inaplicabilidad a menores entre 18 y 21 año .....	313
• RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. No aplicable a mayor de dieciocho y menor de veintiún años. Derogación del art. 4 LORPM .....	314
• REVELACIÓN DE SECRETOS. Datos personales protegidos informáticamente .....	316
• REVELACIÓN DE SECRETOS. De empresa. Artículo 279 CP.....	317
• REVELACIÓN DE SECRETOS. Modalidades típicas .....	319
• REVELACIÓN DE SECRETOS. Por funcionario.....	320
• SENTENCIA DE CONFORMIDAD. No recurrible en casación. Excepciones .....	321
• SIMULACIÓN DE DELITO. Elementos .....	323
• TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Ballesta. Antijuricidad.....	324
• TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. La falta de guía de pertenencia no integra el delito.....	325
• TENTATIVA. Desistimiento activo: no concurre.....	327
• TENTATIVA. Tentativa inidónea.....	329
• TERRORISMO. Delito de enaltecimiento. Conducta punible.....	331

- **TERRORISMO. Delito de enaltecimiento. Requisitos.....334**
- **TERRORISMO. Integración en banda armada .....336**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. El jurado no decide sobre aplicabilidad de circunstancias modificativas sino sobre los hechos que pudieran sustentarlas .....337**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. El pronunciamiento sobre culpabilidad, inculpabilidad requiere declaración preexistencia del hecho. Interpretación art. 60 LOPJ.....339**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de la sentencia .....341**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Naturaleza de la casación en relación a los juicios de competencia del Tribunal del Jurado.....342**

## ABANDONO DE MENORES. Art. 226 CP.

Recurso: Casación nº 1685/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 559/2009 de fecha 27/05/2009

«Es verdad que en el escenario que describe el relato histórico de la sentencia, la acusada incumplió gravemente su deber de procurar al niño la asistencia urgente de que le habían informado en los centros médicos a los que había acudido, pero esta conducta resulta difícilmente incardinable en la acción típica de dejar al niño abandonado o desamparado, porque ni la conducta de la acusada anterior a cumplimentar la necesidad de trasladar al menor al Hospital avala esa calificación, ni el hecho de dejar al niño al cuidado de unos amigos, tampoco, pues no sabemos si la acusada hubiera cumplido la prescripción de los médicos al día siguiente al Hospital V. d'.

Ya en nuestra STS de 4 de octubre de 2.001, señalábamos que el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código Civil y la ley de protección jurídica del menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y **alcanza una singular relevancia** la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adoptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código Penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo.

En este sentido debe tenerse en cuenta que si la situación de desamparo que alcanza una singular relevancia, configura la conducta típica, en cuanto genera cuando menos un grave riesgo para el sujeto pasivo, no parece ocioso para valorar



la especial importancia de la situación de desamparo o abandono creada por el autor, el ponderar las consecuencias producidas o que hubieran podido producirse en el concreto caso por el incumplimiento de los deberes de la madre que han determinado esa situación de abandono del niño, es decir, la magnitud del riesgo generado por la conducta omisiva de la acusada, respecto a la salud (o la recuperación de la salud) del niño lesionado. Pues bien, es la misma sentencia la que nos dice (pág. 9) que ninguno de los médicos que han comparecido como peritos en el plenario han afirmado que las lesiones y secuelas sufridas por el menor hubieran sido distintas en caso de que las quemaduras se hubieran atendido de inmediato por personal facultativo. "Antes al contrario, las respuestas parecían dirigirse a la posición opuesta, al afirmarse, por un lado, que dada la intensidad de las quemaduras, la necrosis fue, probablemente, instantánea, de forma que las falanges afectadas se hubieran perdido igual si hubiera mediado aquella asistencia facultativa inmediata (Dr. M. A., especialista en Ortopedia de la V. d'). De igual modo, ha puesto de manifiesto el mismo facultativo que dicha necrosis tampoco se habría extendido más allá de los límites alcanzados, al existir una opresión en las falanges afectadas, con forma de anillo, que impedía su evolución".

Por cuanto ha quedado expuesto, llegamos a la conclusión de que el motivo debe ser parcialmente estimado en el sentido propugnado por el Ministerio Fiscal recurrido, casándose la sentencia impugnada y dictándose otra por esta Sala en la que calificándose los hechos como constitutivos del delito de incumplimiento de los deberes de la patria potestad del art. 226 C.P., se imponga a la acusada la pena de seis meses de prisión, debiendo significar que esta modificación en la subsunción no lesiona el principio acusatorio al permanecer incólumes los hechos y al resultar manifiesta la homogeneidad de ambos delitos». (F. J. 4º)

### **ABUSOS SEXUALES. Error de prohibición vencible.**

Recurso: Casación nº 1392/2008

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 336/09 de fecha 02/04/2009

«...Existe error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente. Doctrinalmente, se ha distinguido entre un error de prohibición directo, el que recae sobre la norma de prohibición, o indirecto, el que recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación. En el caso de autos, el que tratamos es el directo, esto es, el que versa sobre la existencia de la norma que prohíbe su conducta. Con esta relevancia dada al error, el Estado, titular del ius puniendi, se muestra partidario a reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no suponga negar vigencia objetiva a las normas objetivas, pues esa vigencia no puede depender de creencias u opiniones subjetivas individuales. Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica, sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia

o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas.

La jurisprudencia de la Sala II sobre el error de prohibición ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva. (STS 1141/97, de 14 de noviembre).

Por otra parte, el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuridicidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en el que vive y trabaja desde hace años, o de Ecuador, país de origen que mantiene una legislación similar a la norma española vulnerada y cuyo conocimiento es cuestionado. Corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error, y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido que, como ha declarado la Sala II, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación del error de prohibición (STS 71/2004, de 2 de febrero y las que cita) cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada". En esta Sentencia se abordó un supuesto muy similar al que es objeto de esta impugnación, afirmando la inadmisibilidad del error alegado cuando "se trata del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como los doce años, cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada, lo que es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general". Bien es cierto que de esta conclusión se aparta la Sentencia de esta Sala, que el recurrente destaca, (STS 18 de abril de 2006), en la que se realizan determinadas afirmaciones que son contradichas por la legislación ecuatoriana en los términos que se recogen en la impugnación del Ministerio fiscal y cuya precisión hemos constatado.

... no procede atender la pretensión revisora planteada por la defensa del acusado, pues, además, de que la norma se corresponde con planteamientos naturales o elementales, también es coincidente con el ordenamiento del país originario, incluso con una previsión de edad superior a la prevista en el ordenamiento español para la disponibilidad de las relaciones sexuales. En el caso

de autos, constatamos además, que el recurrente lleva varios años en España, por lo tanto con posibilidad de asumir planteamientos culturales que, por otra parte, no le son ajenos. El examen de la causa pone de manifiesto otros datos que redundan en lo anterior y que no permiten afirmar el desconocimiento de la ilicitud. Así resulta de la propia clandestinidad de las relaciones mantenidas...

... si bien es cierto que la expresión sobre el desconocimiento de la ilicitud es un juicio de valor susceptible de ser revisado en casación, las afirmaciones fácticas y de la fundamentación de la sentencia contiene expresiones y elementos que sólo desde el conocimiento personal del que ha dispuesto el tribunal sentenciador pueden ser afirmadas. De ahí que el tribunal haya valorado las manifestaciones del acusado y de la familia de la menor en unos términos asertivos sobre los condicionamientos culturales y contextuales del acusado y su entorno, datos que permiten, ante la excepcionalidad de la situación descrita en el hecho probado, la subsunción realizada en la vencibilidad del error de prohibición que se declara». (F.J. Único)

### **ABUSOS SEXUALES. No acreditado el prevalimiento.**

Recurso: Casación nº 11305/2007 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 35/09 de fecha 05/01/2009

«..El motivo que impugna esta calificación debe ser estimado ya que los hechos declarados probados, tal y como se relatan en la Sentencia, carecen de los elementos precisos para integrar el tipo de abuso sexual de prevalimiento.

En efecto mientras que en los tipos de agresión sexual la acción típica exige un medio comisivo de violencia o de intimidación para vencer la voluntad contraria de la víctima y lograr así una relación sexual no consentida, en los tipos de abuso, dentro de la esfera a que pertenecen todos como delitos contra la libertad sexual, el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un autentico consentimiento que pueda valorarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual. Sobre ese fundamento común se articulan los distintos supuestos de la acción típica, que encierran esa común desvaloración de una relación sexual obtenida sin el apoyo de un acto verdaderamente libre por quien solo aparentemente consiente sin ejercer con ello su verdadera libertad. Tales supuestos se dan o por carecer de condiciones personales o físicas necesarias para determinarse libremente en el ámbito de las relaciones sexuales, o por encontrarse en circunstancias vivenciales o existenciales tales que no sea posible en ellos una libre decisión en ese campo: A lo primero se refiere el art. 181-2 cuando considera abusos sexuales no consentidos los ejecutados sobre menores de trece años o sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, pues la falta de desarrollo psicofísico, en el caso de los menores de trece años, o el padecimiento o estado sufrido en el caso de los privados de sentido y los trastornados mentales, son causas físicas, u orgánicas, es decir corporales que hacen inidóneo al sujeto para desarrollar en su interior un verdadero consentimiento libre en lo sexual. A lo segundo, lo circunstancial o

vivencial, se refiere el art. 181-3º al imponer la misma pena como abuso sexual cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; supuesto éste en que el consentimiento nace condicionado por una situación de inferioridad experimentada por el sujeto en términos que, sin eliminarla, restringe su libertad, en cuanto reduce las posibilidades reales de la decisión, y de lo cual se aprovecha el sujeto activo prevaleciéndose de su superioridad.

Esta última modalidad típica es apreciable en muy distintas situaciones y variadas circunstancias. Pero no significa que se encuentren dentro del ámbito de lo típico todos los casos en que se aprecie cualquier desigualdad entre las personas, o una falta de equilibrio o paridad de capacidades, situaciones personales o posibilidades reales de influir, convencer o conducir el ánimo o la decisión del otro. Es necesaria una manifiesta superioridad y un prevalimiento de ella en términos tales que resulten incompatibles con un verdadero ejercicio de la libertad personal, entendida como capacidad de autodeterminarse.

En primer lugar la edad de la víctima, por si sola irrelevante cuando alcanza el límite de los trece años, en que el legislador ha querido situar la capacidad de consentir relaciones sexuales, puede tener significación si se le unen otros datos que en conjunto denotan el prevalimiento del tipo. Sin embargo aquí ni la edad era tan relevante, teniendo la joven quince años y el acusado veintiocho años, ni la convivencia en el domicilio familiar de ella colocaba al acusado en posición de superioridad, siendo un empleado o dependiente de la familia, ni tampoco su mayor experiencia vital a que alude el hecho probado origina la inferioridad de la joven: si con la referencia a la mayor experiencia alude la Sala de instancia a la diferencia de años, es algo inherente a ésta, y nada aporta que no esté incluido en ella. Y si se ha querido aludir a extensas o cualificadas experiencias vividas en ese campo por el acusado, dotado por ello de superior control en las situaciones de ese tipo con ventaja manifiesta frente a la inexperiencia de una adolescente, hubiera sido necesario que se precisara el alcance y significado de esa mayor “experiencia vital” a que se alude de forma tan vaga.

Los estudios de la menor son irrelevantes; en efecto una profunda incultura puede situar a la víctima en posición de inferioridad manifiesta si llega su ignorancia al desconocimiento del significado y alcance de las relaciones sexuales. Pero esto es algo muy distinto del escaso nivel académico alcanzado por la menor, que no por haber estudiado sólo hasta Primero de Eso está en condiciones limitadas para decidir sus relaciones sexuales como estime oportuno, de modo absolutamente libre.

Finalmente es claro que la Sala de instancia consideró otros factores de posible presión social o familiar; pero no los explicitó, refiriéndose imprecisamente a “circunstancias generadas en su entorno social”. Como no dice la Sala cuáles sean esas circunstancias no es posible admitir que por ellas se limitara “su capacidad de respuesta”.

En conclusión: los hechos declarados probados en el relato fáctico de la Sentencia de instancia no reúnen las exigencias y elementos del tipo de abuso

sexual de prevalimiento del art. 181-3º del Código Penal por el que ha sido condenado el recurrente». (F. J. 4º)

**ABUSOS SEXUALES. Prevalimiento de una situación de superioridad. Educador.**

Recurso: Casación nº 1747/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 488/2009 de fecha 23/06/2009

«...La relación de prevalimiento estaba, pues, originada por la singular posición que el acusado tenía como educador frente a dos jóvenes que luego consintieron el contacto sexual. En situaciones como las que describe el factum, es fácil comprender que un educador, en contacto cotidiano con menores cuyo proceso de socialización está en manos de una institución pública, puede llegar a convertirse en un verdadero referente para cualquiera de las menores internadas en el centro. La posibilidad de rentabilizar esa prevalencia, con el objetivo de satisfacer apetencias sexuales, implica un plus de antijuridicidad que está en la base de la agravación que contempla el art. 181.3 del CP. Haciendo nuestras las palabras del Ministerio Fiscal, la relación entre el educador y las menores sometidas a su control y autoridad, evidenciaba una situación de superioridad y asimetría indiscutible a favor del acusado, que era patente y que aprovechó conscientemente para lograr la ejecución de los actos íntimos con las menores, que por esa relación se hallaban condicionadas en su libertad para decidir». (F.J. 1º.2º)

**ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Criterio a seguir.**

Recurso: Casación nº 10413/2008 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 702/08 de fecha 04/12/2008

«En el caso presente la defensa de Antonio B. R. pretendió la acumulación de las once sentencias condenatorias que sintetizamos en el cuadro siguiente:

	FECHA HECHOS	FECHA SENTENCIA	PENAS	DELITOS
1	27.11.2000	15.12.2000	1 año de prisión	Robo con violencia
2	14.3.2001	8.1.2002	1 año de prisión	Robo con violencia
3	12 y 13.4.2001	6.2.2006	a) 1 mes de prisión multa cada día 3 € responsabilidad personal subsidiaria 15 días b) 6 meses de prisión	Falta sustracción vehículo motor
4	no consta 27.2.2001	29.5.2002 6.9.2001	2 años de prisión 3 años 6 meses de prisión	Lesiones por imprudencia grave Tenencia de armas prohibidas
5	29.5.2001	20.9.2001	por cada uno 14 fines de semana de arresto	Dos robos con intimidación
6	24.2.1997	2.2.1999	7 meses.	Hurto de uso
7			Multa cada día 1000 pts., responsabilidad personal subsidiaria de 105 días	Robo de uso
8	16.11.1996	24.10.2000	6 meses de prisión multa cada día 800 pts. responsabilidad personal subsidiaria 3 meses	Robo de uso
9	6 y 7.11.1996	25.5.1999	a) 3 meses de prisión multa cada día 1000 pts. responsabilidad personal subsidiaria 45 días b) 6 meses prisión	Hurto de uso. Delito contra la seguridad del tráfico. Falta de hurto.
10	26.11.2000	21.5.2002	c) 1 mes de prisión multa cada día 1000 pts. responsabilidad personal subsidiaria de 15 días. 8 meses de prisión	Robo con violencia.
11	6.2.1997	21.10.1997	2 años y 10 meses de prisión	Robo con fuerza.

El auto recurrido declaró procedente la acumulación de las condenas enumeradas como 2, 3, 4, 5, 6 y 10 que se corresponden con infracciones penales cometidas entre el 26.11.2000 (10) y el 29.5.2001 (6), quedando excluidas las relacionadas como 1, 7, 8, 9 y 11; exclusión correcta porque corresponden a hechos todos ellos sentenciados con anterioridad a la fecha de 15.12.2000 (1), fecha de la última de las condenas que no se acumularon.

Esta sentencia de 15.12.2000 (1) y las otras que son de fecha anterior (7, 8, 9 y 11) hicieron imposible que los hechos a ellas correspondientes pudieran haber sido enjuiciados junto a los demás (2, 3, 4, 5, 6 y 10). Y en estos términos se pronunció el auto ahora impugnado.

Ahora recurre en casación contra este auto el condenado Antonio B. R. fundándose en un solo motivo, amparado en el art. 849.1º LECr, por infracción del art. 76 CP que, por lo expuesto, ha de rechazarse.

Concretamente los hechos ocurridos el 27.11.200, únicos a los que se refiere este recurso que fueron sentenciados con singular rapidez en esa fecha de 15.12.2000 y que son los referidos a esa condena nº 1 de la anterior relación, no podían ser objeto de otro procedimiento diferente para someterlos a juicio junto con alguno de los otros que ocurrieron con posterioridad y que quedaron incluidos en la resolución ahora recurrida.

Ciertamente el referido art. 76 CP fue bien aplicado al caso.

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, hemos de desestimar este recurso». (F. J. 2º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 10968/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 605/2008 de fecha 06/10/2008

«..La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el art. 75 del C. Penal que dispone: *"cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible."*

Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1º del art. 76 del mismo texto legal, que dispone: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años";* y el apartado segundo de este artículo sigue diciendo: *"la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo."*

Por su parte el artículo 988 de la LECrim., regula el trámite que debe de seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: *"Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el art. 17 de esta Ley"*.

Es doctrina reiterada de esta Sala que para proceder a la acumulación de condenas se requiere que los delitos sancionados hayan podido ser enjuiciados en un solo proceso, y procederá siempre que la acumulación no se convierta en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior. En consecuencia, solamente se deben excluir cuando los hechos de la sentencia posterior hubieran ocurrido con posterioridad al juicio oral, no ya a la firmeza de las sentencias anteriores (véase nuestro Acuerdo Plenario de fecha 29 de noviembre de 2005), y cuando las penas ya fueron objeto de acumulación, pues en este caso no puede volver a acumularse en refundiciones sucesivas. Lo relevante, por tanto, más que la analogía o relación de los delitos entre sí, es la conexión temporal, es decir, que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo a la fecha de su comisión.

Esa conexión puede ser de diversas clases: la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5ª del art. 17 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respecto a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15.4.1994 y 27.4.1994), decantándose por un sentido hermenéutico de la llamada “acumulación de condenas”, que responda a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente Código penal, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico.

Hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, respecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa». (F. J. 2º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Exclusión de la pena de multa.**

Recurso: Casación nº 10776/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 179/2009 de fecha 19/02/2009

«I.- En las SSTS 342/2007, 16 de abril y 881/2007, 29 de octubre, tuvimos ocasión de recordar la relevancia jurídica del expediente de fijación del límite de cumplimiento de condenas en el marco de la ejecución de penas privativas de libertad se justifica por sí sola. La necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que



modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (art. 89.2 ), 1928 (art. 163.1 ), 1932 (art. 74 ) y 1944 (70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el art. 76.1 del vigente CP .

Esta regla, al fin y al cabo, introduce un sistema de acumulación jurídica –el total a cumplir no puede exceder del triple del tiempo por el que se imponga la pena más grave-, que limita el criterio de pura acumulación material que proclama el art. 75 del mismo CP –las penas correspondientes a las diversas infracciones no susceptibles de cumplimiento simultáneo seguirán el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo-. Y parece fuera de dudas que la filosofía que inspira la combinación de ambas reglas no limita su presencia a aquellos casos en los que las penas hayan sido impuestas en distintos procesos. Antes al contrario, la literalidad del art. 76.2 del CP avala la tesis defendida por el recurrente, en la medida en que la limitación se aplicará –señala aquel precepto- *aunque* las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. En definitiva, nuestro sistema establece una regla general de acumulación jurídica, orientada a la limitación del cumplimiento efectivo que, a la luz del art. 76.2 del CP, también se extiende a supuestos en los que el enjuiciamiento se ha llevado a cabo en distintos procesos.

II.- En el presente caso, como recuerda el Ministerio Fiscal –que apoya el motivo- el art. 76 del CP está previsto para las penas privativas de libertad, sin englobar la pena de multa, pues se trata de una pena susceptible de ser cumplida de forma simultánea (art. 75) y su impago puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53). Además, la responsabilidad personal subsidiaria que establece el último de los preceptos mencionados sólo es procedente en el caso de impago de la pena de multa impuesta, bien de forma voluntaria, bien por la vía de apremio (cfr. SSTs 954/2006, 10 de octubre y 1677/2003, 10 de diciembre).

Por cuanto antecede, resulta procedente la estimación del motivo y la supresión de la fijación del límite máximo señalado en el grupo tercero de los 105 días (45 días, más otros 45 días y más otros 15 días) correspondientes a la responsabilidad personal subsidiaria establecida en la ejecutoria 335/04 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla. Y dado que el límite del triplo de la pena más grave es superior a la suma de la totalidad de las condenas que integran este tercer grupo, no procede acordar su acumulación». (F. J. 1º)

**AGENTE ENCUBIERTO. Delito provocado. Actuación irregular no vulneradora de derechos fundamentales. No delito provocado.**

Recurso: Casación nº 10809/2008 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 154/2009 de fecha 06/02/2009

«1) Así, el motivo Segundo alude a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), como derecho fundamental vulnerado con la actuación de quien la Sentencia denomina “agente encubierto” y al que el Recurso niega tal carácter por no acomodarse su actuación a las previsiones legales, en concreto a lo dispuesto en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 14 del Anexo del Convenio relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de Mayo de 2000), toda vez que a la importante reunión celebrada en Marbella, para ultimar los datos y planificar la operación de transporte de la droga, asiste el agente inglés, que se hacía pasar por capitán de fortuna, sin previa autorización y ulterior control, ni tan siquiera conocimiento, de las Autoridades españolas, como establece la normas citadas para cuando se lleve a cabo la actuación del agente encubierto en el territorio nacional.

A este respecto, es totalmente cierto que esa actuación encubierta del agente británico se llevó a cabo con vulneración, tanto de las normas supranacionales, que establecen que *“Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen”*, como de las internas que disponen la exigencia de la autorización por Juez o Fiscal español, con su correspondiente motivación, para la actuación del funcionario policial bajo identidad supuesta.

Pero ello no significa que el recurrente, como consecuencia de semejante irregularidad, sin duda consecuencia, como la propia Sentencia recurrida admite, de la grave descoordinación sufrida en la investigación de los hechos aquí enjuiciados entre Autoridades de diferentes países, viera vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ni mucho menos aún, que la presencia del agente británico en aquella reunión conlleve el que *“...Las pruebas obtenidas como resultado de dicha reunión son nulas de conformidad con lo previsto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no pueden ser traídas ni valoradas por las autoridades judiciales españolas dado que para su obtención se incumple la legislación vigente en la materia...”*, según se afirma en el Recurso, pues los preceptos infringidos con la irregular actuación del agente no consagran al menos directamente, derecho fundamental alguno.

Y así decía en un supuesto análogo al presente, la Sentencia de esta Sala de 25 de Junio de 2007, citada por la Audiencia: *“...el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para*

*actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.”*

Por tanto, la declaración testifical prestada en el acto del Juicio por ese funcionario británico ha de ser tenida como constitucionalmente válida y procesalmente eficaz.

2) El motivo Tercero, por su parte, reitera la alegación relativa a la existencia de una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.2 CE), en este caso por el hecho de que conste que el buque tripulado por los agentes encubiertos partiera del puerto de Southampton dos días antes de ser autorizado para ello por el titular del Juzgado Central nº 5, que estaba a cargo de la Instrucción.

Pero, de nuevo, una simple irregularidad procesal que, quizá podría atribuirse una vez más a los conocidos problemas de coordinación y derivar, en todo caso, hacia una responsabilidad de los agentes que de esa forma actuaron, al realizar un transporte de sustancia de tráfico prohibido sin la previa autorización para ello, no puede erigirse ni en vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva y a un juicio con garantías, ni del principio de interdicción de la actuación arbitraria de los poderes públicos (art. 9.3 CE), a los que también alude el motivo, máxime cuando, contra lo que se dice en el Recurso sin duda conociendo la endeblez constitucional de los anteriores argumentos, tampoco puede hablarse de un supuesto de indefensión, que ni se intenta concretar.

El comportamiento de los “agentes encubiertos” sería, como queda dicho, irregular, incluso quizá hasta sancionable, pero en modo alguno priva de valor a las diligencias de investigación y acreditación de los hechos enjuiciados en este procedimiento.

3) Por último, dentro de este capítulo de supuestas infracciones de derechos fundamentales, el motivo Cuarto se refiere de nuevo a las vulneraciones de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio con garantías (art. 24 CE), así como del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE), ahora con referencia a la naturaleza de los hechos enjuiciados que, según quien recurre, constituyen un supuesto de “delito provocado” y, como tal, impune.

Basa semejante afirmación el Recurso en su opinión de que el delito no había dado comienzo cuando inauguran sus intervenciones los agentes encubiertos y que, por consiguiente, si aquel se llegó a ejecutar fue por la determinación que supuso la provocación llevada a cabo por éstos, al ofrecer un buque para el transporte de droga desde Sudamérica a Europa.

Sobradamente conocida resulta la doctrina de esta Sala acerca del denominado “delito provocado” que, en efecto, aparece cuando la comisión delictiva no responde a una iniciativa producto de la decisión totalmente libre del autor, sino inducida por la Autoridad o sus agentes que prestando medios u ofreciendo facilidades buscan por esa censurable vía tan sólo el castigo del inducido de esta forma al actuar criminal (vid STS de 23 de Enero de 2001).

Así como también son sabidas las consecuencias de impunidad para quien de ese modo actúa, irregularmente inducido o provocado por aquellos que han de velar, precisamente, por la evitación del delito. Con lo que tal supuesto implica, tanto de vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), como de comisión de infracción de carácter “imposible”(STS. de 5 de Octubre de 2004, entre otras).

Pero en el presente caso es obvio que no nos hallamos ante un delito provocado, toda vez que si nos atenemos a la literalidad de los hechos declarados como probados en la Resolución de instancia, que el recurrente no puede alterar ni interpretar a su capricho, resulta que ya en su convivencia en prisión, Daniel, sobre el que pesan condenas anteriores por su actividad en el tráfico de drogas, planificaba con Timothy operaciones que habrían de requerir la intermediación de éste, que sería excarcelado antes, en la búsqueda de los medios para el transporte de importantes cantidades de cocaína desde las costas de Sudamérica a Europa.

Así, cuando “contacta” Timothy con el agente encubierto que se hacía pasar por capitán de un buque con tripulación de fortuna, porque según esos hechos es Timothy quien contacta con el agente y no a la inversa, había iniciado ya la ejecución del proyecto delictivo, en el que también participaba Daniel desde la referida relación y concierto entre ambos en prisión, pues no se trataba de una simple prospección con un fin indefinido y porque, evidentemente, ya se contaba, cuando menos, con las fuentes de aprovisionamiento de la sustancia a transportar desde América.

Por lo tanto, la voluntad y decisión criminal compartida por ambos internos, en su estancia en el establecimiento penitenciario y que luego se prolonga mediante diversas comunicaciones telefónicas hasta que Daniel es excarcelado, no vino, en modo alguno, determinada por la intervención del “agente encubierto”, sino que respondía a un serio proyecto previamente elaborado, con la disposición de medios suficientes para poder ser llevado a cabo, tan sólo a falta de encontrar una embarcación idónea para el transporte transoceánico idóneo.

Y recordemos, a este respecto, que nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consuma desde el momento mismo en el que comienza la ejecución de actos concretos dirigidos a la finalidad de favorecimiento del consumo, por terceros, de las sustancias prohibidas.

No pudiendo hablar, en consecuencia, de “delito provocado” cuando en realidad se trataba del inicio de la ejecución de un ilícito perfectamente decidido y proyectado, con anterioridad, por ambos acusados». (F. J. 2º)

#### **AGRAVANTES. Alevosía.**

Recurso: Casación nº 10016/2008 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 640/2008 de fecha 08/10/2008

«La reciente S.T.S. número 550/08, retomando precedentes anteriores de nuestra Jurisprudencia que cita profusamente, expone que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aún cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, según la Jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada. Esta doctrina es aplicable al presente caso, debiendo subrayarse además como elemento relevante la desproporción absoluta entre las posibilidades de agresión o ataque de la víctima y el agresor que disponía de un arma apta para el disparo desde una posición privilegiada según se describe en el "factum". Lo verdaderamente relevante en este caso es que según las circunstancias antedichas la víctima carecía de cualquier posibilidad de defensa». (F. J. 2º)

#### **AGRAVANTES. Reincidencia.**

Recurso: Casación nº 10597/2008 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 312/2009 de fecha 25/03/2009

«..La sentencia rechaza la aplicación de la agravante porque en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal no se precisa la clase concreta del delito contra la salud pública cometido anteriormente, ni la pena impuesta, ni la fecha de su extinción, y argumenta que "la omisión de esos datos por el fiscal no pueden ser completados por el Tribunal con los datos obrantes en las actuaciones porque ello supondría introducir elementos en contra del reo, subrogándose aquél en unas funciones acusadoras que no le competen".

Pero aquí no se trata de suplir la inactividad probatoria de la acusación, porque el Ministerio Público, en el escrito de acusación interesaba la apreciación de la agravante de reincidencia. Ciertamente no hacía constar expresamente los datos fácticos necesarios que deben concurrir para aplicar el art. 22.8 C.P., pero aportaba prueba documental obrante en autos como elemento probatorio acreditativo del antecedente penal en cuestión consistente en la certificación oficial del Registro Central de Penados y Rebeldes en la que figuran todos los datos: Juzgado Instructor, Tribunal sentenciador, fecha de la sentencia y de su firmeza, delito por el que se le condena ("cultivo, elaboración o tráfico de drogas"), pena que se le impone. Esta prueba fue declarada pertinente y practicada en el juicio oral, así como la también solicitada en el mismo escrito de acusación consistente en el testimonio íntegro de la sentencia condenatoria precedente. De ambas pruebas documentales resulta plenamente acreditada la concurrencia de los requisitos legalmente previstos para la aplicación de la agravante de reincidencia, porque,

aun cuando no figure la fecha de extinción de la condena anterior (3 años y 2 meses de prisión), y aunque, por ello, pudiera admitirse hipotéticamente que la pena había quedado extinguida el mismo día de la sentencia (ni siquiera el de su firmeza), es absolutamente imposible por razón puramente aritmética que entre esa fecha: 5 de octubre de 2005, y la de la comisión del nuevo delito, 16 de octubre de 2.007, hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la rehabilitación y la cancelación del antecedente penal.

No se trata, como sostiene la sentencia objeto de este recurso de casación, de que el Tribunal a quo suplante al Fiscal en su actividad acusatoria, sino de completar el Hecho Probado con datos indubitadamente acreditados por prueba documental admitida y practicada. Adviértase que la inclusión en el escrito de acusación de los datos necesarios para apreciar la reincidencia, serían irrelevantes si éstos no resultan debidamente acreditados, y el rechazo de lo solicitado devendría inexorable. La omisión de esos datos que fundamentan la aplicación de la agravante, no creemos que tenga mayor trascendencia si la petición del Fiscal se encuentra sustentada en la prueba documental que pone a disposición del Tribunal, que la admite, y debe valorarla.

Si el escrito de acusación del Fiscal contiene la petición de la agravante de reincidencia y en el propio escrito indica al Tribunal el concreto folio de las actuaciones donde figura el Certificado del Registro Central con todos los datos ya mencionados para aplicar la agravante postulada, no parece imprescindible que en ese escrito la parte acusadora tenga necesariamente que repetir tales datos, que, por otra parte, son conocidos por el Tribunal, que debe examinarlos según dispone el art. 726 L.E.Cr., pues de lo contrario volveríamos a la anquilosada tradición de otorgar preeminencia procedimental a un exacerbado formalismo, tantas veces repudiado por este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional». (F. J. 6º)

### **AGRESIÓN SEXUAL. Compatibilidad entre la intimidación y la agravación referida a la especial vulnerabilidad de la víctima.**

Recurso: Casación nº 11263/2008 P

Ponente: Sr. Ramos García

Sentencia: nº 393/2009 de fecha 22/04/2009

«..Y, en lo que atañe a la "especial vulnerabilidad de la víctima" el recurrente sostiene que dicha agravante ya se tuvo en cuenta al apreciar la intimidación. Se trata de una circunstancia autónoma e independiente de la anterior. La relación de parentesco de la que se prevaleció el acusado para realizar la acción típica, generadora de una situación de superioridad por el vínculo familiar entre agresor y víctima, no tiene concomitancias con las circunstancias ajenas a esa relación parental que configuran una situación especialmente vulnerable de la víctima del hecho. Esta agravante específica puede estar fundamentada en la edad, en la enfermedad o en la situación en que se encuentre la víctima. En todo caso, así como la esencia de la circunstancia de prevalimiento es la mayor facilidad con la que se doblega la voluntad de la víctima para la ejecución del hecho, esta otra tiene su causa principal en el mayor contenido de injusto y la mayor reprochabilidad del agente que se aprovecha de la singular indefensión de la víctima. Ese plus de

antijuridicidad en la conducta del acusado es el que configura en el caso presente la agravante específica cuestionada, pues, ciertamente, no estamos sólo ante una situación de atentado a la libertad sexual de una menor realizado por un familiar de ésta, sobre la que ejercía de hecho la patria potestad, sino ante un suceso de agresión sexual en el que la víctima, además, es una joven especialmente vulnerable a tenor del conjunto de circunstancias, debidamente acreditadas, que el Tribunal valora acertadamente, puesto que, en verdad, de la prueba practicada surge que María Sorban era menor de edad y había llegado a España procedente de Rumanía hacía solo tres semanas. Vino a nuestro territorio por invitación precisamente de sus tíos, quienes la acogieron en su domicilio y le buscaron un trabajo. Fueron ellos quienes le pagaron el billete para venir a España, cuyo importe debía devolver con sus ingresos laborales. En el momento en que sucedieron los hechos, debido al poco tiempo que llevaba en España, no conocía el territorio en el que residía, pues ni siquiera pudo facilitar su dirección a la policía cuando sucedieron los hechos, y ni siquiera hablaba o entendía nuestro idioma, además, no tenía ningún otro familiar en España que la pudiera asistir u ofrecer un mínimo de seguridad, pues estaba únicamente al cuidado del Sr. Romaniuc y su esposa, quienes, en teoría, debían cuidarla y protegerla ante las iniciales dificultades de adaptación que pudiera tener derivados de su corta edad, su problema idiomático y su desconocimiento absoluto de nuestro país y costumbres. El agresor fue precisamente su tío, quien se aprovechó de todas las circunstancias concurrentes y, conociendo perfectamente la situación de absoluta dependencia y desvalimiento de María, condujo su vehículo de noche, por lugares oscuros y solitarios... En definitiva, todas las circunstancias expuestas sólo pueden llevarnos a concluir que la víctima se encontraba en una situación de especial y efectivo desvalimiento derivado de su especial situación, como lo demuestra que, pese a la agresión sexual sufrida, fue recogida por la esposa del agresor en las dependencias policiales y tuvo que continuar residiendo en su domicilio durante dos o tres semanas hasta que pudo regresar a Rumanía». (F. J. 7º)

### **AGRESIÓN SEXUAL. Concepto de “introducción de miembros corporales”.**

Recurso: Casación nº 2278/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 514/2009 de fecha 20/05/2009

«..Sobre esa base sentencial hemos de destacar que la Sala ha valorado directamente la prueba pericial (la doctora acudió al plenario) y en su descripción situaba el lugar donde se produjo la lesión en zona vulvar.

Pero aunque a efectos hipotéticos entendamos que el lugar de la lesión se halla situado en la zona vaginal, no existe ningún dato en la sentencia que nos permita alcanzar el convencimiento de que el acusado tenía el propósito de introducir el dedo en tal cavidad anatómica de la mujer.

El art. 179 nos habla de "introducción" de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (vaginal o anal), y es evidente que no podemos identificar las palpaciones, frotamientos o tocamientos con la introducción de un miembro corporal, aunque sea el dedo.

Excluído del relato sentencial cualquier afirmación que dé base para tal juicio subsuntivo y no aflorando en la fundamentación jurídica la detectación por parte del tribunal de una clara introducción del dedo o dedos en la vagina, aunque el lugar concreto de la minúscula lesión formara parte de la misma, no puede excluirse como explicación plenamente razonable que ante la resistencia física de la joven frente al agresor en un tocamiento de la vulva (hechos probados) pudieran desplazarse involuntariamente los dedos del agente (la situación era tensa y violenta) y dañar esa zona vulvar (incluso vaginal) sin el menor propósito del agente de causar ese daño.

Consecuentes con todo lo dicho, en este trance procesal y desde el respeto a los hechos probados que impone el art. 884-3 L.E.Cr. y a la convicción razonable del tribunal de instancia que gozó de inmediación, no puede estimarse el motivo del Ministerio Fiscal». (F. J. 1º)

### **AGRESIÓN SEXUAL. Cooperación necesaria y coautoría.**

Recurso: Casación nº 11432/2008 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 849/2009 de fecha 27/07/2009

«4.- Pero, aún manteniendo la diversidad de autoría atribuida al recurrente, no es ineludible la consideración de sus tres comportamientos bajo la norma de determinación de la pena del apartado primero del artículo 74 del Código Penal.

Desde luego cabe dar por supuesto que la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial e identidad de sujeto pasivo, concurren en los tres casos, por lo que concurre también con relación al tercero, la identidad de hipótesis que justificó la consideración de los dos primeros comportamientos como delito continuado y, por ello, cabe tener por cumplidas las exigencias previstas en el apartado 3 del artículo 74 del Código Penal citado.

El único óbice devendría de la diversa *manera* en que el recurrente comete el hecho del que deriva su responsabilidad penal.

Aquí hemos de advertir una cierta **incoherencia** en valorar que, en los comportamientos penados como delito continuado -las dos agresiones en las que el acceso fue acometido por el recurrente-, se considere que concurre el supuesto de **hecho que se comete por la actuación conjunta de dos o más personas**, y, por el contrario, al calificar el título de autoría se valore que en el tercero de esos comportamientos el recurrente **participa en el hecho de otro**. Hemos advertido ciertamente en alguna ocasión que eso es admisible en la medida que *la agravación prevista en el artículo 180.1.2ª se refiere al caso en que los hechos se cometan por la **actuación conjunta** de dos o más personas. La expresión **no es sinónima de la realización conjunta** del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino*



*también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquellos. (STS nº 975/2005 antes citada).*

Incluso estimamos que, no obstante una abundante jurisprudencia en sentido diverso, y a los efectos del artículo 74 del Código Penal, cabe considerar que la **realización de una pluralidad de acciones** puede ser penada como delito continuado, si concurren los demás presupuestos -aprovechamiento de idéntica ocasión e infracción de preceptos de semejante naturaleza-, entre los que ya no es ineludible la unidad de plan y, con él, de sujeto que lo urde.

Esa fue la tesis de la acusación en el caso resuelto en nuestra Sentencia nº 396/2007 de 26 de abril, que allí tampoco consideramos correcta pero mantuvimos precisamente por exigencia del principio acusatorio. Y esa era la tesis del Ministerio Fiscal en el caso resuelto en la antes citada Sentencia 426/2003 según se nos dice en la misma.

Y lo estimamos así porque las acciones de realizar el acceso sexual violento y la de posibilitar, con contribuciones necesarias, el acceso sexual por otro, respecto de la misma víctima, son conductas que se califican como **autoría** la primera y **se considera autoría**, por el párrafo segundo artículo 28 del Código Penal, la segunda, del **idéntico delito de agresión sexual**.

Así pues esa mitigación de la homogeneidad carece de relevancia y entidad, al menos jurídica, suficiente para excluir la consideración unitaria del artículo 74 del Código Penal.

Es en esta medida que consideramos estimable el motivo del recurso y, en consecuencia, como haremos en la segunda sentencia, determinar la pena aplicable bajo la previsión del citado precepto como delito continuado en relación a los tres comportamientos». (F. J. 2º)

## **AGRESIÓN SEXUAL. Elementos del tipo básico (art. 178 CP).**

Recurso: Casación nº 1592/2007

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 39/2009 de fecha 29/01/2009

«...Nos dice tal art. 178 CP:

*“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.*

Conforme a tal definición son requisitos de este tipo de delito los siguientes:

1º. Ha de existir violencia o *vis física* sobre el cuerpo de la víctima; o alternativamente intimidación o *vis psíquica*, esto es, amenaza de un mal injusto

que ocasiona miedo sobre el sujeto pasivo. Si falta este requisito 1º, puede existir el delito de abuso sexual de los arts. 181 y ss.

2º. Como requisito derivado del término agresión sexual, ha de existir un contacto corporal entre al menos dos personas diferentes, sin importar el sexo: hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres.

3º. Asimismo, derivado también de tal concepto de agresión sexual, se exige un específico elemento subjetivo del delito, consistente en la actuación del autor con ánimo lúbrico o libidinoso.

4º. Como elemento negativo del tipo, y por lo dispuesto en el art. 179, se excluye el que tal contacto corporal pueda consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o alguno de los otros modos de comisión asimilados a tal acceso carnal en este art. 179, que constituye la frontera superior de la figura de delito que estamos examinando.

5º. Por último, ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada *vis física o psíquica* vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto». (F. J. 5º)

### **AGRESIÓN SEXUAL. Tipo básico y modalidades agravadas (reforma del Código Penal).**

Recurso: Casación nº 1585/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 410/2009 de fecha 24/04/2009

«..Como bien dice el Ministerio Fiscal, son dos cuestiones diferentes las que aquí se denuncian:

A) En primer lugar se alega vulneración del art. 179 CP, porque se aplicó esta norma tal y como había quedado redactada por la LO 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, cuando se tenía que haber tenido en cuenta el texto anterior a tal modificación legal.

Esta parte del motivo, que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, ha de acogerse.

Decía el art. 179, en su redacción dada por LO 11/1999 de 21 de mayo, lo siguiente:

**"Cuando la agresión consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el**

**responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años".**

Tras el 1.10.2004 la redacción vigente es esta otra:

**"Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años"**

La expresión "objetos", utilizada en ese texto de 1999, que también existía en la redacción primera de CP 95, fue interpretada por esta sala como "cosa", excluyendo, conforme a su significado común, cualquier parte del cuerpo humano. Véase la sentencia 1214/2002 de 1 de julio, citada por el Ministerio Fiscal, que estudia ampliamente esta cuestión.

Por tanto, la introducción de algún dedo en la vagina habría de sancionarse conforme al art. 179 solo si los hechos hubieran ocurrido desde ese 1.10.2004 en adelante, de acuerdo con el principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables para el reo (art. 2.1 CP).

No consta la fecha concreta en que el singular suceso tuvo lugar, tal y como aparece en los hechos probados de la sentencia recurrida, donde todos estos hechos por los que se condena aparecen acaecidos entre verano de 2003 y finales de 2006, sin mayor concreción de fechas. Por ello, se plantea la duda acerca de si esa introducción del dedo en la vagina se produjo o no después de la mencionada entrada en vigor de esa LO 15/2003, y tal duda (principio *"in dubio pro reo"*) ha de resolverse del modo más favorable a los intereses del acusado, esto es, como si hubiera ocurrido antes del citado 1.10.2004. Como bien dice el Ministerio Fiscal, no se puede presumir en contra del reo que esa introducción ocurrió después de la mencionada fecha.

Ahora bien, la consecuencia de tal inaplicación del art. 179 no puede ser, como pretende el recurrente, la absorción de este hecho en el delito de abuso sexual continuado por el que también condena la sentencia recurrida, ya que -de nuevo de acuerdo con el escrito del Ministerio Fiscal- son muy diferentes los hechos narrados en el penúltimo párrafo del relato de hechos probados.

En efecto, en este párrafo se dice que al menos en cuatro ocasiones el procesado venció la resistencia de Patricia sujetándola ambas muñecas con una mano e inmovilizando su cuerpo al pasar una de sus piernas sobre los de ella. Así la acariciaba bajo la ropa los pechos, muslos y zona genital, llegando a introducirle algunos de sus dedos en la vagina en una ocasión, sin haberlo conseguido en las restantes ante el llanto y los gritos de la joven.

En estos hechos ya no estamos ante unos meros abusos sexuales inconstituidos del art. 181, sino ante unos comportamientos mucho más graves constitutivos de una verdadera agresión del art. 178: allí se narran unos actos de fuerza física de Antonio contra Patricia que obliga a considerar que el atentado

contra la libertad sexual se realizó con violencia. Y ello además con la agravación específica 4ª del art. 180.1, tal y como explicamos a continuación.

B) En los dos últimos párrafos de este motivo 2º, se alega aplicación indebida de tal art. 180.1.4ª CP. Se dice, y es cierto, que el acusado no era familia de la menor; pero esta norma penal habla alternativamente de parentesco o relación de superioridad, siendo suficiente con cualquiera de ellas para integrar esta agravación aplicable tanto en los abusos como en las agresiones sexuales.

En el caso presente hubo, de modo evidente, tal relación de superioridad, derivada del hecho de una convivencia entre autor y víctima desde que esta tenía cuatro años, que es cuando Antonio comenzó a convivir con la madre de la joven, convivencia que convirtió a aquel en padrastro de hecho, con la consiguiente autoridad sobre Patricia de la que abusó para obtener ese trato sexual con el que esta no consintió, viéndose forzada incluso en esas al menos cuatro ocasiones antes referidas». (F. J. 3º)

## **ALZAMIENTO DE BIENES. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 2041/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 684/2009 de fecha 15/06/2009

«..El artículo 257 (núms. 1º y 2º) del CP castiga como reo del delito de alzamiento de bienes al “que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores” y a “quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial o extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”.

Aunque el Código Penal no define claramente lo que debe entenderse por alzamiento de bienes y, desde el punto de vista histórico, dicho término hacía referencia a los supuestos en los que el deudor huía llevándose sus bienes u ocultándolos para defraudar a sus acreedores; en el Derecho moderno, se entiende por tal el hecho de colocarse dolosamente el deudor en situación de insolvencia frente a los acreedores o de agravar fraudulentamente la insolvencia sobrevenida de manera fortuita, mediante la ocultación –física o jurídica- de sus bienes, cualquiera que sea el modo empleado, eludiendo así la necesidad de mantener íntegro el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores, a tenor del art. 1911 del Código Civil.

Constituye presupuesto de esta figura penal la existencia de obligaciones jurídicamente válidas que, en principio, deberán ser anteriores al estado de insolvencia, si bien, excepcionalmente, se ha apreciado también, en alguna ocasión, la existencia de este delito en casos de ocultación de los bienes anterior al nacimiento de las obligaciones (v. SS TS de 29 de junio de 1989 y 7 de marzo de 1996). Sin embargo, esta tesis no debe prevalecer, pues, como pone de relieve la doctrina, estos supuestos deben quedar “*extra muros*” del delito de alzamiento, por cuanto si, con anterioridad al nacimiento de la obligación o de las obligaciones de

que se trate, el sujeto tenía el propósito de no cumplirlas para defraudar así a la otra u otras partes contratantes que, a consecuencia del error que les producía su conducta engañosa, habían llevado a cabo un determinado desplazamiento patrimonial, tal conducta (aparentando seriedad y solvencia) formaría parte integrante de su conducta engañosa y, por ello, habría de valorarse jurídicamente en el contexto del delito de estafa.

Lo que caracteriza el delito de alzamiento es, por tanto, el hecho de causar dolosamente la insolvencia o de agravarla, por cualquier medio, en perjuicio de los acreedores; y, en principio, constituye presupuesto necesario de este delito la existencia de una o varias obligaciones previas. La insolvencia debe ser la consecuencia lógica de la ocultación o de la disposición fraudulenta de los bienes y deberá producirse con el ánimo de perjudicar a los acreedores, lo que constituye el elemento subjetivo del injusto. De ahí que no se haya apreciado la comisión de este delito cuando el sujeto ha vendido sus bienes para pagar a sus acreedores, o cuando la insolvencia no se ha producido con ánimo defraudatorio.

La existencia de una o varias obligaciones previas al ocultamiento de los bienes deberá apreciarse no sólo cuando dichas obligaciones sean ya vencidas y exigibles, sino también cuando los hechos de los que dimanen tales obligaciones sean previos al alzamiento, pues, como se dice en la STS de 8 de octubre de 1996, el requisito objetivo que exige este tipo penal lo constituye la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día de los que sea deudor el acusado del delito, “sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, de ahí que digamos “exigibles en su día”, pues entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio, ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce en pura lógica al vendedor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido”.

Como quiera que, en el presente caso, los hechos generadores de las obligaciones incumplidas por el acusado son, de modo patente, posteriores a la liquidación de la sociedad de gananciales de su matrimonio con la también acusada Dolores C., hemos de concluir reconociendo la razón que asiste al recurrente.

Procede, en conclusión, la estimación de este motivo». (F. J. 8º)

#### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal. Indebida aplicación subtipo agravado de abuso de relaciones personales.**

Recurso: Casación nº 963/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 422/2009 de fecha 21/04/2009

«..La sentencia de instancia ha considerado aplicable la agravación prevista en el art. 250.1.7 del CP, esto es, cometer el hecho con “...*abuso de las relaciones*

*personales existentes entre víctima y defraudador*”. El razonamiento de la Sala de instancia para justificar la aplicación del tipo agravado es la mejor muestra de la duplicidad valorativa en la que incurre la sentencia, pues el acusado: “...prevaliéndose de su condición de empleado de la Comunidad de Propietarios C. de S., encargado de consignar informáticamente las cantidades recibidas de los clientes-socios, se apoderó de parte de ellas, lo que efectuó en distintas ocasiones durante el período de tiempo reseñado...”. Si bien se mira, fue precisamente esa relación laboral la que determinó la entrega de las cantidades luego distraídas. De tal forma que su aplicación a efectos agravatorios incurre en una singular forma de inherencia -en este caso, tácita- proscrita por el art. 67 del CP. Dicho en palabras del Fiscal, la esencia de la apropiación indebida es la quiebra de la confianza depositada.

En la STS 634/2007, 2 de julio, ya dijimos que la jurisprudencia de esta misma Sala ha advertido de la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado. La STS 383/2004, 24 de marzo, señaló –con cita de las SSTS, 1753/2000, 8 de noviembre, 2549/2001, 4 de enero 2002, 626/2002, 11 de abril y 890/2003-, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa». (F. J. 1º.II)

## **APROPIACIÓN INDEBIDA. Contrato vitalicio.**

Recurso: Casación nº 1028/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 132/2009 de fecha 09/02/2009

«..La sentencia recurrida, al afirmar que la compraventa era válida en cuanto tal, y que la contraprestación asumida por el penado era la ayuda a la vendedora, incluyendo el pago de los costes de su eventual ingreso en una residencia, lo que está configurando es que medió el contrato de vitalicio.

Éste, por su carácter sinalagmático y conforme a lo pactado, supuso la real transmisión del dominio al acusado de la vivienda, siquiera no en virtud de la simulada venta sino del disimulado vitalicio. Sin perjuicio del "constituto posesorio" por el que, en cumplimiento de la obligación asumida por el acusado, la transmitente permanecería en el uso de la vivienda.

En consecuencia y a los solos efectos de la represión, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estimamos que no cabe establecer que exista una limitación en la disposición de la vivienda por el acusado, siempre que se respete la obligación de su disponibilidad vitalicia para residencia por la transmitente. Lo que no resulta inobservado por el penado.

El dinero obtenido por el préstamo era desde un inicio de la propiedad exclusiva e ilimitada del penado, deudor de su importe únicamente frente a la entidad prestamista. Sin perjuicio de las consecuencias que podrían valorarse si la garantía se hubiera ejecutado por incumplimiento de la obligación de devolución a dicha prestamista.

Tal evento no consta acaecido y, por ello, no cabe hablar de ilicitud por la disposición en personal interés que el acusado haya hecho de dicho dinero.

Es cierto que en los hechos probados se afirma que el acusado "con tal negocio", en referencia a la venta de la vivienda, "se pagaría una residencia privada de ancianos cuando aquélla (la tía) lo necesitara". Pero una cosa es que el negocio (la venta) tenga por causa el vitalicio, y otra que ello implique una vinculación, no ya de la vivienda, sino incluso de las adquisiciones que el acusado pueda obtener, en las que la vivienda sirva de garantía hipotecaria. El dinero percibido, como préstamo, a lo que se vincula es a su devolución al prestamista.

Incurre en error en la sentencia en su fundamento jurídico segundo, párrafo primero, in fine, cuando afirmando que no llegó a "mediar ese negocio jurídico de compraventa... ni ningún otro transmisivo de la propiedad del inmueble y siendo inexistente el precio..." No solamente se contradice ese aserto de modo palmario con el luego afirmado en el párrafo tercero del mismo fundamento, sino que se ignora la adecuada calificación jurídica del negocio pactado, según resulta de los hechos probados y que hemos dejado antes expuesto. Se trata de un vitalicio y con transmisión del dominio. Y el precio, cualquiera que sea su valoración monetaria, es en realidad la contraprestación que representa la ayuda comprometida.

Pero es que, además, la sentencia, pese a proclamar que "ese" dinero recibido por el acusado en préstamo no fue específicamente dedicado al pago de los costes de la residencia de la tía, **en modo alguno afirma que el sobrino se negase a tal pago, ni que incurriera en causa de resolución del vitalicio por incumplimiento de sus obligaciones.**

Se afirma en la sentencia que la apropiación indebida se consuma en octubre de 2005, cuando la tía sufre un infarto cerebral y el acusado no dedicó el dinero a "subvenir las necesidades de la tía". Ahora bien, ni en ese fundamento, ni en los hechos probados, se dice que el acusado se negase a tal atención. Lo que sí se dice es que en tal fecha la hija de la perjudicada regresa de París y es ella quien la ingresa en una residencia pública.

Independientemente de que el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas del vitalicio no implica por sí solo el delito imputado, sino, en su caso, la resolución del contrato con las devoluciones que procedieran, lo relevante es que

la descripción de hechos se limita a constatar que no se produjo el ingreso en una residencia privada. Pero omite toda argumentación sobre **los datos que permitan conocer las razones de tal situación.**

Muy en concreto si lo ocurrido se debió a la voluntad del acusado o a la interferencia de la voluntad de la hija. Por lo que la sentencia no da respuesta al dato esencial alegado por la defensa. Y éste es precisamente la existencia de relaciones de casi enemistad entre madre-tía e hija/prima. De suerte que solamente cuando la madre/tía perdió la consciencia, ésta hizo valer su vínculo filial para determinar la suerte de la paciente, contra la voluntad del acusado, dispuesto a cumplir sus obligaciones asumidas en el vitalicio.

Sin la premisa fáctica pues que afirme esa voluntad de incumplir por el acusado, no cabe hablar de indebida inasistencia y, correlativamente, mucho menos, de indebido apropiamiento de cosa o dinero alguno». (F. J. 1º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Dinero entregado en ejecución provisional de una sentencia civil.**

Recurso: Casación nº 2123/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 727/2009 de fecha 29/06/2009

«..la ejecución provisional de una sentencia civil (v. art. 524 y sigtes. LEC) implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que, el dinero entregado, en méritos de dicha ejecución, tenga –en el momento de recibirse– un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito el contrato de préstamo –en el que la obligación de devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento–, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la ejecución provisional de la sentencia civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha sentencia es revocada. A este respecto, es de interés recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de un precepto similar al art. 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al art. 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que se establece una particular reenvío al delito de apropiación indebida». (F. J. 2º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Relaciones Abogado-cliente: provisión de fondos.**

Recurso: Casación nº 579/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 4/2009 de fecha 23/12/2008

«..Es cierto que son numerosos los casos en que esta Sala ha apreciado la apropiación indebida cuando un Letrado, tras recibir de Órganos Judiciales, o de particulares, cantidades de dinero en concepto de indemnización para su entrega al destinatario, sea un tercero, o sea su propio cliente, hace suyo el dinero recibido,



abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios.

Pero también es cierto que esa hipótesis no agota las posibilidades de comisión de una apropiación indebida en las relaciones de un Abogado con su cliente, dentro del marco del arrendamiento de servicios. Lo que se recibe en concepto de pago de honorarios es precio o merced que en el marco del arrendamiento constituye la prestación debida por el servicio prestado, o que se ha de prestar. Por lo cual en principio su entrega lo es como pago y con transmisión del dominio del dinero. Si luego el servicio profesional convenido no se presta o se presta incorrectamente existirá en efecto un incumplimiento contractual sobrevenido en el marco de un negocio jurídico bilateral con obligaciones recíprocas; con la posibilidad de integrar una estafa, si el contrato se presenta como una mera apariencia engañosa que esconde desde el principio la decidida voluntad por el sujeto de no cumplir con el servicio prometido.

Lo anterior sin embargo no excluye otras posibilidades. El cliente no siempre entrega dinero al Letrado como pago de sus honorarios. Puede hacerlo con ese título obligacional, pero también con otros tales como el del mandato, para la realización de gestiones que exijan desembolsos y gastos varios, para cuya cobertura se hace entrega dineraria. Entrega que no es para su adquisición dominical por el receptor, sino para su posesión con disponibilidad autorizada para un concreto fin al que necesariamente ha de destinar el dinero. En esos casos la desviación del fin que justifica su posesión, representa una apropiación indebida por parte del receptor que, abusando de su tenencia lo hace suyo sin aplicarlo al destino pactado.

El Real Decreto 658/2001 de 21 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española diferencia en su art. 44 entre la compensación económica adecuada a que tiene derecho el abogado "por los servicios prestados", y el reintegro de "los gastos que se hayan causado". Dualidad que el código deontológico, aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002 adaptado al nuevo Estatuto General, recoge al regular en su art. 15 "los honorarios, diferenciando lo que como tal es la retribución por su actuación profesional, y lo que es el reintegro de los gastos que se le hayan causado". En el art. 17 por su parte se regula la "provisión de fondos, como un derecho del abogado a recibir la entrega de cantidades en concepto de fondos a cuenta de los gastos suplidos, o de sus honorarios, tanto con carácter previo como durante la tramitación del asunto".

Por lo tanto la provisión de fondos hecha anticipadamente no supone, contra lo alegado por el recurrente, un pago de honorarios, en cuanto que, incluye un depósito para posibilitar los gastos suplidos con su entrega, y como tal representa una provisión para ser usada sólo en aquellos gastos, no para ser apropiada en beneficio del receptor.

Esta Sala en Sentencia de 14 de julio de 2008 consideró apropiación indebida la acción del Abogado que recibiendo una provisión de fondos la hizo suya, es decir la incorporó a su patrimonio sin ejecutar nada de la actividad concreta contratada. Criterio que debe reiterarse en esta ocasión por las razones expuestas. En efecto la Sentencia de instancia declara probada la recepción por el acusado de una provisión de fondos -no un anticipo de honorarios- de tres mil

euros, con el encargo de tramitar el divorcio de quien para tal fin hizo la referida provisión, y declara también probado el hecho de que incorporó el dinero recibido a su propio patrimonio sin realizar gestión alguna. Tales hechos que en este cauce casacional deben respetarse íntegramente, como exigen los arts. 849-1º y 884-3º de la LECr. Integran por lo expuesto el delito de apropiación indebida del art. 252 del Código Penal». (F. J. 3º)

### **ASOCIACIÓN ILÍCITA. “Latin kings”.**

Recurso: Casación nº 1459/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 765/2009 de fecha 09/07/2009

«La doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, acertadamente citada por el Tribunal de instancia, señala que la conformación penal de la asociación no precisa que se componga de estructura y organización muy complejas, bastando que suponga un agrupamiento de varios, con estructura primaria, que se diferencie perfectamente de la individualidad de los miembros que la componen. "Por su propia naturaleza la asociación supone la existencia de una cierta apariencia formal y, por lo menos, un conato de organización y jerarquía. Asimismo deben constituir una entidad distinta de la de sus individuos. Ante la imposibilidad de penar a los colectivos la respuesta se centra en sus componentes en función de su respectiva jerarquía o dominio del grupo" (STS de 23 de octubre de 2.006); porque "no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, ni tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique a actividades lícitas" (STS 57/2002, de 23 de enero) (STS de 27 de junio de 2.007). "La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad. b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista. c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio" (STS de 19 de enero de 2.007). Aquí existe un grupo reducido, pero estructurado, con sumisión jerárquica a su promotor, perfectamente diferenciado de las individualidades que lo componen y con una cierta persistencia en el tiempo, pues su disolución no procede de un convencimiento voluntario de sus integrantes, sino de que fueron descubiertos por la Policía.

Y en lo que atañe al elemento objetivo del injusto, el empleo de la violencia física sobre los miembros ya integrados en la asociación o sobre los aspirantes a ello, los hechos probados acreditan la práctica de castigos físicos como medio de sometimiento de los ya integrados por faltas cometidas, o como prueba para los aspirantes». (F. J. 4º)

### **ATENTADO Y RESISTENCIA. Diferencias entre sí y según el lugar donde se desarrolle la conducta típica.**

Recurso: Casación nº 1272/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 388/2009 de fecha 03/04/2009

«3.- La resistencia, la desobediencia y, en su caso, el atentado son conductas reactivas frente a un orden o actuación de la autoridad y sus agentes que, en el ejercicio de sus funciones, pretenden que se cumplan determinadas decisiones que están encaminadas al mantenimiento del orden público. Es evidente que lo normal sea que esta resistencia, desobediencia o atentado, se produzca en el exterior de las Comisaría y que ello produzca una alteración de lo que conceptualmente se engloba como orden público y que obligan a las autoridades o sus agentes a utilizar la fuerza de modo proporcional para hacer cumplir la orden o reducir al renuente. Es mas difícil, pero no imposible, que esta conducta de atentado, resistencia o desobediencia se produzca en el interior de los recintos policiales, pero en estos casos, es necesario ponderar la desigualdad de situaciones, la absoluta superioridad de los agentes de la autoridad y la afectación al orden público.

4.- La resistencia tiene que ser grave, activa, persistente y con el ánimo de oponerse al cumplimiento de las decisiones de la autoridad dentro de sus facultades. Existe una escala que es necesario recorrer, según la intensidad de la reacción que se iniciaría en su eslabón más grave por el atentado, seguiría la resistencia grave, el maltrato de obra, la simple resistencia o la desobediencia grave que nos llevaría a situarnos en conductas calificadas como delictivas. Existen, como en el caso presente, situaciones en las que, un simple forcejeo que no cabe elevar a la categoría de delito, sino integrarlo en la falta contra el orden público en los que se observa, por la escasa virulencia de la conducta del acusado, un simple forcejeo que supone una actitud de desobediencia leve que pueden ser integrados en la falta del artículo 634 del Código Penal. Este es el caso y la pena que se determinará en el apartado correspondiente». (F. J. 2º)

#### **ATENUANTE ANALÓGICA. Dilaciones indebidas**

Recurso: Casación nº 567/2007  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 569/2008 de fecha 19/09/2008

«...Como precisa la STS de 28-4-2008, nº 179/2008, hay que recordar que esta Sala acordó, en el **Pleno** celebrado en fecha de **21 de mayo de 1999**, seguido en numerosas sentencias posteriores, como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no

existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La jurisprudencia de la Sala (Cfr. STS de 5-5-2008, nº 165/2008) viene reiterando desde la decisión del Pleno de 1999, que las dilaciones indebidas conllevan la lesión de un derecho fundamental que debe ser compensado en la pena a imponer, de tal manera que la privación de derechos que implica la pena guarde proporción con la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SS del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras)». (F. J. 2º.2)

#### **ATENUANTES. Arrebato u obcecación.**

Recurso: Casación nº 881/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 417/2009 de fecha 07/04/2009

«...El motivo merece la estimación. En efecto esta circunstancia de atenuación concurre cuando la obcecación y el arrebato al actuar entrañan una reducción de la imputabilidad provocada por situaciones que disminuyen la razonabilidad del pensamiento o el control de la voluntad debida a un duradero oscurecimiento u ofuscación del ánimo (S. 1696/2002, de 14 de octubre). Sus elementos son: **a)** Desde el punto de vista interno una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca limitando las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de una importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados; **b)** Desde el punto de vista externo se ha producir un estímulo exterior, a modo de detonante, generalmente como consecuencia de la actuación de la víctima que ocasione el desencadenamiento de tal impulso interior que desarrolle en su mente una violenta reacción perdiendo el control de los frenos inhibitorios (S. 889/2002, de 20 de mayo).

En el caso presente la violenta reacción del acusado aparece en el hecho probado como acción provocada por un poderoso estímulo exterior: los insultos proferidos en la calle por la otra acusada hasta que se revolvió contra ella agrediéndola. El propio relato histórico al reflejar el desarrollo del hecho implica la evidencia de un estado de irritación y cólera incompatible con la fría reflexión y la intensidad del estímulo detonante del enfurecimiento. Los insultos eran gravísimos ya que faltando a la verdad le seguía por la calle diciendo a voces que aquél hombre -el acusado- le había robado el dinero en un cajero; lo decía en público y a

gritos, en plena calle, oyéndole por tanto cualquier transeúnte que por allí pasara; el insulto fue persistente porque lo repitió durante un largo trecho siguiendo al acusado que intentaba librarse de aquella mujer sin conseguirlo; y las consecuencias fueron también graves puesto que provocó que la Policía se hiciera presente, terminando por detener al recurrente. Por tanto: la gravedad de las injurias y calumnias soportadas, unida a la persistencia en tan ofensivo comportamiento, más la publicidad abochornante e intolerable de semejante acción, y las consecuencias perjudiciales del incidente, constituyen cuatro factores que denotan por sí mismos la intensidad del estímulo y el natural ofuscamiento que necesariamente hubo de producirse en el ánimo del acusado cuando perdido el control propinó un bofetón a quien le seguía dando aquellas voces por la calle.

La atenuante de arrebat o ofuscación es por ello apreciable; y con carácter de cualificada precisamente porque la conjunción de los cuatro factores señalados, permiten inferir que la obcecación reactiva y el furor del recurrente tuviera que ser de gran intensidad, con merma muy relevante de su autocontrol, lo que ha de traducirse en la consiguiente atenuación cualificada de responsabilidad, rebajando en un grado la pena correspondiente, de conformidad con el art. 66-1º, 2ª del Código Penal». (F. J. 4º)

#### **ATENUANTES. Dilaciones indebidas. Analógica cualificada.**

Recurso: Casación nº 2332/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 505/2009 de fecha 14/05/2009

«En el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. Así, pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una *disminución proporcionada de la pena* en el momento de la individualización, para lo que habrá

de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal, criterio éste fijado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21.5.1999, como anteriormente expusimos.

Nuestra jurisprudencia ha apreciado en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (Sentencias 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo) que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso; también se ha apreciado como muy cualificada en la Sentencia 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años).

La Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, reconoce en su art. 47 el derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro del mismo se aloja el derecho a que “*su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable*”. La conculcación de este plazo razonable ha de tener, incuestionablemente, un efecto jurídico, pues no son tolerables las declaraciones meramente rituales de la infracción de un derecho, de naturaleza constitucional (art. 24.2 de nuestra Carta Magna: a un proceso sin dilaciones indebidas), sin que tengan la oportuna traducción jurídica, que esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario, ha concretado en una disminución proporcional de la pena.

También puede tener la oportuna traducción en la exigencia de responsabilidades disciplinarias, pues la dejadez culpable en la obligación de activar e impulsar un proceso penal, se regula como falta disciplinaria en el estatuto orgánico que se diseña en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De modo que las paralizaciones que se han detectado, y que el Ministerio Fiscal remarca al apoyar el motivo, junto al exceso lapso temporal de duración de un proceso muy simple, como el enjuiciado, esto es, una duración de seis años de duración, que a fecha de hoy, ya son siete años, confieren la entidad suficiente para apreciar tal atenuante con el carácter de muy cualificada, por lo que tal censura casacional será estimada, dictándose a continuación segunda Sentencia por esta Sala». (F. J. 3º)

#### **ATENUANTES. Drogadicción: eximente incompleta.**

Recurso: Casación nº 1293/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 189/2009 de fecha 25/02/2009

«..Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas. En este sentido la STS núm. 905/2001, de 10 de mayo y las que en ella se citan.

También será apreciable la eximente incompleta, ahora en relación con el artículo 20.2ª, cuando los efectos de la intoxicación o del síndrome de abstinencia sean profundos o importantes, aunque no absolutos.

Por consiguiente, el motivo de la defensa será estimado, toda vez que la mejor respuesta del ordenamiento jurídico a la situación de imputabilidad, como la que padece el recurrente, no es el ingreso en prisión, sino la adopción de medidas de seguridad, que redundarán en su reinserción social y le ayudarán a su deshabitación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 104 del Código penal, en relación con el art. 102, se le impondrá la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación, por tiempo máximo de dos años, al proceder rebajar en un grado la penalidad aplicable, con la posibilidad de sustitución durante la ejecución prevista en el art. 97 del Código penal, y en todo caso, con las previsiones contenidas en el art. 99 del mismo Texto legal». (F. J. 4º)

### **AUTORÍA. Complicidad.**

Recurso: Casación nº 11378/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 790/2008 de fecha 18/11/2008

«4. La cualificación de cooperador necesario o cómplice ha de partir de los términos de la aportación causal al hecho delictivo que el factum describe.

La doctrina de esta Sala, conjugando criterios de las doctrinas del dominio del hecho, bienes escasos o causalidad relevante viene apreciando la figura de la cooperación necesaria en actividades de vigilancia para delitos de robo, en particular cuando dentro del plan depredatorio se sirven de un vehículo que se halla a la espera para emprender la huida, circunstancia determinante para el éxito del expolio.

La jurisprudencia de esta Sala, como se encarga de demostrar el Fiscal, los actos no necesarios para la ejecución del hecho (complicidad) los ha calificado de "contribución de carácter secundario o auxiliar", "de una participación accidental y no condicionante" "de carácter accesorio". Sin embargo no ha de ser tal inútil o

anodina que se muestre como irrelevante o innecesaria para la comisión del hecho; de ahí, que como contrapunto al carácter secundario o accesorio se hable de "aportación o participación eficaz", "de auxilio eficaz", o "de una contribución relevante".

En nuestro caso hemos de partir de que los actos realizados por Rubín N., según el factum, se limitaron a la simple vigilancia exterior, pero en un contexto en que el lugar de los hechos estaba conscientemente elegido, situado al fondo de una zona de garajes, en donde se halla el autor del hecho y en dicho acceso se coloca el coche de éste, impidiendo que la puerta metálica se cerrara, y todo ello a una hora en que no era fácil distinguir o identificar a las personas (19,30 o 20 horas del mes de octubre: hechos probados), cuando estaba oscureciendo, circunstancias todas que hacían poco posible la presencia episódica u ocasional de transeúntes.

Aun así esta ayuda, reforzadora y garantizadora de la acción principal, claramente accesorio o secundaria, puede calificarse de útil pero no imprescindible, y como dice el fiscal carente del condominio del hecho, por cuanto el cómplice nunca tuvo el poder de hacer cesar el *iter criminis* o de interrumpir la lesión del bien jurídico.

La muerte del tercero fue planificada y ejecutada enteramente por Emilio, limitándose Rubín Nelson a prestar una colaboración no necesaria». (F. J. 1º)

### **CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Convivencia análoga a la conyugal.**

Recurso: Casación nº 11289/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 349/2009 de fecha 30/03/2009

«...La circunstancia mixta de "parentesco" concurre cuando la persona agraviada por el delito es o ha sido "cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad", o sea "ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente", y, según se precisa en el art. 23 del CP, tal circunstancia "puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito"; habiendo declarado la jurisprudencia que "como regla general, se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante", si bien ello ha de ser con el obligado respeto al art. 67 del CP, en cuanto establece que "las reglas del artículo anterior (es decir, las reglas de aplicación de las penas según las circunstancias concurrentes en la comisión del delito) no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse".



De modo patente, en el presente caso, no puede apreciarse la circunstancia de parentesco por cuanto, para ello, a falta de una de las relaciones familiares citadas en el art. 23 CP, habrá de existir, entre agresor y agraviado, una relación de afectividad estable análoga a la de los cónyuges; es decir, lo que la doctrina denomina una convivencia *more uxorio* que en la doctrina tradicional significaba compartir “mesa, techo y lecho” (el texto legal habla de “cónyuge o conviviente”), circunstancia que explícitamente se dice en el *factum* que no concurre en el presente caso (el acusado mantenía con la víctima “una relación sentimental de pareja, desde hacía dos años, sin convivencia”).

Dado, pues, que la relación de parentesco operaría en el presente caso como circunstancia agravante, resulta obligado una interpretación rigurosa y restrictiva del precepto penal (v. art. 4.2 C. Civil), debiendo concluirse, por tanto, que, al faltar la convivencia entre agresor y víctima, no puede apreciarse la concurrencia de esta circunstancia. Consiguientemente, procede la desestimación de este motivo». (F. J. 4º)

### **COMISO. Tercerías de dominio respecto de piezas de convicción.**

Recurso: Casación nº 1703/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 618/2009 de fecha 01/06/2009

«...En un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente impugna la no devolución del dinero, que poseía en el momento de su detención, y su ordenado ingreso en el Tesoro Público, que el Tribunal de instancia deduce de una interpretación conjunta del RD 467/2006 y del RD 2783/1976, relativos ambos a los depósitos judiciales, operación que lleva a cabo analógicamente al señalar que no es aplicable el art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo será estimado.

La Sala sentenciadora de instancia, tras declarar que no se ha acreditado que el dinero incautado tenga una procedencia criminal o estuviera destinado a fines criminales, concluye que, en consecuencia, “es evidente que no es procedente el comiso”, pero llega al resultado que debe ser ingresado en el Tesoro, que es lo mismo, al fin y al cabo, que decomisarlo.

El art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula las tercerías que se ejerciten con respecto a la propiedad de las piezas de convicción, ofreciendo a los terceros interesados un plazo para acudir a los tribunales del orden civil. Transcurrido el plazo, si nadie interesare la retención mediante la correspondiente tercería civil, se entregarán a sus dueños. Y aquí se consigna una ficción legal: se *reputará dueño* el que estuviere *poseyendo* la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de instrucción.

El recurrente tenía tal posesión en el momento de la incautación judicial del dinero que transportaba. Éste, como dicen los jueces “a quibus”, no tiene acreditadamente una procedencia criminal, luego debe aplicarse tal precepto en la sentencia recurrida, como ordena el art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que cita expresamente el art. 635 para las sentencias absolutorias, aunque referido a las piezas de convicción que entrañen peligro por su naturaleza.

Así lo ha dispuesto esta Sala en STS 436/1999, de 11 marzo: el Tribunal actúa de oficio, tratándose del cese de la intervención de efectos o de medidas cautelares, en hipótesis de sentencia absolutoria, conforme al artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea preciso reclamación o petición previa.

O en la más antigua STS de 27 de junio de 1981, en donde se razona que “respecto al destino que procedía dar a la cantidad de 10.400 ptas. que le fueron encontradas al procesado al tiempo de su detención e ingresadas por el Juzgado Instructor en la Caja General de Depósitos, a resultas de la causa, cuyo destino había de consistir en su devolución a su legítimo dueño, en este caso el procesado, ya que si inicialmente procedía su retención, como indiciaria y en calidad de pieza de convicción, hasta determinar si la misma procedía de la venta ilegal de estupefacientes, al no determinarse en la Sentencia la procedencia ilegal de ella, debió acordarse en el fallo de la misma su devolución a su dueño”.

En consecuencia, deberá ordenarse la devolución de la cantidad incautada al recurrente Paolo R. B. D. S., sin perjuicio de las acciones civiles que puedan plantearse con posterioridad a tal entrega, particularmente con respecto al recurso que seguidamente estudiaremos». (F. J. 3º)

#### **COMPETENCIA. Actuación del servicio de vigilancia aduanera como policía judicial en delito de contrabando.**

Recurso: Casación nº 11117/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 671/2008 de fecha 22/10/2008

«..2. Sin duda, la base legal respecto de la actuación de este Servicio de Vigilancia Aduanera en casos de delito se halla en la **Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 12/1995** de 12 de diciembre, reguladora del contrabando, cuyo apartado 1 dice así:

*“Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.*

*El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.”*

Hubo varias resoluciones de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (auto de 31.7.1998 y sentencias 642/2002 de 10 de abril y 1231/2003 de 25 de septiembre, entre otras), que se refirieron a esta cuestión:

**3.** A fin de unificar la doctrina de esta sala en tal materia, **una reunión plenaria de 14 de noviembre de 2003**, contestando a la pregunta relativa a si el Servicio de Vigilancia Aduanera es policía judicial, adoptó el acuerdo siguiente:

*“Primero: El art. 283 de la LECr no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.*

*Segundo: El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero si en sentido genérico del art. 283.1 de la LECr, que sigue vigente. Conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal.*

*Tercero: Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.”*

Véanse como sentencias posteriores a este pleno, las de esta sala 902/2004 de 22.7.2004, 560/2006 de 19 de mayo, 736/2006 de 4 de julio y 343/2007 de 20 de abril.

**4.** En esta misma línea afirmativa del carácter de policía judicial respecto de este Servicio de Vigilancia Aduanera se encuentra la Consulta 2/1999 de la Fiscalía General del Estado, también con fundamento en la referida Disposición Adicional Primera de la LO 12/1995.

**5.** La vigencia de ese art. 283 LOPJ, que en su nº 1º considera policía judicial a las “autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales”, de conformidad con el mencionado acuerdo plenario de esta sala, nos conduce a que tengamos que considerar como parte de tal policía judicial al mencionado Servicio de Vigilancia Aduanera (tanto a sus autoridades como a sus funcionarios) teniendo en cuenta particularmente el punto tercero de tal acuerdo que proclama la validez procesal de lo actuado por el mencionado servicio administrativo, siempre que se limite al ámbito de los delitos de contrabando que esa Disposición Adicional Primera de la LO 12/1995 le encomienda explícitamente.

No cabe duda alguna respecto de que en los hechos aquí examinados este Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando actuó en alta mar con su barco Pretil I y sus embarcaciones auxiliares contra el velero “Diosa M.” que traía la cocaína aprehendida, lo hizo para impedir un acto de contrabando que habría de consumarse mediante la introducción de tal mercancía ilícita en el territorio español a través de la desembocadura del río Guadiana. Delito de contrabando se habría cometido conforme a lo dispuesto en el art. 2.3 a) y art. 3 y ss. de la tan citada LO 12/1995 dictada para la represión de esta clase de conductas, entre

otras. Y esto aunque ya esta propia sala no sancione estos hechos con la aplicación de las normas que acabamos de indicar, porque entendemos que no hay concurso ideal, con el delito contra la salud pública de los arts. 368 y ss. CP, sino concurso de normas (regla 3ª del art. 8 CP), a partir de otro acuerdo adoptado en otro pleno, el de 24 de noviembre de 1997, fecha desde la cual estos hechos solo se penan conforme a estas últimas disposiciones. Esto evidentemente no impide que pueda actuar el Servicio de Vigilancia Aduanera, pues delito de contrabando existe, aunque quede absorbido por el otro relativo al tráfico de drogas. Véase ahora la circunstancia de agravación específica 10ª del art. 369 CP.

6. Pasamos a referirnos a lo alegado por el recurrente cuando nos dice en su escrito de recurso que en el caso presente el Servicio de Vigilancia Aduanera no actuó conforme a la legislación vigente, pues lo hizo solo y no en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que es lo previsto en la referida Disposición Adicional Primera de la LO 12/1995 (págs. 11 y 12 de su escrito de recurso).

No le falta razón aquí al recurrente; pero en lo que no la tiene ciertamente es en cuanto a los efectos que tendrían que derivarse de esta evidente irregularidad. No cabe considerar inválidas por tal razón las intervenciones telefónicas, ni el registro del barco ni los practicados en los domicilios ni las detenciones efectuadas, que es lo que aquí pretende el recurrente; es decir, se solicita de nosotros que actuemos como si la mencionada irregularidad constituyera vulneración de alguno de los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el art. 11.1 LOPJ que sanciona con la ineficacia las pruebas obtenidas directa o indirectamente cuando tal vulneración concurre.

Recordamos en este momento la obligación de denunciar que incumbe a cualquier ciudadano que presencie la perpetración de un delito público, según el art. 259 LECr, obligación que existe con mayor intensidad (art. 262) respecto de los que, por razón de sus cargos, profesiones u oficios, tuvieron noticia de algún delito de tal clase (público). Incluso la sanción al incumplimiento de tal deber de denuncia alcanza su máximo rango cuando se trata de funcionarios públicos que faltando a sus obligaciones dejaren de promover la persecución de los delitos de que tengan noticia, pues este último comportamiento aparece como delictivo en el art. 408 CP actual, infracción penal que se encontraba en el capítulo de la prevaricación en el art. 359 CP anterior. Véase en esta misma línea el fundamento de derecho 2º de la sentencia de esta sala 738/2006 de 4 de julio, antes citada.

Hacemos nuestro lo que, sobre la concurrencia de atribuciones en este campo entre el Servicio de Vigilancia Aduanera y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dice la referida circular 2/1999 de la Fiscalía General del Estado en el último párrafo de su apartado 4, donde lamenta que “el legislador no haya sabido articular órganos y cauces de coordinación hábiles para resolver estas controversias y para evitar indeseables pérdidas de energía y medios”». (F. J. 5º)

**COMPETENCIA. Criterio de asignación en los delitos contra las personas entre la Audiencia y el Jurado.**

Recurso: Casación nº 1732/2008  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 308/2009 de fecha 23/03/2009

«...Se dice por el recurrente que debió tramitarse el procedimiento conforme a la LO 5/1995 reguladora del Tribunal del Jurado en cuanto a los delitos de cohecho, por lo dispuesto en el apartado g) del art. 1.2 b) de la mencionada Ley Orgánica que atribuye estos delitos al conocimiento y fallo de tal clase de tribunal, mientras que el enjuiciamiento de la prevaricación, al aparecer expresamente excluido del ámbito de tal procedimiento por lo dicho en el párrafo último del art. 5.4 de la citada LO 5/1995, tendría que haberse tramitado por separado en un proceso ante un tribunal ordinario.

El tema ya fue planteado en la instancia y resuelto correctamente en la parte 2ª del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida.

En efecto, el día 5 de febrero de 1999, el pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a fin de unificar nuestra doctrina al respecto, adoptó un acuerdo en los términos siguientes:

*"En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputa a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial"*

Este criterio de prevalencia de la competencia del tribunal ordinario, es decir de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Juzgado de lo penal, en los supuestos de varios delitos no atribuidos todos al procedimiento de la Ley del Jurado, ha de aplicarse más allá de los términos literales de este acuerdo, como lo acredita la sentencia citada en la sentencia recurrida, la 982/2007 de 27 de noviembre, referida precisamente a un caso de cohecho enjuiciado junto con otro relativo a tráfico de drogas, Véanse las sentencias de esta sala 70/1999, 716/2000, 1093/2002, 119/2003 y 370/2003 que aplicaron también ese acuerdo de 5 de febrero de 1999.

El fundamento de tal acuerdo se encuentra en que precisamente el art. 5.1 de tal Ley del Tribunal del Jurado omite el nº 5º del art. 17 LECr, el relativo a la conexión subjetiva (varios delitos imputados a una misma persona cuando tuvieran analogía o relación entre sí), tras haber acogido antes los otros cuatro supuestos del mismo art. 17. Esta ley especial ha querido limitar la competencia del jurado de modo que solo pueda conocer de los delitos recogidos expresamente en su art. 1.

Solo nos queda añadir que en el caso presente existe una necesidad procesal de enjuiciar aquí unidos en un solo procedimiento los dos delitos por los que se acusó, dada la íntima relación entre ellos: el obtener un beneficio económico de un particular por parte del magistrado (cohecho) fue la razón de ser de la resolución injusta dictada a sabiendas por este (prevaricación). **No podía dividirse la continencia de la causa**, en términos utilizados por el citado art. 5 de la Ley del Jurado: era necesario un solo enjuiciamiento para los dos delitos a fin de

evitar eventuales contradicciones entre las dos sentencias que en otro caso habrían de dictarse». (F. J. 3º)

**COMPETENCIA. Declinatoria de jurisdicción. Acuerdo del Pleno de 03/02/2005.**

Recurso: Casación nº 11171/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 854/2008 de fecha 04/12/2008

«..Pasamos al estudio del recurso formalizado a través de un único motivo en el que se denuncia la infracción del derecho al Juez predeterminado por la Ley, por falta de competencia territorial de la Audiencia de Barcelona acordada en el auto recurrido, y al respecto hay que decir que tanto las tesis del recurrente y recurridos se apoyan en el mismo principio --derecho al Juez natural predeterminado por la Ley-- para recabar la competencia en favor de la Audiencia Nacional --tesis del recurrente-- o en favor del Tribunal de la Audiencia de Barcelona --tesis del auto de la Audiencia recurrida y de los recurridos--.

La clave para resolver esta declinatoria de jurisdicción, más concretamente es una cuestión de competencia territorial, se encuentra en dos referencias: una legal y otra jurisprudencial.

La legal está constituida por el art. 61-1-d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la competencia de la Audiencia Nacional en los casos -- entre otros-- de tráfico de drogas cometidos por grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

La jurisprudencial se encuentra en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 3 de Febrero de 2005 en el que se acordó que:

*"....el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo; en consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa....".*

Ambas referencias deben iluminar la decisión a tomar respecto la cuestionada competencia territorial entre la Audiencia Nacional en su Sección III y la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los hechos se refieren como recoge el Ministerio Fiscal en su informe, en el que presta su apoyo al recurrente, de un caso de importación de drogas de relevante importancia en la medida que la imputación que se efectúa a las personas concernidas es la de la comisión de un delito de tráfico de drogas -- cocaína-- de 1.800 kilos, más un delito de blanqueo, precisamente la investigación se inició por el delito de blanqueo, cuya investigación ha requerido medios extraordinarios y en concreto una amplia actividad investigadora en Estados Unidos y México, con intervención de sociedades *ad hoc* creadas en México así como en España para su recepción. La entidad y complejidad de la red clandestina

de importación se patentiza también con la evidencia del empleo de medios extraordinarios, tales como vuelos privados con la finalidad de recoger el dinero.

Por otra parte, es cierto como, se dice por uno de los recurridos, que todos los procesados fueron detenidos en Barcelona y que los registros domiciliarios se practicaron en dicha capital y que asimismo en una nave industrial de un polígono de Rubí, se aprehendieron los efectos del delito, en concreto la cocaína, pero existen más datos que el estudio directo de las actuaciones, singularmente en los Tomos I y II, permite comprobar y que pasamos a exponer.

La causa se inicia en virtud de una petición de la Fiscalía, en tal sentido dirigido al Juzgado de Instrucción Central nº 3, en funciones de guardia, de la Audiencia Nacional. Se acompaña un escrito de solicitud de intervención telefónica de la Unidad Policial adscrita al SEBLAC (Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales). Se inicia por blanqueo de capitales interviniéndose diversos teléfonos cuyos titulares son distintos de los que, finalmente fueron procesados, lo que nada tiene de particular ya que se estaba en el inicio de la investigación.

Pues bien, el examen directo de los Tomos I y II de la instrucción, acredita que los escenarios donde se investigaba el blanqueo eran en Madrid y en Barcelona, y así se puede comprobar con los oficios obrantes a los folios 3 y siguientes, 33 y siguientes, 59 y siguientes, 71 y siguientes, 109 y siguientes, 212 y siguientes, 270 y siguientes y 368 y siguientes. Sin perjuicio de reconocer el género de la investigación estaba más centrada territorialmente en Barcelona, también existieron investigaciones en Madrid donde vivía uno de los inicialmente investigados, se entregaron efectos, llegaron personas a Madrid para hacerse cargo del dinero, se registró el domicilio de uno de los inicialmente investigados y existieron ingresos en cuenta de entidades bancarias en Madrid, y en este mismo lugar se entregó efectivo a otras personas en "pago" de sus servicios, y también en Madrid se aprehendió dinero.

Junto a esta realidad, hay que añadir otro dato no cuestionado: toda la instrucción de la causa fue llevada a cabo por el Juzgado Central nº 4, siendo este Juzgado quien transformó las Diligencias Previas en Sumario --Sumario 68/2006--, y de la complejidad de la investigación, que también tuvo como escenario México y Estados Unidos como lo acreditan las Comisiones Rogatorias, da fe el volumen de la causa: --16 Tomos con un total de 9.408 folios durante tres años-- se inició la causa el 24 de Enero de 2005 y se dictó auto de conclusión el 4 de Febrero de 2008 sin ningún cuestionamiento acerca de la competencia territorial.

Remitida la causa a la Sección III, el Ministerio Fiscal dirige la acusación contra los procesados --distintos de aquellos contra los que se inició la encuesta judicial-- encontrándose por escrito de 14 de Mayo de 2008 todos los procesados en prisión provisional actualmente, y son los ahora recurridos los que formalizan la declinatoria de jurisdicción por estimar incompetente al Tribunal de la Sección III de la Audiencia Nacional, tesis que fue aceptada por dicha Sala.

Con lo dicho hasta ahora ya puede decirse que el escenario territorial investigador en el principio abarca a Barcelona --principalmente-- y a Madrid, pero fue Madrid, no solo el primer Juzgado que investigó, sino el único que lo ha hecho.

Llegados a este punto ya se está en condiciones de afirmar que el art. 65-1-d) de la LOPJ no sufre lesión porque el conocimiento de la causa quede residenciado en la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que la referencia legislativa nos lleva a esa competencia al tratarse de la investigación de un grupo organizado (y así lo califica el Ministerio Fiscal) con escenarios en un principio en Madrid y Barcelona. Que con posterioridad se centrara toda la investigación en Barcelona no permite olvidar ese inicial escenario territorial compartido con Madrid, y ello legitima la competencia de la Audiencia Nacional desde el principio porque era el Tribunal competente, y además el Juzgado nº 4 el primero --y único-- que efectuó toda la investigación.

Es ahora cuando entra en juego el Acuerdo del Pleno de la Sala antes citado que reconoce el Principio de Ubicuidad. Pues bien, desde este principio es clara la competencia territorial del Juzgado Central, porque parte de los elementos del delito fueron investigados en Madrid y el Juzgado Central fue el primero y único que dirigió la investigación. En conclusión el conocimiento de la causa para el enjuiciamiento debe ser el Tribunal competente funcionalmente esto es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y en concreto la Sección III.

Una última reflexión derivada de la vigencia del Principio de Ubicuidad, es preciso relativizar y matizar los conflictos de competencia territorial porque se trata de contiendas entre órganos judiciales de la misma competencia objetiva y funcional, y por ello el fuero territorial no puede ni debe alzarse como obstáculo a una justicia sin dilaciones ni demoras, que incluso podrían provocar la puesta en libertad de alguno de los presos preventivos por agotamiento del tiempo máximo. En este sentido, la propia Sección de la Audiencia Nacional comunica al remitir la causa para la resolución del recurso de casación, que a todos los procesados les cumple los cuatro años de prisión "*en Febrero de 2009*" --sic-- con lo que la probabilidad de que un injustificado envío de la causa a la Audiencia Provincial de Barcelona para el enjuiciamiento, tendría, además de la falta de razón jurídica para estimar ajustada a derecho la decisión adoptada por la Sección III, tendría, decimos, el efecto "*colateral*" nada irrelevante de, tal vez acordar, previamente la puesta en libertad de todos los procesados.

Por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso de casación formalizado con radical nulidad del auto de 23 de Julio de 2008». (F. J. 3º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: apropiación indebida y delito societario de administración desleal.**

Recurso: Casación nº 437/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 9/2009 de fecha 26/01/2009



«..en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

**7.-** La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

**8.-** El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado». (F. J. 4º)

## **CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: blanqueo de capitales y delito fiscal.**

Recurso: Casación nº 2516/2007

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 769/2008 de fecha 30/10/2008

«..Esa Sección Tercera ha absuelto, en sentencia del 25/7/2007, a los acusados Juan-Carlos y José-Luis al reputar absorbido el ilícito contra la Hacienda Pública en las condenas, mediante sentencia pronunciada el 31/7/2006 por la Sección Cuarta de la misma Sala, contra dichos Juan-Carlos y José-Luis como autores de un delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas comprendido en los arts. 301, número 1, párrafo 2º, y 302, párrafo 1º, inciso segundo CP. Las cuales condenas ya están confirmadas en sentencia que este Tribunal ha dictado el 8/4/2008. Nos hallamos en una cadena delictiva: delito contra la salud pública -delito de blanqueo de capitales- supuesto delito de fraude fiscal; el último eslabón ha sido el objeto de la sentencia de cuyo recurso ahora conocemos. (F. J. 1º)

El recurso del Ministerio Fiscal objeta que no cabe aplicar al caso esa última doctrina jurisprudencial porque la condena del delito inicial (en este caso, el segundo eslabón de la cadena, el delito de blanqueo de capitales) no es firme y porque constan incrementos de patrimonio no declarados que pueden tener su origen parcial en el delito de blanqueo de capitales *"pero nunca justificarse una correspondencia total entre ellos, pues el simple cotejo matemático descararía esa identidad entre sí"*.

Mas, por un lado, la anterior condena sí ha alcanzado firmeza; y no se encuentra razón para sostener que la normal demora en ser dictada la sentencia confirmatoria de la condena, en un recurso de casación, haya de ser ponderada en contra de los acusados para excluir el caso del supuesto contemplado por la jurisprudencia que les favorece, lo que será contrario a la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE.

Por otro lado, si se admite, como hace el Ministerio Fiscal, que la correspondencia aritmética entre blanqueo de capitales y fraude fiscal contemplados respectiva y definitivamente en uno y otro proceso no fuera total, y si se tiene en cuenta que el periodo a que se refiere la sentencia del 31/7/2006 es más amplio que aquél abarcado por el de la sentencia del 25/7/2007, hubiera sido necesario aclarar rotundamente, y no lo ha sido, que el comiso acordado en la primera no afectaba todos los incrementos patrimoniales, fiscalmente significativos, reflejados en la segunda. (F. J. 5º)

No hay razón, así pues, para rechazar la aplicación al caso presente y singular de la última y matizada doctrina jurisprudencial acerca de concurso de normas y no de delitos entre los supuestos de blanqueo de capitales y fraude fiscal, cuando el comiso decretado por los primeros abarque los incrementos no declarados.

Y debe, con arreglo al art. 901 LECr., declararse no haber lugar al recurso de dicho Ministerio, aunque sin condena en las costas de ese recurso». (F. J. 6º)

**CONCURSO DE DELITOS. El principio que prohíbe la doble valoración de las circunstancias (Art. 67 CP) no es aplicable al concurso ideal.**

Recurso: Casación nº 1558/2004

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 713/2009 de fecha 18/06/2009

«2. Es claro que el principio que prohíbe la doble valoración de las circunstancias no es aplicable al concurso ideal. La prohibición del art. 67 CP se refiere a la improcedencia de considerar en la individualización judicial de la pena, circunstancias ya tenidas en cuenta para establecer la tipicidad del hecho, sea que estén expresas en el tipo penal del delito o que sean inherentes al mismo. Esta problemática difiere conceptualmente en forma clara de los problemas del concurso ideal de delitos, en los que se trata de si una acción, con todas sus circunstancias, se subsume bajo más de un tipo penal. En este segundo caso, no rige un principio equivalente al del art. 67 CP, dado que si la circunstancia en cuestión (en este caso la utilización de medios peligrosos) no pudiera ser considerada en cada una de las subsunciones, se eliminaría la doble subsunción del *mismo hecho*. El art. 77.1 CP es en este sentido claro: se trata del supuesto en el que un solo hecho, es decir: una acción, constituye dos o más infracciones.

Sin perjuicio de ello, desde un punto de vista axiológico, es evidente que el legislador no ha encontrado ninguna razón para excluir la agravación del atentado por el simple hecho de que la acción se subsuma también bajo el tipo de las

lesiones. El caso ahora enjuiciado es tanto un hecho de lesiones con un medio peligroso, como de un atentado con medio peligroso. Es obvio que el concurso ideal de lesiones agravada por el medio utilizado y del atentado con los mismos medios cumple con los requisitos conceptuales del concurso ideal. La doble subsunción no tiene por qué eliminar las circunstancias de uno de los delitos.

Por lo tanto, en éste, como en cualquier concurso ideal, la pena resultante no es desproporcionada, como sostenía el recurrente, dado que, según se dijo en la sentencia de casación, el mismo hecho comporta dos infracciones del derecho y la pena ni siquiera está determina por el criterio acumulativo propio del concurso real. El concurso ideal, por el contrario, sólo determina la aplicación al hecho de la pena de la infracción más grave, considerando la segunda infracción como una mera agravante. Es evidente que el legislador no podía excluir totalmente la punibilidad de la infracción menos grave del derecho, pues de esa manera hubiera desprotegido injustificadamente el interés tutelado por ésta.

2. Consecuentemente, la subsunción de los hechos debe ser efectuada con todas sus circunstancias, dado que no existe ninguna norma que establezca limitaciones en este sentido y esas limitaciones no surgen de la institución del concurso ideal. Esto último se deriva, además de razones sistemáticas que demuestran que el art. 67 no encuentra aplicación en el ámbito del concurso de delitos, pues mientras el art. 67 es una regla (para la aplicación de atenuantes y agravantes) para la aplicación de las penas, el art. 77.1 es una regla *especial* de aplicación de la pena en los casos de concursos de delitos». (F. J. 3º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Robo con violencia y lesiones.**

Recurso: Casación nº 10676/2008 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 201/2009 de fecha 28/02/2009

« **3.-** La cuestión a resolver es determinar si el concurso a que el precepto da lugar es real, medial o ideal:

**a)** La pluriofensividad misma del tipo penal del robo mediante violencia ya entraña lo propio de un concurso ideal, que está integrado en la estructura del tipo y, por lo mismo abarcado en su desvalor. De modo que será el exceso de la violencia que desborda la ya comprendida en el tipo lo que requiere tratamiento autónomo.

**b)** El mecanismo del concurso medial o instrumental, apreciado en la sentencia recurrida por una parte parece resolver este problema ya que presupone una diferenciación de hechos, que se da en la hipótesis que contemplamos en cuanto se diversifican resultados diferentes -apoderamiento violento y además lesiones- lo que permite hablar de hechos también distintos, dado que para la individualización de los hechos se ha de atender a la acción y también al resultado. Pero por otra parte esta solución del concurso medial presenta el inconveniente de que esa instrumentalización de un hecho respecto al otro, propia de este concurso, casa mal con la idea de la innecesariedad funcional o instrumental del exceso

lesivo respecto al apoderamiento que ha de cometerse mediante la violencia necesaria. En efecto, la inclusión de toda la violencia en el plan del sujeto no basta para otorgarle carácter medial. La medialidad precisa una relación de necesidad instrumental objetiva, como ya señalara esta Sala en su Sentencia de 22 de mayo de 1993, cuya doctrina ha sido reiterada en Sentencia de 3 de febrero de 2003, y repetimos ahora: "no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron". En el caso del robo violento, las lesiones causadas por violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento, se sitúan fuera de la estructura del tipo de robo violento que no exige la causación de tales resultados. Por consiguiente no es predicable de ese exceso lesivo una instrumentalidad medial que solo concurre objetivamente en la violencia que sea necesaria para el logro del ataque a la propiedad.

**c)** Por ello se postula la solución del concurso real. A su favor un sector doctrinal argumenta: la dicción literal del precepto ("sin perjuicio"); el que la consumación del acto violento y el apoderamiento recorran caminos separados, lo cual se ajusta más a la técnica del concurso real que del ideal; el que no todos los casos en los que concurre violencia o intimidación son medios necesarios para el apoderamiento; y por último las distorsiones penológicas que se producirían en caso de ocasionar varios resultados lesivos, pues la regla del concurso ideal no permite tenerlos a todos en cuenta.

La Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2005 también señaló la dificultad que plantea un posible concurso ideal ya que exige que un solo hecho constituya dos o mas infracciones, y es por ello inaplicable cuando se trata de dos hechos diferentes, aunque relacionados temporal y espacialmente, uno configurado por el ataque a la persona y el otro por el apoderamiento de sus bienes, constituyendo cada uno de ellos una realidad jurídica y además también una realidad física o natural independiente. El concurso medial se rechazó también en la citada Sentencia por no considerar la acción lesiva como medio necesario para el apoderamiento.

**4.-** En el caso presente la víctima que era una persona de avanzada edad se encontraba en su domicilio durmiendo cuando los dos acusados se le echaron encima. El golpearle la cara fuertemente, como lo hicieron, siendo una persona ya mayor, inerme y desprevenida frente al ataque de los dos acusados, fue una acción lesiva que superaba con creces la violencia que necesitaban los agresores para apoderarse del reloj que el anciano llevaba puesto. A la pérdida de este objeto se añaden las lesiones causadas, como resultados diferenciados de dos acciones distintas, la del ataque físico que le causó lesiones, y la del desapoderamiento mediante la violencia necesaria para arrebatarse el reloj; una violencia que con el carácter instrumental de medio comisivo del robo no necesitaba añadir los golpes propinados sobre el rostro del anciano, ni la causación de las lesiones que le produjeron.

Por ello hay un concurso real entre un delito de robo con violencia del art. 242.1 del Código Penal y un delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal como sostiene el Ministerio Fiscal en su motivo primero que por lo expuesto debe ser estimado». (F. J. 3º)

## **CONCURSO DE DELITOS. Violencia doméstica y detención ilegal.**

Recurso: Casación nº 202/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar

Sentencia: nº 13/2009 de fecha 20/01/2009

«1. En cuanto a la primera cuestión, la jurisprudencia ha entendido que la privación de la libertad inherente a la comisión de otros delitos, y cuando tiene lugar solo por el tiempo imprescindible para ello, queda absorbida por la primera infracción. No ocurre así en el caso. La víctima fue objeto de malos tratos físicos por parte del recurrente, y además, la obligó a entrar en el vehículo, cerró las puertas, la obligó a acompañarle hasta su domicilio, la obligó a subir a la vivienda y una vez dentro de ella cerró la puerta por dentro con las llaves, de manera que la mujer quedó impedida de abandonar el lugar, situación en la que permaneció hasta la llegada de la Policía. Es claro que la privación de la libertad ambulatoria, que efectivamente tuvo lugar, no es inherente a la comisión de las lesiones o malos tratos físicos, pues se extendió por un periodo de tiempo independiente del empleado precisamente para tales agresiones. Por lo tanto, debe ser considerada como infracción diferenciada, tal como hizo el Tribunal Provincial.

2. En cuanto a la segunda cuestión, el tipo objetivo del delito de detención ilegal requiere una conducta ejecutada por un particular mediante la cual se encierre o detenga a otro privándole de su libertad. El delito de coacciones, por su parte, se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la Ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito de detención ilegal, es de carácter más específico, y de mayor gravedad lo que se traduce en una mayor pena, y se comete cuando el sujeto encierra o detiene a otro privándole de su libertad, refiriéndose por lo tanto a la libertad deambulatoria, es decir, a la capacidad del sujeto de decidir libremente su posición, abandonando el lugar en el que se encuentra. En otras palabras, se comete cuando, fuera de los casos permitidos, se obliga a una persona a permanecer en un determinado lugar, en contra de su voluntad o sin ella, encerrándola en él, o impidiéndole de cualquier otra forma abandonarlo o trasladarse a otro, deteniéndolo. Es precisamente la concreción del ataque en este aspecto de la libertad del individuo, el referido a la libre determinación de su ubicación espacial, lo que ha permitido a la jurisprudencia afirmar que el delito de coacciones es el género mientras que la detención ilegal es la especie (S. núm. 610/2001, de 10 de abril). Para establecer la diferencia entre uno y otro delito, que en su aplicación a hechos concretos en algunas ocasiones no estará exenta de dificultades, es preciso valorar especialmente si la conducta del sujeto activo ha incidido en la libertad ambulatoria de la víctima de un modo mínimamente relevante, a cuyo efecto es preciso tener en cuenta el factor tiempo, que ha de tener alguna significación, aun cuando el delito se consuma desde el momento en que se encierra o detiene a otro (SS. núm. 801/1999, de 12 de mayo;

núm. 1069/2000, de 19 de junio; núm. 1432/2000, de 25 de septiembre; núm. 351/2001, de 9 de marzo y núm. 610/2001, de 10 de abril, entre otras). En este sentido deberá apreciarse la comisión de un delito de detención ilegal atendiendo a dos aspectos. En primer lugar, cuando se haya producido una conducta, consistente en encerrar o detener, que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión de autodeterminarse espacialmente, es decir, acerca del lugar donde desea permanecer o que desea abandonar. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido, o se inicie con propósito de extenderse, durante un período temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos, o en las agresiones sexuales o en los delitos de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución.

En el caso, el recurrente no solo obligó a la víctima a desplazarse de un lugar a otro, sino que durante el tiempo en que la mantuvo dentro del vehículo contra su voluntad, e igualmente durante el que la obligó a permanecer en la vivienda, cerrando la puerta para evitar que la abandonara hasta que fue liberada por la Policía, le impidió hacer uso de su libertad de desplazarse de esos lugares a otros según su deseo, por lo que quedó afectada negativamente su libertad deambulatoria. Por lo tanto, los hechos han sido correctamente calificados como constitutivos de un delito de detención ilegal». (F. J. 2º)

### **COSTAS PROCESALES. Acusador particular.**

Recurso: Casación nº 1029/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 275/2009 de fecha 20/03/2009

«...Dicho recurso aparece articulado en un solo motivo acogido al art. 849.1º LECr, en el que se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 240.3

Ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y ha de ser acogido en base a una razón exclusivamente procesal, ya que nadie en la instancia pidió la condena impuesta a G. S.A.

Hemos examinado las actuaciones y hemos podido comprobar que efectivamente fue así.

Lógicamente ni el Ministerio Fiscal ni las tres acusaciones particulares, que pidieron la condena de los tres imputados, nada solicitaron respecto de la aplicación al caso del mencionado art. 240.3. Pero tampoco lo hicieron ninguno de los acusados. La defensa conjunta de dos de ellos, O. y M., no interesó condena en costas de ninguna clase (folios 1095 a 1099). Tampoco lo hizo la del otro acusado, M. (sin foliar). Después, en el acto del juicio oral, en el trámite de las conclusiones provisionales, aunque en algunos extremos se modificaron algunas de las provisionales, en lo relativo a la condena en costas nada se alegó.

Y cuando se trata de imponer el pago de las costas a un acusador particular conforme a lo dispuesto en tal art. 240.3º, ha de razonarse sobre la existencia en el caso concreto de mala fe o temeridad, porque únicamente cuando alguna de esas circunstancias concurre cabe realizar tal condena.

No nos hallamos aquí ante una sentencia penal condenatoria que conlleva por mandato legal expreso e incondicionado la imposición de las costas al condenado o condenados (art. 123 CP y 240.2º LECr), sino ante un pronunciamiento excepcional que sólo permite condenar a la acusación particular o al actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

La parte a quien le interese la condena en costas de la acusación particular tiene la carga procesal de solicitarlo y de argumentar al respecto, con lo que queda introducido el tema en el debate contradictorio de la instancia. Si no se actúa así, la cuestión no se trata ante la Audiencia Provincial, nadie alega nada al respecto y la sentencia no puede pronunciarse.

Si, como aquí ocurrió, sí se pronuncia y condena a una de las partes acusadoras al pago de todas las costas, es evidente la indefensión de la parte condenada que lo fue sin haber podido alegar nada al respecto.

Esta cuestión de la condena en costas de una parte acusadora es de carácter civil, pues en definitiva consiste en el pago de unos gastos que han tenido que hacerse en el proceso, y como tal está sometida al poder dispositivo de las partes. Si nadie lo pide no puede haber pronunciamiento al respecto. Véase la sentencia de esta sala nº 911/2006 de 2 de octubre de 2006, citada en el escrito de recurso y que razona ampliamente sobre este tema.

Por último, recordamos aquí que el recurso de casación es de carácter devolutivo, en virtud del cual se somete a un órgano judicial superior jerárquico lo que ha resuelto previamente otro inferior. No queda debidamente articulado un recurso de esta clase cuando el tema a discutir pudo plantearse en la instancia y tal no se hizo. El Tribunal Supremo ha de razonar y pronunciarse tras el debate contradictorio en la instancia y tras la consiguiente resolución en sentencia.

Estimamos este motivo único del recurso de G. S.A. interpuesto en calidad de acusación particular». (F. J. 2º)

### **COSTAS PROCESALES. Imposición de costas a la acusación popular. Temeridad o mala fe.**

Recurso: Casación nº 1982/2008

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 903/2009 de fecha 07/07/2009

«..El artículo 240.3 y último párrafo LECrim. establece que las costas procesales pueden ser impuestas al querellante particular o actor civil, cuando

resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe. En efecto, como también exponen las entidades ahora recurrentes y ha señalado nuestra Jurisprudencia, la solución en materia de costas regulada en el precepto mencionado más arriba pasa por lo siguiente: a) por un lado, la imposición de las costas de la acusación popular a satisfacer por el condenado en la causa. No procede con carácter general, según ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, afirmando que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado, habiéndose matizado esta doctrina en la S.T.S. 1318/05; b) por otra parte, la imposición de costas al condenado penalmente en favor de la acusación particular. La regla en esta hipótesis es la contraria, es decir, se deben incluir las costas, salvo en supuestos excepcionales en los que la intervención de la parte ha sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, introduciendo en el proceso tesis cuya heterogeneidad cualitativa aparece patente con las de la acusación pública o con las aceptadas en la sentencia; c) por último, hay que mencionar la imposición de costas a la acusación particular en casos de absolución de los acusados, con vistas a la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, que debe atenderse a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, criterios que esta Sala adjetiva, sugiriendo la excepcionalidad en la aplicación de la norma. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la imposición (por todas la S.T.S. 1029/06).

Pues bien, la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de los conceptos de temeridad o mala fe ha seguido una línea continua que podemos exponer en los siguientes términos a partir de multitud de sentencias de esta Sala. Así, la S.T.S. 37/06, con cita de numerosos precedentes, nos dice que *"aunque no hay un concepto o definición legal de temeridad o mala fe se suele entender por esta Sala, como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de aquí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados con su temeraria actuación. Sobre los conceptos de temeridad y mala fe que emplea el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer la condena en costas al querellante, la doctrina de esta Sala (SSTS 2177/2002, de 23 de diciembre; 387/98, de 11 de marzo; 205/97, de 13 de febrero; 46/97, de 15 de enero; 305/95, de 6 de marzo; y de 25-3-93) ya ha advertido sobre la inexistencia de una definición legal, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tal injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta. La STS de 19-9-2001, 1600/2001 (recordando las 361/1998, de 16 de marzo; de 25 marzo 1993; de 15 enero 1997), destaca que la*



*interpretación de esos conceptos ha de ser restrictiva, pero sin olvidar también que el absuelto ha podido ser injustificadamente sometido a un proceso penal que le ha causado no solo unas evidentes molestias e incertidumbres, sino también unos gastos que no es justo que corran de su cuenta. La STS. 608/2004 de 17.5, incide en esta misma cuestión, recordando que conforme a lo dispuesto en el art. 240.3 LECrim. la condena en costas del querellante particular o actor civil será procedente cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, es decir, existe un criterio rector distinto para la imposición de las costas al condenado y a la acusación particular, pues mientras ex art. 123 CP, en relación con el 240.2 LECrim. las costas procesales se entiende impuestas por Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, la imposición de las mismas al querellante particular o actor civil está subordinada a la apreciación de la temeridad o mala fe en su actuación procesal. No existe un principio objetivo que determine la imposición de costas a dichas partes, sino que la regla general será la no imposición, aún cuando la sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones, excepto si está justificada dicha conducta procesal como temeraria o de mala fe a juicio del Tribunal que deberá motivarlo suficientemente". O también la más reciente 842/09, insiste en que "la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado sobre esta cuestión que, ante la ausencia de una definición auténtica de lo que haya de entenderse por temeridad o mala fe, ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al Tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria, teniendo en cuenta, por un lado, la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho; siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la Institución, de tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el Tribunal. Resta por decir que la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la causa", con cita también de numerosos precedentes jurisprudenciales.*

Ciertamente es posible distinguir los conceptos de mala fe y temeridad, aunque sus efectos en materia de costas sean los mismos. El primero, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia (ver el artículo 433 CC en materia de posesión), mientras que el segundo tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal y a pesar de ello insiste en el ejercicio de la acción, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho, sucediendo que en muchos casos ambos planos se confunden o superponen». (F. J. 1º)

#### **COSTAS PROCESALES. Supuestos de varios acusados.**

Recurso: Casación nº 11338/2007 P

Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 716/2008 de fecha 05/11/2008

«...El art. 123 del CP dispone que “las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta”, y el art. 240.2º de la LECrim., establece que al condenar a los procesados al pago de las costas, se señalará “la parte proporcional de que cada uno debe responder, si fueren varios”.

En materia de costas, ningún problema se plantea cuando existe un solo procesado al que se acusa de un único delito. La cuestión se complica cuando se acusa de varios delitos y se condena por algunos y se absuelve de otros; y la complicación se acrecienta cuando los procesados son varios y corren distinta suerte. Por lo demás, hay que entender que, en principio, la condena en costas deberá alcanzar a las de la acusación particular, salvo que su intervención haya sido notablemente perturbadora y sus peticiones absolutamente heterogéneas en relación con las acogidas en la sentencia (v., ad exemplum, STS de 12 de abril de 2004). Cuando la acusación particular haya sido rechazada por el Tribunal, absolviendo a los procesados, únicamente se impondrán a la misma las correspondientes costas procesales cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en dicha acusación.

Por lo demás, cuando se acusa por varios hechos delictivos y la sentencia condena por unos y absuelve por otros, es preciso distribuir las costas entre el número de aquéllos y obrar en consecuencia, imponiendo las costas de aquellos que hayan determinado la condena del procesado y declarando de oficio las correspondientes a aquellos otros en que se haya dictado resolución absolutoria.

Cuando de los delitos hayan sido acusados varios procesados, las costas correspondientes a cada delito deberán distribuirse entre los distintos procesados y luego operar en consecuencia, de modo que a los que resulten condenados se les impondrán las correspondientes a los hechos por los que han sido condenados y se declararán de oficio las correspondientes a los procesados absueltos.

Desde la perspectiva expuesta, en el presente caso, hay que partir del número de delitos objeto de acusación, que han sido cinco (el primero, por detención ilegal en grado de tentativa; el segundo, por delito de lesiones, en el mismo grado; el tercero, por robo o hurto de vehículo de motor, también en grado de tentativa; el cuarto, por proposición de detención ilegal y el quinto, por proposición de mutilación genital). Corresponderá, por tanto, un quinto de las costas por cada uno de los correspondientes hechos delictivos.

Como quiera que de los tres primeros hechos delictivos vienen acusados los dos procesados (Enrique y Cristian), corresponderá a cada uno de ellos la mitad de un quinto, es decir, un décimo por cada uno de dichos hechos delictivos. Las costas correspondientes a los otros dos delitos, de los que únicamente viene

acusado Enrique, se distribuirán –como ya queda dicho- a un quinto por cada delito.

Al haber sido absueltos los dos acusados del delito de robo o hurto de vehículo de motor, un quinto de las costas se declara de oficio, sin imponerlas a la acusación particular, al no apreciarse temeridad ni mala fe al mantener su acusación por dicho hecho delictivo.

En conclusión: Un quinto de las costas procesales debe declararse de oficio. A Cristian deberán imponerse las costas correspondientes a los dos delitos por los que ha sido codenado, es decir, dos décimos de las mismas. Y a Enrique dos quintos, correspondientes a los delitos (meramente propuestos) por los que ha sido condenado y de los que venía acusado únicamente él, y dos décimos –al igual que Cristian- por los otros dos delitos por los que ambos han sido condenados.

Dado que, en el presente caso, el Tribunal de instancia se ha limitado a citar el art. 123 del CP, en el Fundamento jurídico quinto de la sentencia, y a imponer, en el fallo, las costas procesales a los condenados, sin mayores precisiones, es evidente que ha incumplido las normas legales cuya infracción se denuncia en este motivo que, consiguientemente, deberá ser estimado». (F. J. 6º)

#### **DELITO CONTINUADO. Acuerdos de Pleno de 18/07/2007 y 30/10/2007. Individualización de la pena en los delitos patrimoniales.**

Recurso: Casación nº 11262/2007 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 84/2009 de fecha 30/01/2009

«..En relación a la continuidad en los delitos patrimoniales, en el pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 18 de julio de 2007, se examinó la necesidad de unificar criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida y aunque no se tomó un Acuerdo formal, que se pospuso para otro pleno, se coincidió en la siguiente conclusión: **“En los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo”**.

Y ese pleno tuvo su continuación en el celebrado el 30 de octubre de 2007, en el que partiendo de la conclusión alcanzada en el pleno anterior de 18 de julio, se desarrolló el mismo alcanzándose el siguiente Acuerdo:

**“El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena.**

**Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.**

**La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración”.**

Y aplicando dicho Acuerdo al supuesto que examinamos, al tratarse de un delito continuado de estafa, procede imponer la pena en su mitad superior.

En consecuencia, si el subtipo agravado de estafa por realizarse la conducta delictiva mediante cheque está castigado con pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses; al tratarse de un delito continuado, la pena se extenderá entre tres años y seis meses hasta seis años de prisión y multa de nueve a doce meses, y sobre ese marco punitivo procede una nueva agravación por aplicación del concurso medial (art. 77 CP) lo que supone a su vez la mitad superior, y ello implica que la pena se extienda entre cuatro años y nueve meses y multa de diez meses y quince días a doce meses, que deberá ser en su mitad inferior al concurrir una atenuante analógica por adicción al consumo de sustancias estupefacientes, por lo que la pena impuesta de cinco años de prisión y multa de once meses con cuota diaria de cinco euros es correcta, acorde con lo que acaba de dejarse expresado, ya que se corresponde con la mitad inferior próxima al límite mínimo de la que legalmente procedía imponer.

No se debe olvidar que la condena por el otro delito de estafa cometido por el hospedaje en un hotel no está abarcada por la continuidad delictiva a la que se acaba de hacer mención». (F. J. 1º)

## **DELITO CONTINUADO. Falsedades documentales.**

Recurso: Casación nº 1466/2008

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 365/2009 de fecha 16/04/2009

«1. El tribunal de instancia no ha aceptado la acusación del Fiscal que calificaba los hechos falsarios como delito continuado, entendiendo que los distintos cheques fueron rellenados en el mismo acto, sin solución de continuidad, lo que nos conduce al concepto o modalidad natural de acción, que tendría la virtualidad de excluir el delito continuado, a pesar de realizar 21 falsificaciones.

El Fiscal, por su parte, sostiene que la pluralidad de documentos manipulados destinados a producir efectos en diversos momentos, determinará conforme a la expresión típica utilizada por el art. 392 C.P, que se refiere a "un documento" (singular), una pluralidad de acciones susceptibles de ser consideradas unitariamente bajo la abrazadera del art. 74 si se dan los requisitos que en él se establecen.

2. Planteada así la controversia resulta determinante acudir al concepto de acción (concepto naturalístico o concepto normativo) para resolver el problema,

haciendo notar que en esta Sala de casación se han registrado dos corrientes contradictorias, una calificando de una sola acción el falseamiento repetido y en el mismo acto de diversos documentos, y otra considerando que existen tantos delitos de falsedad como documentos falsificados. En la primera dirección se registran entre otras la nº 1047/2003 de 16 de julio, nº 1024/2004 de 24 de septiembre, nº 52/2006 de 11 de mayo y nº 1266/2006 de 20 de diciembre.

Sin embargo parece que se va abriendo paso la segunda tesis para la que, desde un concepto de cariz normativo, acoge la figura de la continuidad delictiva (véanse S.T.S. nº 348 de 18-marzo-2004, nº 1277 de 10-noviembre-2005, nº 566 de 9-mayo-2006, y nº 291 de 12-mayo-2008).

Es razonable partir de un concepto natural de acción, pero en más de una ocasión sería preciso recurrir a complementos normativos que delimiten la acción típicamente relevante. El concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (véase S.T.S. de 9-mayo-2006).

El legislador que tiene en cuenta el mundo real y su causalidad extrae de él ciertos comportamientos que eleva a la categoría de típicos, en cuanto son susceptibles de vulnerar o dañar el bien jurídico que el legislador quiere proteger. De acuerdo con la descripción de los comportamientos o conductas ilícitas estampadas por el legislador en el Código, se puede producir, como puntualiza el Fiscal, una sola acción natural, como un disparo, realizado por quien conoce la potencia mortífera del arma capaz de atravesar a dos personas, que se hallan una junto a otra y produce la muerte de las dos (una acción natural, dos acciones típicas: dos homicidios o asesinatos), y por el contrario diversas acciones o actos plurales (cantidad de golpes de todas clases contra una persona) constituyen un sólo delito de lesiones (diversas acciones naturales, una sólo acción típica).

Trasladando el ejemplo a los delitos patrimoniales -sigue ilustrando el Fiscal- "cada una de las sustracciones llevadas a cabo en lugares distintos (afectando a distintos bienes jurídicos y preceptos infringidos), encajan normativamente como continuidad delictiva, si existe una pluralidad de actos y unidad de plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión. Al revés, no ocurre lo propio con los distintos apoderamientos sucesivos en una misma casa o establecimiento mercantil llevados a cabo en una unidad de tiempo, aunque se trate de múltiples actos en las distintas dependencias de los inmuebles saqueados. Los hechos no constituirán más que un solo delito de robo o hurto, no un delito continuado de dicha especie".

**3.** Trasladando tal doctrina a nuestro caso, la delimitación de la conducta típica en los distintos preceptos de falsedades (art. 290 y 292 C.P.) se hace tomando en consideración exclusivamente "un documento". Desde el punto de vista del bien jurídico protegido es obvio que cada documento incorpora en el soporte material un contenido distinto destinado a perpetuarse y garantizar su contenido, con posibilidades de lograr un circuito comercial distinto y con virtualidad por sí mismo y con independencia de los demás de producir determinados efectos.

Desde el punto de vista punitivo no es lo mismo falsificar un documento que una gran cantidad de ellos, porque el daño particular que puede ocasionar un documento falaz no siempre se personaliza, sino que es la seguridad y confianza en el tráfico jurídico como bien jurídico protegido el que impone no desvirtuar y desnaturalizar, confundiendo o engañando a terceros, determinados instrumentos en los que cree la sociedad y ha depositado su confianza, amén de ser primordiales para el fluido desarrollo social y económico de una comunidad.

De acuerdo con lo razonado, del mismo modo que cada documento falsificado es un delito, el utilizar distintos modos o mecanismos simultáneos para producir la falsedad no afecta a la unidad normativa de acción, en tanto en cuanto el art. 290, al que se remite el 392 C.P., contiene o encierra, por su modo de comisión, un supuesto de tipos mixtos alternativos. (F. J. 2º)

### **DELITO CONTINUADO. No concurre. Concurso real.**

Recurso: Casación nº 2007/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 781/2009 de fecha 07/07/2009

«..Con dos acciones delictivas sucesivamente cometidas por el acusado existe en principio un concurso real, de dos delitos independientes que deben ser castigados con sus respectivas penas de acuerdo con el art. 73 del Código Penal. La identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 74 del Código Penal). Esta exigencia que, entre otras, es la básica del delito continuado y la que le da entidad como figura jurídica confiere a la pluralidad de delitos una unidad interna característica, pues cada infracción aislada no es sino ejecución parcial de una única ideación y ejecución (S. 19 abril 2005) de suerte que la pluralidad de acciones comisivas pierde sustantividad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los hechos (S 367/2006 de 22 de marzo), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordenadas espacio-temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (S. 19 de abril de 2005).

Pero sucede que en este caso nada hay en el relato histórico, fuera de la descripción de ambas estafas cometidas con dos meses de intervalo, que exprese el presupuesto fáctico de esa exigencia del delito continuado. La mera semejanza de las formas comisivas con la entrega en los dos delitos de cheques o pagarés sin fondos disponibles no es bastante para apreciar delito continuado, la Sentencia nada dice en el hecho probado que permita su apreciación y el Fundamento de Derecho Segundo se limita a señalar que son "dos acciones delictivas ejecutadas con el mismo propósito y finalidad", lo cual obviamente no puede ser de otro modo

tratándose de un mismo tipo penal cometido dos veces con los mismos elementos típicos subjetivos». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Exigencias del tipo penal en blanco.**

Recurso: Casación nº 308/2008

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 160/2009 de fecha 12/02/2009

«...La Audiencia dice -predeterminando, en verdad, el fallo por la introducción en los hechos probados conceptos jurídicos que adelantan la subsunción de hechos no descritos como tales - que "en las citadas declaraciones se ocultaron de forma consciente, bases imponibles derivadas de determinadas operaciones de prestación de servicios". Es evidente que de esta descripción de la conducta imputada, en la que se ignora cuáles son las "operaciones determinadas", no es posible deducir si se trata de hechos imponibles según el art. 4 de la Ley del I. V. A. y si la base imponible es la que se consigna en la sentencia, ni tampoco si la suma no ingresada alcanza a la que señala la Audiencia. Dicho de otra manera: con los datos ofrecidos por el Tribunal de instancia es imposible determinar si la base imponible ha sido jurídicamente determinada de manera correcta. Ello sería ya razón suficiente para casar la sentencia recurrida.

Al parecer el Tribunal *a quo* ha partido de un error de concepto respecto del sistema penal del delito fiscal. En efecto, lo ha entendido de forma análoga al antiguo sistema de las insolvencias punibles, según el cual el Juez penal sólo debía individualizar la pena aplicable al quebrado declarado culpable o fraudulento por el Juez de la quiebra. Dicho sistema no requería más que la constancia de la calificación de la quiebra. Su compatibilidad con los principios del derecho penal moderno era altamente dudosa y por ello ha sido abandonado por el legislador.

En el caso del delito fiscal el sistema es manifiestamente diferente. La aplicación del tipo penal en blanco exige que el Tribunal complete el tipo con el deber fiscal previsto en la ley fiscal, pondere las circunstancias que permiten subsumir las operaciones bajo el concepto de hecho imponible de la misma, y establezca las demás condiciones, objetivas y subjetivas del tipo, así como la condición objetiva de punibilidad.

En la medida en la que no han sido observadas en la determinación de los hechos las exigencias de los principios de legalidad y de la presunción de inocencia, la sentencia debe ser casada por haber infringido el art. 349 CP 1973». (F. J. Unico)

### **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Prueba.**

Recurso: Casación nº 1842/2008

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 611/2009 de fecha 29/05/2009

«...Además de su participación como profesional, es bien significativa su actitud de repercutir sobre el comprador el pago del impuesto del IVA, cobrándolo, sin que lo ingresara en Hacienda, ni lo devolviera a la sociedad pagadora, constando en las escrituras que figuran incorporadas a las actuaciones la expresa estipulación de que tales operaciones quedaban sujetas por el Impuesto del Valor Añadido.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, recuerda que la liquidación ya efectuada formalmente por la Administración Tributaria, al incorporarse al proceso penal, constituye una prueba más, sin duda atendible, sin embargo, la definitiva liquidación habrá de realizarse en el proceso penal, ajustándose a las reglas tributarias y siempre en conformidad con las reglas de valoración de la prueba propias de este proceso, precedida tal valoración del debate entre las partes. Y eso es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Los hechos que sustentan la conducta típica del recurrente vienen acreditados, como se ha dejado expresado, no sólo por la liquidación efectuada por la Administración Tributaria, sino por otras pruebas, unas directas y emanadas de la propia voluntad del recurrente y otras indiciarias, que viene a corroborar tal liquidación, como sucedió con el dictamen emitido por el perito designado por el Juzgado.

Y no se trata de un mero incumplimiento de deberes tributarios por quien ha reconocido la deuda, sino que se ha pretendido ocultar una realidad tributariamente relevante, con ánimo de defraudar a la Hacienda Pública.

Por todo lo que se deja expresado, la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que el recurrente eludió, con conocimiento de las circunstancias de los hechos imponibles y, por consiguiente, con dolo y fraudulentamente, el pago del Impuesto del Valor Añadido, a que venía obligado, aparece razonable, acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, de ningún modo arbitraria y ajustada a las normas tributarias.

El motivo no puede prosperar al haberse aplicado correctamente, por el Tribunal de instancia, el artículo 305 del Código Penal». (F. J. 1º)

## **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Actuación policial.**

Recurso: Casación nº 302/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 910/2009 de fecha 25/09/2009

«..si repasamos la sentencia, observamos que la imputación del acto de **abofetear** a la víctima por parte uno de los agentes condenados, y el mantenerle fuertemente **presionado contra los barrotes**, con el acompañamiento de expresiones como "**te vas a comer una agresión sexual con arma**" y propinarle **patadas** ocurre en el mismo escenario de la detención antes de conducirlo a ninguna Comisaría.



Y que a esos hechos le sucede la primera conducción a una Comisaría diversa de la citada en el recurso, donde se les mantiene en el suelo y esposado de modo tal que hubieron de aflojarle las esposas ante las quejas. (F. J. 1º)

...Debemos subrayar que la sentencia recurrida comienza por excluir la tipificación de los hechos en la modalidad más grave del artículo 174 del Código Penal en que el trato se enmarca en la actividad investigadora que procura obtener una confesión o información.

Situado en la calificación más leve en la que el atentado a la integridad moral de la víctima se desliga de aquel propósito investigador, el legislador distingue entre trato gravemente degradante y el que no tiene tal entidad. Pero **la exclusión de la gravedad no implica que el hecho no sea delictivo**. Y subsumible precisamente en el artículo 175 del Código Penal cuando el sujeto activo es funcionario y actúa con **abuso** de su función. (F. J. 3º)

En la Sentencia 625/2005 de 5 de mayo, se absolvió de este delito pero porque el acusado había sido condenado por detención ilegal. En dicha sentencia dijimos ***toda privación de libertad ya lleva en sí mismo un daño moral relevante, por lo que si no existe otro elemento fáctico más, debe considerarse que nos encontramos ante un concurso de normas que debe resolverse por el principio de la alternatividad, y el delito más grave, en este caso la detención ilegal, absorbe al delito previsto en el art. 175 del Código Penal. No se ha producido un daño moral añadido al quebranto moral inherente a toda detención ilegal, no hay, pues, un plus de antijuridicidad.***

En el caso que examinamos, aunque no se formula acusación por ese otro delito de detención ilegal, se evidencia que la misma estaba injustificada y que, al sentirlo así la víctima, habría de soportar el trato como humillante.

Por otro lado no cabe sino estimar el exceso, con entidad suficiente para la relevancia penal atribuida, desde la perspectiva de los principios que deriva de las normas reguladoras del comportamiento de los agentes de autoridad o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como recordábamos en nuestra Sentencia 1218/2004 de 2 de noviembre en la que decíamos que era necesario que se rigieran *por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad», como dice el apartado c) del art. 5.4 LO 2/86, cuyo apartado d) concreta que «solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior»*. Lo que responde al mandato del art. 104 CE y se halle inspirado en las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» hecha por el Consejo de Europa el 8.5.79 y por el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17.12.79.

Y, por ello, excluíamos la exención de responsabilidad derivada del uso de la fuerza cuando no *concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza*.

Es obvio que los hechos tal como han sido descritos satisfacen las exigencias del citado artículo 175 del Código Penal, cuando menos en su modalidad menos grave.

El motivo se rechaza». (F. J. 3º)

### **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Concepto de habitualidad.**

Recurso: Casación nº 11279/2007 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 607/2008 de fecha 03/10/2008

«...b) Por lo que a la “habitualidad” concierne, hemos de reconocer que constituye una cuestión no pacífica, tanto en el campo doctrinal como en el jurisprudencial, habiéndose sostenido que deberá apreciarse esta circunstancia a partir de la tercera acción violenta (que, por lo demás -no lo olvidemos-, en el presente caso, se recoge expresamente en el relato fáctico de la sentencia –HP.3º-), si bien ha de decirse que tal criterio interpretativo no tiene otro apoyo que el de una aplicación analógica del art. 94 del Código Penal, que así lo establece para los supuestos de suspensión y sustitución de penas y que, además, existe otra línea jurisprudencial –que consideramos más acertada- para la cual lo verdaderamente relevante para apreciar la concurrencia de la habitualidad es la permanencia en el trato violento, de tal modo que lo importante es que el Tribunal sentenciador llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Así, en la STS de 22 de febrero de 2006, se afirma que la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador.

Finalmente, para pronunciarnos sobre el posible fundamento de este motivo, debemos destacar igualmente que, en el delito de malos tratos habituales, el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, al tiempo que se protege también la paz familiar, como bien jurídico colectivo.

Llegados a este punto, debemos poner de manifiesto cómo, en el presente caso, aparte de haberse declarado probada la concurrencia de tres agresiones físicas del acusado a la víctima (v. HP 3º), el relato de hechos probados pone de manifiesto, en forma contundente, que, al poco tiempo de iniciarse la convivencia entre el acusado y la víctima, comenzaron “episodios de violencia verbal”, el acusado le pedía perdón “y, al poco tiempo, incurría Adelino en nuevos episodios de violencia verbal, con insultos, amenazas y actos humillantes”, “cada vez más violentos”; que, en el verano del año 2004, “comenzaron además las agresiones físicas”; el acusado comenzó, poco a poco, a controlar la forma de vestir de la víctima, a controlarla los gastos, a no dejarla salir con sus amistades; la hizo dormir en el suelo, un largo rato, estando embarazada; como consecuencia de los

continuos episodios de violencia verbal y física, “la convivencia se hacía insoportable, llegando a tener mucho miedo, depresión y ansiedad”; todo ello hasta los hechos del día 26 de enero de 2006 (fecha del bautizo del hijo común), que determinaron la denuncia de la situación descrita; precisando el Tribunal de instancia que “como consecuencia de los continuos episodios de violencia sufridos por Vanesa, ésta presenta un síndrome ansioso depresivo y trastorno de estrés postraumático” (v. HP 4º).

Los anteriores hechos –tal como figuran descritos en el factum de la sentencia recurrida- ponen de manifiesto, de forma incontestable, una conducta del acusado –en la que concurre la circunstancia de habitualidad-, caracterizada por una continuada violencia física y psíquica sobre la mujer, determinante de una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).

De todo lo expuesto, se desprende claramente que la calificación jurídica de los hechos que la sentencia ha declarado expresamente probados llevada a cabo por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida es plenamente ajustada a Derecho y que, por tanto, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo». (F. J. 5º)

### **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL (Art. 175 CP). Diferencias con la falta de vejaciones injustas (art. 620 CP).**

Recurso: Casación nº 422/2008

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 412/2009 de fecha 23/04/2009

«2. Aunque esta Sala no pueda prescindir de las razones críticas expuestas por la doctrina científica más caracterizada sobre el tipo jurídico-penal aplicado, en tanto que se ha llegado a decir que este tipo de delito constituye probablemente el máximo exponente de la defectuosa técnica legislativa empleada en el título en que se halla comprendido; y que la delimitación del ámbito de lo típico se efectúa a través de una descripción indeterminada de la conducta (atentar contra la integridad moral de una persona) completada por una referencia al artículo anterior, ya por sí definido en términos bastante difusos al incluir cualquier atentado contra la integridad moral, hemos de destacar que en la delimitación de los requisitos exigidos por esta Sala para el nacimiento del delito hemos venido señalando (SSTS núm. 294/2003, de 16 de abril; 344/2004, de 29 de noviembre; 11-12-2008, nº 891/2008) la necesidad de que concurran:

a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.

b) un padecimiento físico o psíquico de dicho sujeto.

c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito». (F. J. 6º)

### **DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Prevaricación urbanística. Necesidad de que conste la norma infringida.**

Recurso: Casación nº 2454/2008

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 562/2009 de fecha 28/05/2009

«..El motivo debe ser estimado. El delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar. El hecho probado no refiere qué norma ha sido aplicada arbitrariamente, ni el concreto hecho que supone la arbitrariedad típico de la prevaricación. El recurrente, discute en la impugnación el incumplimiento de la norma, no hubo construcción que implicara un aumento de la superficie edificada en una edificación preexistente a la aprobación del Planeamiento urbanístico del Ayuntamiento de M., y denuncia que la ausencia en el hecho probado, y en la fundamentación de la norma infringida, le supone indefensión al no poder cuestionar la subsunción de la sentencia al no declarar el precepto infringido ni los presupuestos fácticos sobre los que actuó el acusado al otorgar la licencia, concretamente, si la obra para la que se solicitaba y se autorizó la licencia suponía un aumento de la edificabilidad o la construcción de un altillo en la edificación existente con anterioridad al planeamiento.

Asiste razón al recurrente pues el relato fáctico no refiere esos precisos datos fácticos sobre los que se autoriza la obra, mediante la concesión de una licencia, ni el alcance de la construcción autorizada. Esa ausencia de datos precisos impiden la subsunción en el delito de prevaricación y son causantes de indefensión al recurrente, por lo que la impugnación debe ser estimada, dictando segunda sentencia absolutoria de la imputación». (F. J. Único)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización.**

Recurso: Casación nº 2467/2007

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 26/2009 de fecha 22/01/2009

«..Según precedentes jurisprudencias de esta Sala. Por todas STS 727/2008, de 5 de noviembre, el elemento diferencial de la organización, respecto del concurso de personas, consiste en la reunión de un número de personas

vinculadas por una finalidad común que debe ser alcanzada mediante el sometimiento de la voluntad de cada uno a la decisión del conjunto, con una distribución de tareas adecuada para la comisión de uno o varios delitos. Por lo tanto, el concepto de organización a los efectos del delito de tráfico de drogas no consiste sólo en un acuerdo de voluntades referido a una manera de actuar, sino que requiere una actuación conjunta en la forma de una organización en la que quepa distinguir un sistema de jerarquías, aunque sea informal, de los miembros, una actividad mercantil ilícita y la ejecución controlada de la ejecución de los delitos o del delito. No se trata, por lo tanto, de los instrumentos más o menos modernos que utilicen los partícipes para comunicarse entre sí o para llevar a cabo el transporte, sino de una estructuración del grupo adoptando especiales medidas para neutralizar la persecución del delito y conseguir de esa manera un aumento cualitativo de la capacidad delictiva. En el caso de autos, los recurrentes a quien afecta este motivo emplearon en la comisión del hecho delictivo la organización del art. 369. 6 del Código penal, en los términos que se declara probado y en los términos de la agravación específica del art. 369.6 del Código penal, que alude al carácter transitorio de la organización para dar idea de la multiplicación de los efectos nocivos de este tipo de delincuencia. Por otra parte, esa calificación fue admitida por los recurrentes en la instancia al presentar una calificación del objeto del juicio en los términos del escrito de acusación». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Condena pese a que no consta el mínimo psicoactivo.**

Recurso: Casación nº 1489/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 380/2009 de fecha 16/04/2009

«Desde luego, como en esta sentencia se dice, no es obstáculo para excluir tal inocuidad que en el caso concreto *no haya podido determinarse la cantidad de principio activo* de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, si, como allí ocurría, *supera en casi tres veces aquella dosis mínima*».

Y en la Sentencia de 23 de Diciembre de 2008 recurso nº 374/2008, *Esta Sala en casos semejantes al actual ya tiene declarado que **la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos**, se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia. En tal sentido SSTs de 30 de Junio de 2005, 10 de Julio de 2002, 280/2007 de 27 de Marzo ó 687/2007 de 17 de Julio.*

Pues bien, en el caso que ahora juzgamos, la cantidad de droga intervenida supera en ocho veces la dosis mínima citada. Bastaría pues que tuviera una pureza en poco superior al 12,19% para alcanzar la barrera que excluye la inocuidad.

Pero es que, además, los hechos probados declaran que el acusado poseía dinero procedente de las ventas de droga en cantidad superior al percibido del adquirente al que se hizo la entrega que fue detectada y se le imputa.

Pero es más, la misma sentencia justifica la imputación de dedicación del imputado al tráfico, **más allá de la concreta acción que determinó la detención**, cuando analizando la prueba testifical da cuenta de que el testigo de cargo proclama en el juicio oral que, en otras ocasiones, recibió del acusado otras entregas (*una o dos veces más*)». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Circulación y entrada vigilada de droga.**

Recurso: Casación nº 10389/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 598/2008 de fecha 03/10/2008

«...El régimen jurídico de la circulación y entrada vigilada de droga, previsto en el art. 263 bis de la LECrim, somete a autorización judicial la procedencia de una medida de investigación de esas características por la conveniencia de no sustraer al control jurisdiccional la práctica de diligencias policiales, tan útiles para los fines del sumario como potencialmente arriesgadas, por lo que entrañan de momentánea pérdida de control de piezas de convicción y remesas ilícitas de drogas y sustancias tóxicas. El hecho de que esta decisión pueda ser adoptada, no sólo por el Juez de instrucción, sino por el Ministerio Fiscal y por los Jefes de las unidades orgánicas de policía judicial –centrales o de ámbito policial- y por sus mandos superiores, refleja bien a las claras que no son la intimidación del imputado ni el derecho al secreto de las comunicaciones –a excepción, claro es, de los casos a los que se refiere el art. 263 bis) 4-, los que tratan de preservarse con la requerida autorización judicial. Esta resolución habilitante, tratándose de la apertura de un contenedor de los usados para el transporte marítimo, busca evitar espacios incontrolados en el marco de una investigación policial, pero no constituye, fuera de los supuestos mencionados, presupuesto de legitimidad para la injerencia en ningún derecho fundamental.

De ahí que implique un notable desenfoco el razonamiento de la parte recurrente, cuando pretende vincular una posible infracción de lo previsto en el art. 263 bis) de la LECrim con la vulneración de derechos fundamentales supuestamente convergentes en el desplazamiento marítimo de un contenedor. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que la perseguida nulidad, a la vista de la línea argumental de la defensa, estaría originada por el incumplimiento de los agentes de la resolución judicial que ordenaba la práctica de esa circulación vigilada. Pues bien, es más que dudoso que el distanciamiento justificado de una decisión judicial acarree, siempre y en todo caso, un desenlace de nulidad de lo actuado. Pero es que, en el supuesto sometido a nuestra consideración, ni siquiera existía un mandato judicial del que los agentes se apartaron deliberadamente.

En efecto, en el auto de fecha 18 de julio de 2006 no se *ordena* la entrega vigilada, sino que se *autoriza* su práctica, en los términos interesados por la

Guardia Civil. Y esa autorización sólo adquiere su verdadero sentido cuando las razones que justificaron la petición al Juez de instrucción, se mantienen en los mismos términos en el momento exacto de decidir sobre su práctica. Esta idea se desprende con claridad del contenido de la parte dispositiva de aquella resolución. En ella se *autoriza el tránsito controlado* del contenedor, adoptándose las necesarias medidas de seguridad que garanticen el buen fin de la investigación *“...debiendo dejarse sin efecto la medida autorizada ante cualquier eventualidad o supuesto que ponga en riesgo la remesa o se produzca peligro de desaparición o extravío, procediéndose en este supuesto a la inmediata aprehensión o detención de las personas implicadas”*.

A todo ello habría que añadir, como apunta con razón el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, que la Policía Judicial está facultada, por mandato legal, para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito (art. 282 LECrim).

En definitiva, de haber existido esa infracción por parte de la policía, al no proceder a la entrega vigilada de la droga intervenida, tal incumplimiento habría de ser valorado en el ámbito intraorgánico en el que han de ventilarse eventuales responsabilidades disciplinarias, sin que esa omisión proyecte sus efectos sobre la validez estructural de actos de investigación perfectamente respaldados por mandato legal.

La STS 249/2004, 26 de febrero –reiterando los requisitos que ya proclamara la STS 2083/2001, 10 de enero-, recuerda que los requisitos autorizantes de la entrega vigilada son los siguientes: a) ámbito de esta técnica: está constituido por un listado cerrado que incluye los delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, así como los tipificados en los arts. 371, 301, 332, 334, 386, 586, 568 y 569; b) naturaleza excepcional de la medida, que, aún admisible sólo en los delitos antes citados, exige que se trate de un caso de alta criminalidad, el propio párrafo 1º del art. 263 bis delimita como coordinadas dentro de las que puede acordarse esta técnica la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia; c) autoridad competente, constituida por el Juez, Ministerio Fiscal o Jefe de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial Central o Provincial. Resulta significativo resaltar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial -Juez o Fiscal- en orden a la autorización de este medio; d) resolución fundada, y por tanto, examen individualizado, «caso por caso», según se indica en el núm. 3 del art. 263 bis; e) finalidad, no explícitamente prevista en la Ley, pero que es la común a toda la investigación criminal -art. 299- es decir obtención de elementos de prueba contra personas involucradas en los delitos para los que se permite esta técnica de investigación.

En suma, tratándose de un contenedor objeto de transporte marítimo, en cuyo interior se ocultaba la cocaína aprehendida, no existió vulneración de relieve constitucional por el hecho de que los agentes decidieran, a la vista de las circunstancias y pese a estar judicialmente autorizado para ello, desistir de la entrega vigilada y poner a disposición judicial las seis bolsas que contenían un total de 150 kilos y 549,5 gramos de cocaína con una pureza del 84,9%». (F. J. 1º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Determinación de la pena de multa. Consulta de páginas de la “red” para fijar el valor en el mercado ilícito.**

Recurso: Casación nº 1456/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 889/2008 de fecha 17/12/2008

«..La determinación de la multa a partir del valor de venta en el mercado de la droga aprehendida no está exenta de dificultades. La idea de que su fijación ha de ser objeto de prueba pericial es, cuando menos, discutible. Su conocimiento no exige estar en posesión de especiales “...*conocimientos científicos o artísticos*”, cuya carencia es la que da sentido y justifica la práctica de una prueba pericial –art. 456 LECrim-.

Es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr, Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.

Aun así, no se trata de aceptar de forma incontrovertible que estamos en presencia de un hecho notorio y, como tal, exento de prueba. La posibilidad de impugnación de esa cuantía está fuera de dudas. El principio de contradicción, cuya naturaleza estructural le convierte en vehículo indispensable para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, ha de permitir, siempre y en todo caso, ofrecer al órgano jurisdiccional una prueba alternativa encaminada a cuestionar el valor ofrecido por el Ministerio Fiscal. Cuestión distinta es que la defensa que ha aceptado sin protesta el valor económico que a la droga atribuye el Fiscal y que ha omitido cualquier propuesta probatoria alternativa, alegue sobrevenidamente, en fase casacional, que aquellas cifras no se ajustan a la realidad.

Esto es lo que ha acontecido en el presente caso. De ahí que la desestimación del motivo resulte obligada ante su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim)». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad (Art. 370 CP)**

Recurso: Casación nº 11487/2008 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 491/2009 de fecha 13/05/2009

«En el segundo de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 370 del Código penal, el tipo agravado por la extrema gravedad del objeto del tráfico. Refiere que lo intervenido son 2439 kilogramos de hachís de los que habría que descontar el peso de los elementos utilizados para su



transporte. En otro sentido de la impugnación refiere que el acusado sólo realizó funciones de vigilancia, en todo caso esporádica, que no merece la aplicación, a su conducta de la hiperagravación por la extrema cantidad objeto del tráfico.

En primer lugar hay que reseñar el error del recurrente, pues lo intervenido no han sido 2439 kilogramos, sino 2539, es decir 100 kilogramos mas que los que el recurrente señala, cantidad que supera los límites jurisprudenciales para la agravación. Por otra parte, reseñar que lo intervenido, y así se declara probado, es la cantidad que ha determinado en la pericial realizada, por lo tanto, ya liberada de embalajes.

El art. 370 del Código penal contienen una serie de agravaciones del hecho del tráfico de drogas que en el caso de la asociada a la cantidad el legislador no lo relaciona con más parámetros interpretativos, que con la cantidad "extrema", o sea, la que constituya un exceso importante en comparación con la tenida en cuenta para la notoria importancia. Ni con redes internacionales, ni con medios extraordinarios de transporte, ni simulando operaciones internacionales, ni, por supuesto, con las demás agravaciones previstas en el art. 369.1 del Código penal, que tienen, desde luego, sustantividad propia, deducida sin sombra alguna de duda por la copulativa "o", con que se enuncian las circunstancias fácticas de donde ha de resultar tal "extrema gravedad". Ni siquiera con la condición del sujeto, como jefe, organizador, administrador o mero partícipe, pues tales condiciones de superior responsabilidad en la comisión delictiva, ya se encuentran comprendidas en el número 2º del comentado art. 370 del Código penal. No se corresponde realizar una interpretación que añada exigencias de aplicación a los supuestos expresados con claridad por el legislador. Y del propio modo que al partícipe en un delito de estas características contra la salud pública, cuando se trata de notoria importancia, no se hacen distinciones en función a sus cometidos operativos en la comisión delictiva, y si procede tal notoria importancia se aplica la penalidad correspondiente a la misma, tampoco existe razón alguna para hacer distinciones que no están previstas legalmente cuando nos encontramos ante la denominada "extrema gravedad". En suma, se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuricidad de la acción, por el mayor peligro de difusión a terceros, en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende. (STS 352/2007, de 23 de abril).

En el caso enjuiciado, la cantidad intervenida era superior a 1000 veces la notoria importancia (2,5 kilogramos). No cabe duda, pues, que cualquier concepto que se maneje acerca de dicho "exceso notable" ha de comprender tal pesaje». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Acuerdo de Sala. Buque.**

Recurso: Casación nº 10803/2008 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 219/2009 de fecha 19/02/2009

«..En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 27 de abril de 1995 se abordó el estudio de la circunstancia de extrema gravedad en el tráfico de drogas y se tomó el siguiente Acuerdo: "La agravación de extrema gravedad es aplicable tanto en el supuesto de las drogas que causan grave daño a la salud como en las demás y también en cuanto al punto de que la elevada cantidad es un elemento relevante para apreciar la "extrema gravedad" pero también las otras circunstancias que puedan demostrar en el caso concreto que, a pesar de la cantidad, el hecho no reviste una gravedad tan pronunciada".

La posibilidad de que el tráfico con sustancias estupefacientes que no causen grave daño a la salud pueda sustentar la extrema gravedad vino a ser ratificada por la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, que modificó el artículo 370.3 de dicho texto legal en el sentido de incorporar una definición auténtica de lo que debe entenderse por conducta de "extrema gravedad", en materia de tráfico de drogas, al decirse que "se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurriesen tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1."

Y en el pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008 se volvió a abordar las circunstancias que deberían concurrir para apreciar la extrema gravedad en un doble sentido, en primer lugar considerando la conveniencia de utilizar un criterio numérico de cantidad de sustancia estupefaciente para integrar la hiperagravación del artículo 370.3 del Código Penal; y, en segundo lugar, precisándose lo que debe entenderse por buque a estos efectos. Así se acordó:

"La aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia".

"A los efectos del artículo 370.3 CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad"

La agravante de notoria importancia, cuando se trata de la sustancia estupefaciente hachís, se fijó, por acuerdo del pleno de esta Sala celebrado el día 19 de noviembre de 2001, en la cantidad de dos kilos y medio de dicha sustancia por lo que la extrema gravedad, tras multiplicar por mil esa cantidad, se apreciará a partir de los dos mil quinientos kilos de hachís, cantidad que se ha superado con mucho en el presente caso en el que se intervinieron 7.164,910 kilos de tal

sustancia estupefaciente, e incluso fue superior a esa cantidad de dos mil quinientos kilos el hachís desembarcado en la última operación realizada en la madrugada del día 21 de enero de 2007 ya que se declara probado que el desembarco fue de al menos 113 fardos de entre 25 y 30 kilogramos cada uno de hachís, que en la cifra más favorable al acusado supondrían 2.825 kilos de dicha sustancia». (F. J. 5º de R. H)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Acuerdo de Sala. Buque.**

Recurso: Casación nº 10774/2008 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 217/2009 de fecha 27/02/2009

«1.- Debe significarse que la extrema gravedad determinante del subtipo agravado del art. 370-3º del Código Penal se determina en su párrafo segundo con la previsión de cinco supuestos de hecho de carácter alternativo y no necesariamente acumulativos. Uno de ellos es que la cantidad de la sustancia a que se refiere el art. 368 "excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia". Esta Sala estimó en varias sentencias que el notable exceso había de apreciarse cuando se superase en mil veces la cantidad de la notoria importancia (SS 12 de septiembre de 2003, y 3 de diciembre de 2007, entre otras), que estaba fijada en el caso del hachís en 2,5 kg, por acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001. Más recientemente este criterio de multiplicar por mil la notoria importancia para obtener el límite de la extrema gravedad ha sido confirmado en Pleno de esta Sala de fecha 25 de noviembre de 2008 y en Sentencia de 11 de febrero 2009, entre otras.

Por lo tanto, la extrema gravedad concurre en este caso, puesto que el hachís intervenido en la operación superó los tres mil kilogramos de peso, distribuidos en fardos recuperados, según el hecho probado que en este cauce casacional del art. 849-1º, es de inexcusable respeto, lo que significa que la impugnación de la aplicación de la ley debe hacerse sobre la base intocable del relato histórico, discutiendo el acierto jurídico de la calificación. No sobre la alteración del hecho probado, como pretende el recurrente al repetir en este motivo el argumento, ya rechazado en el motivo anterior, de que la droga o parte de ella procedía de otras operaciones de tráfico. Alegación que en este cauce casacional contradice el hecho probado, y es por ello inadmisibile.

2.- Si como consecuencia de la cantidad de droga aprehendida es de aplicación el subtipo gravado de la extrema gravedad del art. 370-3º, resulta irrelevante que no lo sea por razón de los medios empleados, que, como señala el recurrente, no tienen la significación suficiente para ello. En reciente Pleno de esta Sala de 25 de noviembre de 2.008 se definió lo que a tales efectos se entiende por embarcación, considerando que son aquellas con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad; características que, efectivamente no concurre en la lancha semirígida y abierta utilizada para el desembarco de la droga. Es intrascendente igualmente el alegato sobre la falta de posición relevante del recurrente en alguna

organización criminal: la agravación apreciada por el Tribunal es la del nº 3 del art. 370, "extrema gravedad" por razón de la cantidad de droga, y no la del nº 2 aplicable a jefes y encargados de organizaciones». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Hechos plurales de una única figura delictiva.**

Recurso: Casación nº 10799/2008 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 187/2009 de fecha 03/03/2009

«...En este extremo la doctrina científica más caracterizada, nos dice que la unidad o pluralidad de acciones no viene impedida por la naturaleza de la infracción como de "peligro abstracto o comunitario", por no depender el delito del grado o intensidad del peligro, esto es, no influye el desvalor del resultado de los comportamientos, que es difícilmente conmensurable (resultado cortado), sino de las ocasiones diferentes en que se ha puesto de manifiesto una voluntad rebelde a la norma.

De este modo aunque en el plano teórico se pusiera en peligro varias veces el bien jurídico a través de varias acciones no estaríamos necesariamente ante una pluralidad de delitos con el efecto de multiplicar los reproches penales.

El Fiscal recogiendo una doctrina apenas esbozada por esta Sala, en algún delito (pertenencia a banda armada) sugiere, con riguroso fundamento, un criterio delimitador de la unidad o pluralidad de infracciones en los delitos que por su naturaleza poseen determinadas características: serían los delitos de tracto sucesivo o continuado integrados por varios actos (impago de pensiones), los de ejecución permanente (detención ilegal, tenencia ilícita de armas, etc.) y los de hábito como el maltrato familiar habitual.

Pues bien, esta Sala estima, acogiendo la tesis del Fiscal, que es procedente señalar como dato clave el momento en que el sujeto activo es objeto de detención, o de una citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos, en los que deben tener cabida todos los cometidos, y no enjuiciados o prescritos en sus concretas manifestaciones conductuales, referidas al mismo bien jurídico. Ello supondría una ruptura jurídica en la actividad delictiva.

4. Descendiendo al caso concreto es patente que deben computarse, en principio, todas las actividades relativas a la lesión del bien jurídico (salud de las personas) incardinables en los actos que describe el art. 368 C.P. como un solo delito, en cuanto atacan el mismo bien jurídico y no existió auténtica ruptura jurídica, a pesar de que el sujeto activo del delito fue perseguido, pero todavía pudo eludir tal persecución por no hallarse suficientemente identificado, pero aunque lo fuera, el depósito de sustancias tóxicas halladas en su domicilio pudo perfectamente estar cometiéndose (delito permanente) cuando ya fue detectado en una transacción de droga previa.

Por otra parte la improcedencia de la continuidad delictiva la ha puesto de manifiesto el recurrente en su bien fundado motivo. Sobre este particular esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. El Fiscal menciona dos sentencias significativas. En la primera de ellas nº 1183/2000 de 3 de julio de 2000 vino a concluir *"que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un sólo delito, aunque esté integrado por varias acciones en cuanto sirvan para conformar la descripción típica de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico....".*

Por su lado las sentencias de esta Sala Segunda nº 519 de 22-marzo-2002 y la nº 118 de 9 de febrero de 2005 sientan la siguiente doctrina: *"Nos encontramos 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 constituye, no un delito continuado, sino una sola infracción penal"*». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación del novedoso apartado 10º del art. 369.1 CP.**

Recurso: Casación nº 10168/2008 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 875/2008 de fecha 17/12/2008

**«..No favorece la introducción de droga en territorio nacional desde el extranjero la actuación accesorio limitada al ámbito territorial español por parte de quien no participó de ninguna manera en la organización de la importación.**

También solicita en su recurso, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no sea considerada concurrente la agravantes 10ª del artículo 369.1 del Código Penal

El citado precepto establece que el subtipo agravado se estimará cuando *el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas.*

El hecho probado sitúa el inicio de la participación de la recurrente en un momento en que la droga ya se encuentra en territorio nacional. Y le atribuye a la acusada recurrente el encargo limitado a la acción de desplazar hasta Almería a la persona que introdujo la droga en España, a través del aeropuerto, una vez en éste.

Desde luego tal encargo en nada puede identificarse con la acción de *introducir* la droga en territorio español, pero la sentencia imputa el subtipo agravado porque la acusada **conocía** que la persona, a cuyo desplazamiento la recurrente contribuyó ya en territorio nacional, había llevado a cabo dicha introducción.

Ya hemos advertido que se trata, en la norma que nos ocupa, de un supuesto de exacerbación de pena que reclama una interpretación estricta de los supuestos típicos. Así lo dijimos en la Sentencia núm. 575/2008, de 7 de octubre. Incluso llegamos a exigir que el comportamiento del autor suponga un incremento del riesgo que todo acto de tráfico de tóxicos supone. De suerte que sin la posibilidad de distribución resulta excluida no se considera que concorra el subtipo agravado aunque la droga haya sido introducida en territorio nacional.

Y aún cabe añadir ahora que, cuando son varios los sujetos implicados en la compleja actividad del tráfico, cabe considerar a cada uno **autor de su respectivo propio hecho típico, y no coautor de un hecho común, ni participe de un hecho ajeno, y, por ello debe responder en principio solamente por los actos que integran su comportamiento.**

En consecuencia el elemento subjetivo del tipo, que a cada sujeto se imputa, ha de ir referido a su propio comportamiento y no al de otros por más que éstos desplieguen su actividad delictiva en relación al mismo objeto sobre el que actúan los demás.

Y, por otro lado, cuando se trata de tales plurales comportamientos, entre los que alguno de ellos consiste en la introducción de dicha sustancia tóxica en territorio nacional desde el extranjero, cabe imputar las responsabilidades bajo títulos de imputación diferenciados por razón del grado de ejecución del delito.

De lo anterior solamente se ha de diferenciar el excepcional supuesto en que todas las acciones son decididas de consuno, de suerte que a todos los sujetos se les pueda considerar coautores materiales del mismo y único delito.

Así lo hemos dicho en relación a los casos de **pacto o acuerdo previo entre proveedores, remitentes o transportistas y receptores** bajo cuya premisa a todos hemos considerado poseedores desde el inicio de la droga a que se refiere la acción delictiva. (Sentencia de esta Sala núm. 861/2007, de 24 de octubre). La desvinculación de tal unidad y, correlativamente, la aparición de plurales y sucesivos delitos ocurre cuando, como recuerda esa Sentencia, se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la **intervención** de alguno de los acusados sólo tuvo lugar **después de que la droga se encontrase ya en nuestro país**, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de las mercancías por sus originales destinatarios aunque, eso sí: **1º) Sin haber intervenido en la operación previa** destinada a traer la droga desde el extranjero y **2º) Sin ser el destinatario** de la mercancía.

Ciertamente se añade un requisito **3º) Sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas. Cuando, remitida la droga por correo o cualquier otro sistema de transporte, el acusado hubiese participado en la solicitud, acuerdo u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es**

*autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico"*

La concurrencia de ese tercer elemento de la disponibilidad debe entenderse a los solos efectos de excluir la modalidad imperfecta de ejecución. Lo que en este caso no se discute. Pero en modo alguno implica que, concurriendo los demás elementos, se reconduzcan todos los comportamientos a la coautoría de un delito único.

Y la consecuencia no puede ser otra que la **intrascendencia del conocimiento** que la Sala de instancia erige, erróneamente, en determinante de la coautoría de la recurrente en relación a la total actividad delictiva, como si estimase que la coacusada poseyese la droga, incluso cuando aún se encontraba en el extranjero.

Y no puede decirse que, declarando probado que el servicio de la recurrente fue solicitado por un tercero y que tenía por objeto el traslado de la coacusada, dentro y desde territorio nacional, la recurrente hubiese llevado a cabo acto alguno respecto al transcurrir de la operación de introducción de la droga desde el extranjero en España.

Ni siquiera que sea su actuación -que no participación- la que *favorezca* aquella introducción. Porque aquella es ajena tanto a pactos previos con la persona que lleva a cabo la introducción, cuanto a la física introducción por ser posterior a la presencia de la droga en territorio nacional.

Por tanto el motivo debe ser estimado con la misma remisión a la segunda sentencia de las consecuencias en relación a la pena que dijimos en el motivo anterior». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Multa: no es posible determinar sus bases en sentencia y diferir su cuantía en ejecución.**

Recurso: Casación nº 531/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 534/2009 de fecha 01/06/2009

«..El motivo cuarto b) por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. al haber quebrantado la sentencia que se recurre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE., en relación con el art. 66.6 CP, concretamente por falta de motivación sobre la multa impuesta, dado que en los hechos probados de la sentencia no se consigna valor alguno en el mercado ilícito de la cocaína intervenida, mientras que el fallo hace referencia a la multa a imponer a la encausada "equivalente al del valor en el mercado ilícito de la cocaína intervenida, que se determina en ejecución de sentencia, con sesenta días de apremio personal caso de impago....".

El Ministerio Fiscal apoya referida pretensión y en efecto, le asiste la razón a la recurrente en este extremo.

Como decíamos en la STS. 508/2007 de 13.6, en materia de tráfico de drogas el vigente Código Penal impone como sanción dos penas: las de prisión y la de multa. Dos son los tipos de penas de multa previstos en el vigente Código Penal: el del sistema de días-multa que se contempla en el art. 50 y el de multa proporcional del art. 52, en proporción al daño causado, objeto del delito o beneficio obtenido, sistema éste claramente secundario respecto al de día/multa.

En materia de tráfico de drogas, la multa prevista se rige, precisamente por el sistema secundario de multa proporcional, y así en el art. 368 y ss. la multa viene impuesta en relación "al valor de la droga" en una proporción variable que puede llegar del tanto del séxtuplo. Se contiene, además una norma específica en el art. 377 para la determinación del valor de la multa o imponer en relación a estos delitos, según la cual, para la determinación del valor de la droga, que actúa como presupuesto indispensable para la imposición de la multa "sería el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener...".

Por ello, debe recordarse la consolidada doctrina de esta Sala, por todas STS. 1001/2006 de 18.10, que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta acreditado tal dato objeto del tráfico ilícito, no resulta legalmente posible cuantificar la multa que debe determinarse a partir de tal dato, por lo que debe prescindirse de dicha pena, al no existir en el vigente Código Penal, un precepto como el art. 74 del Código derogado de 1973, que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el delito, SSTS. 12.4, 5.7, y 26.10.2000, 461/2002 de 11.3, 92/2003 de 29.1, 394/2004 de 22.3, 1463/2004 de 2.12, 1452/2005 de 13.12, que expresamente señalan que "la determinación del valor de la droga como hecho declarado probado en la sentencia, es un elemento imprescindible para la cuantificación de la pena de multa, hasta el extremo de que debe prescindirse de esta pena en el caso de que tal valor no haya sido determinado y tampoco se hayan hecho constar los elementos fácticos que permitirían acudir a las previsiones del artículo 377 del Código Penal".

Es cierto que las dificultades ofrecidas en la práctica por instrucciones incompletas en las que el valor de la droga no ha sido determinado ni siquiera indiciadamente, han obligado a las Salas sentenciadoras a ofrecer criterios interpretativos alternativos que impidan la claudicación del deber jurisdiccional de imponer las penas asociadas a cada tipo penal (STS. 12/2008 de 11.1), pero en todo caso es necesario que en el *factum* se recoja el presupuesto cualitativo indispensable para la determinación de la pena de multa. Por ello la solución del Tribunal de instancia plasmada en el fallo de la sentencia de acudir al valor en el mercado ilícito de la cocaína intervenida "que se determina en ejecución de sentencia..." no puede ser acogida, por cuanto –como bien señala el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al motivo- el principio de legalidad en la ejecución de las penas exigía conforme al art. 5 CP. que hubiera sido impuesta en sentencia firme por el Tribunal competente. No es posible determinar sus bases en sentencia y diferir la fijación de su quantum al periodo de ejecución: Ello es factible, en virtud de lo dispuesto en el art. 115 CP., en relación a la responsabilidad civil, pero no en el ámbito de la responsabilidad penal». (F. J. 8º)



**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No concurre la hiperagravante de extrema gravedad. Hachís.**

Recurso: Casación nº 11069/2008 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 220/2009 de fecha 02/03/2009

«Con la finalidad de unificar los criterios mantenidos por esta Sala en relación a la extrema gravedad se han celebrado dos plenos no jurisdiccionales en los que se ha abordado el examen de las circunstancias que deben concurrir para su aplicación.

Así, en primer lugar, en el pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 27 de abril de 1995 se abordó si procedía apreciar la extrema gravedad cuando se trataba de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud y en concreto con delitos de tráfico de la sustancia estupefaciente hachís, tomándose el siguiente Acuerdo: "La agravación de extrema gravedad es aplicable tanto en el supuesto de las drogas que causan grave daño a la salud como en las demás y también en cuanto al punto de que la elevada cantidad es un elemento relevante para apreciar la "extrema gravedad" pero también las otras circunstancias que puedan demostrar en el caso concreto que, a pesar de la cantidad, el hecho no reviste una gravedad tan pronunciada".

La posibilidad de que el tráfico con sustancias estupefacientes que no causen grave daño a la salud pueda sustentar la extrema gravedad vino a ser ratificada por la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, que modificó el artículo 370.3 de dicho texto legal en el sentido de incorporar una definición auténtica de lo que debe entenderse por conducta de "extrema gravedad", en materia de tráfico de drogas, al decirse que "se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurriesen tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1."

Otras cuestiones relacionadas con la extrema gravedad se abordaron en el pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008, con un doble alcance. Se examinó, en primer lugar, la conveniencia de utilizar un criterio numérico de cantidad de sustancia estupefaciente para integrar la llamada "hiperagravación" del artículo 370.3 del Código Penal; y, en segundo lugar, se precisó lo que debe entenderse por buque a estos efectos.

Así se acordó:

"La aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda

de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia".

"A los efectos del artículo 370.3 CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad"

En consecuencia y en base a ese primer acuerdo de ese último pleno no jurisdiccional se hace preciso recordar que cantidad tiene en cuenta esta Sala para apreciar la agravante de notoria importancia, cuando se trata de la sustancia estupefaciente hachís, y ello fue resuelto por acuerdo del pleno de esta Sala celebrado el día 19 de noviembre de 2001, concretándose en la cantidad de dos kilos y medio de dicha sustancia, criterio que ha sido mantenido por la jurisprudencia posterior, por lo que la extrema gravedad, tras multiplicar por mil esa cantidad, se apreciara a partir de los dos mil quinientos kilos de hachís, cantidad que no se ha superado en el presente caso en el que la suma de hachís intervenido lo fue de dos mil ciento once kilos con setecientos noventa y cuatro gramos, por lo que no puede apreciarse la extrema gravedad interesada por el Ministerio Fiscal, confirmándose el criterio y los razonamientos que sobre este particular se mantuvieron en la sentencia recurrida». (F. J. Único)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización. No concurre.**

Recurso: Casación nº 10987/2008 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 749/2009 de fecha 03/07/2009

«para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización -dado el carácter ocasional y transitoria que se requieren para la agravación- esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.

Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa "establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo".

La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la *coautoría*, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos

hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.

La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación (SSTS de 30-6-92, 5-5-93, 21-5-97, 4-2-98, 28-11-01). La existencia de personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto *aliud y plus*, frente a la mera codeincuencia (Cfr. STS de 25-2-97, 4-2-98, 1-3-00).

4. En nuestro caso, *el factum* describe que: "todos ellos (los acusados) puestos de acuerdo, y bajo la dirección y la supervisión de Manuel F. M., constituyeron una red de distribución de cocaína en Lorca, con vocación de permanencia, sustancia que Manuel obtenía de personas no identificadas, al parecer en ocasiones, en Fuente Álamo, y que él tras mantenerlas ocultas en lugares seguros, distribuía entre otros a su hermano Francisco F. M., que también le auxiliaba en la venta y distribución a terceros, siendo también ayudado en esa actividad por su esposa María Belén M. A. que realizaba tareas de entrega de drogas a los distribuidores o recogida de dinero".

También, se indica que: "los consumidores solían contactar con los vendedores a través de teléfonos móviles, concertando citas en lugares públicos... Y que Manuel F. captó a Rubén con la pretensión de controlar toda la venta de cocaína en Lorca y que dentro de esta actividad de distribución de cocaína en situación de monopolio, Manuel F. reunió y distribuyó armas de fuego y munición de las que poder disponer cuando fuera preciso (un subfusil ocupado a José G. R., una pistola semiautomática ocupada a Rubén G. M., un revolver calibre 22, ocupado a Isabel M. G y una escopeta de caza ocupada a Francisco F. M.)".

Pues bien, de tal descripción no cabe deducir que se den, conforme a los referidos parámetros jurisprudenciales, los elementos exigibles para la aplicación del subtipo agravado de "pertenencia a organización que tuviera como finalidad difundir las sustancias tóxicas". En nuestro caso, aunque se de por existente una "red" de adquisición y venta de cocaína, ni por su carácter exclusivamente local, ni por la ausencia de posibilidad de sustitución entre sus miembros, mas allá de una colaboración más o menos puntual entre todos los acusados, ni por la utilización de medios comunes de comunicación (teléfonos móviles) o de transporte (algún automóvil), ni por la aprehensión de algunas armas de fuego, de variopintas características, en poder de algunos implicados, puede afirmarse que se hubiera alcanzado el nivel organizativo que hace aplicable la agravante específica, interpretada restrictivamente, tal como el legislador la concibió, reservada a supuestos de verdadera envergadura y consiguiente peligrosidad criminal». (F. J. 6º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.8º CP. Tráfico de establecimiento penitenciario.**

Recurso: Casación nº 411/2008

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 291/2009 de fecha 17/03/2009

«Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga "en los alrededores" del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación.

No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

Por todo ello el motivo del Fiscal, aun reconociendo su rigor argumentativo y exhaustivo análisis del tema, no puede ser acogido en su esencial pretensión, una vez corregida la interpretación inadecuada del tribunal de origen, oportunamente denunciada por el Fiscal recurrente.

Y la doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos en el presente recurso, como también lo es la que se recoge en la Sentencia más reciente 53/2009, de 26 de enero, en la que se señala que constituye una exigencia previa para la posible estimación del subtipo la ponderación del hecho enjuiciado, en sí mismo considerado, al margen del marco espacial en el que tiene lugar; y, a este respecto, se dice en esa sentencia, es evidente que nos encontramos con una transmisión de droga de escasísima entidad, hecha a un hermano del acusado, cuya condición de consumidor no se cuestiona y que, consiguientemente, el potencial peligro de esta conducta para el resto de la población reclusa –fundamento del mayor desvalor de la acción- es realmente inexistente.

Así las cosas, coincidiendo el supuesto que examinamos con los enjuiciados en las sentencias a las que se ha hecho referencia, ya que en este caso se trata de la entrega, por parte de la acusada, a un interno en un centro penitenciario, en una comunicación familiar, de tres papelinas de cocaína con un peso neto de 2,185 gramos, con una riqueza de sólo el 16,7% y valoradas en 150 euros, procede mantener la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada, siendo de desestimar el único motivo formalizado por el Ministerio Fiscal». (F. J. Único).

#### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.1.10º CP**

Recurso: Casación nº 10104/2008 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 575/2008 de fecha 07/10/2008

«...En efecto la casación en el motivo del art. 849.1 LECrim. no constituye una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en el antecedente de hecho correspondiente de la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. bien entendido que no es factible el sistema de mutilar, a su albedrío y en su provecho, la resultancia probatoria de la resolución de instancia, sin reparar en que los hechos probados, cuando se utiliza la vía del art. 849 de la Ley procesal, tienen que ser aceptados por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente le perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados basando el recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes, como si se formulan alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido.

Pues bien en los hechos probados se dice expresamente: "... Dicha instancia, que el acusado había ingerido en Bogotá, fue introducida en España a través del aeropuerto de Madrid-Barajas en fecha no concretada, pero con posterioridad al día 22.11.2006.".

Del anterior relato fáctico que la ingestión de la cocaína tuvo lugar fuera de España resulta incuestionable, así como el elemento objetivo del delito básico al estar comprendidos no solo en actos de producción de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, fabricación, elaboración) y actos principales de trafico (venta, permuta), sino los previos como la tenencia y auxiliares como el transporte (SSTS. 30.9.97, 3.12.2001, 25.3.2002, 19.2.2003 y 10.11.2004), y también el elemento subjetivo, por cuanto de la cantidad de cocaína intervenida, 625,935 gramos con pureza del 71,21% se deduce inequívocamente el propósito de su destino a terceras personas». (F. J. 3º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370 CP: Acuerdo de Sala de 26-02-09.**

Recurso: Casación nº 1454/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 176/2009 de fecha 12/03/2009

«..como quiera que a este acusado le ha sido aplicado del subtipo agravado del art. 370.1º del Código Penal (haber utilizado a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos), es lógico entender que la impugnación del recurrente alcanza también a esta cuestión, especialmente

teniendo en cuenta la extraordinaria agravación penológica que la estimación de dicho subtipo agravado supone para el condenado; teniendo en cuenta, además, de un lado, que el bien jurídico protegido por dicho precepto no es otro que la protección de la infancia y de la juventud, en línea con la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena, el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990 (BOE nº 270 de 10 de noviembre de 1990) [v. art. 5 f), referente a la circunstancia de “la victimización o utilización de menores” en el desarrollo de estas ilícitas actividades], así como la compleja problemática que se deriva de que, en el contexto de la protección a los menores, el Código Penal considera también subtipos agravados del tipo penal básico (art. 368 CP), los supuestos de que las sustancias prohibidas en este artículo “se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos síquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación”, o de que las conductas descritas en el mismo “tengan lugar en centros docentes (...) o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades” (v. art. 369.1.5ª y 8ª CP), por lo cual el subtipo cuestionado deberá aplicarse únicamente cuanto el sujeto activo del delito se sirva de una de estas personas –menores o disminuidos psíquicos- para la comisión del hecho delictivo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad utilizando cualquier procedimiento recusable; y, de otro, las dificultades de interpretación que presenta el término “utilizar”, que ha sido el empleado también por el legislador para describir este subtipo. En efecto, “utilizar”, según el diccionario de la RAE, significa “aprovecharse de algo”; y “aprovechar”, en su sexta acepción, significa “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”. Por su parte, según el diccionario de María Moliner, “utilizar” es “servirse”, “emplear” o “valerse”. Todos estos significados permiten plantearse la cuestión de si, en todos los supuestos de intervención de un menor de edad, junto con una persona mayor de edad, en este tipo de actividades debe aplicarse este subtipo agravado; pues resulta evidente que no es infrecuente que los menores, más que ser utilizados, lo que hacen es colaborar o cooperar con los mayores.

Consciente de la problemática que estos supuestos plantean, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009, habiendo tomado el siguiente acuerdo: “El tipo agravado previsto en el artículo 370.1º del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata”.

En referencia ya al caso de autos, no cabe ignorar que el menor que intervino con el aquí recurrente tenía diecisiete años y era la persona que atendía por teléfono a los “clientes” y luego les entregaba “los pedidos”, como pudieron observar los agentes policiales; es decir, más que utilizado por el acusado, que pudiera servirse de él, era un colaborador suyo que desarrollaba relevantes funciones en las ilícitas actividades del mismo. Dada la edad del menor (lo cual determinó que fuera sometido a la Jurisdicción de Menores) y su particular cooperación con el acusado Abd.... en el desarrollo de este tipo de actividades ilícitas, no parece que la misma pueda ser calificada como un supuesto de aprovechamiento del menor por parte del mayor de edad, sino más bien como un

supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas. Y, por ello, no debe apreciarse la concurrencia en el presente caso del referido subtipo agravado». (F. J. 6º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370 CP: concepto de “buque”.**

Recurso: Casación nº 10302/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 348/2009 de fecha 31/03/2009

«..No obstante lo dicho, como quiera que la representación del acusado impugna también la aplicación al mismo del art. 370 del CP (supuesto de “extrema gravedad”), al haberse apreciado por el Tribunal de instancia el subtipo agravado consistente en “la utilización de buque” como medio de transporte específico, pese a reconocer que el citado artículo no contiene definición auténtica de buque, habiendo aceptado el Tribunal de instancia la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal, aplicando el concepto de buque dado por el Reglamento Mercantil y por la Ley 37/1992 del Impuesto del Valor Añadido, por cuanto, según el primero, debe entenderse por tal “no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles o cualquier otro aparato destinado o que pueda destinarse a servicios de industria o comercio marítimo o fluvial”; y, según la segunda, “se considerarán buques a los comprendidos en las partidas siguientes del Arancel Aduanero: 89.01: Transatlánticos, barcos para excursiones, transbordadores, cargueros, gabarras y barcos similares para el transporte de personas o de mercancías. 89.02: Barcos de pesca, barcos factorías y demás barcos para el tratamiento o la preparación de conservas de productos de pesca. 89.03: Yates y demás barcos y embarcaciones de recreo o de deporte, barcos de remo y canoas. 89.04: barcos empujadores. 89.00.10: Barcos de guerra”.

De modo patente, parte de las embarcaciones especialmente citadas en las normas transcritas no pueden considerarse comprendidas en el subtipo agravado del art. 370.3º del Código Penal, y otras plantean fundadas dudas, razón por la cual el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, tras el pertinente estudio y deliberación sobre la materia, tomó el siguiente acuerdo, en su reunión de día 25 de noviembre de 2008: “A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad”.

En el presente caso, el Tribunal de instancia no describe las características de la embarcación en la que se transportaron los bultos que contenían la droga intervenida, que había sido transportada desde la playa hasta un carril situado en las proximidades de la carretera nacional. En el *factum* se habla únicamente de “una embarcación”, y luego -en el FJ 4º- se dice que, “en el caso de autos, no

consta con exactitud las características de la embarcación utilizada, de la que sólo pudo recuperarse el motor, pero de lo que no hay duda es de la cantidad de hachís incautada, 1350 kilogramos, lo que exige necesariamente una embarcación, dadas las características de la travesía –estrecho de Gibraltar- sin duda potente que se convierte por otro lado y claramente en un medio específico y absolutamente necesario para realizar el transporte, lo que justifica la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad”.

El desconocimiento de las características de la embarcación utilizada para transportar los bultos que contenían la droga intervenida en el presente caso impide, lógicamente, la aplicación al mismo del subtipo agravado de “extrema gravedad” del art. 370.3º del CP, relativo a los supuestos de utilización de un “buque” para el transporte de la droga objeto del delito.

Dado que el Tribunal de instancia ha fundamentado exclusivamente la aplicación del subtipo penal de “extrema gravedad” del artículo 370.3º del Código Penal en la utilización del “buque”, en los términos interesados por el Ministerio Fiscal (v. FJ 4º), con lo ya dicho se justifica sobradamente la desestimación de este motivo. Ello no obstante, como quiera que dicho Tribunal ha declarado que, atendiendo exclusivamente a la cantidad de droga incautada (es decir, 1350 kilogramos de hachís), se podría calificar igualmente la conducta enjuiciada “como de extrema gravedad a los efectos del artículo 370 del Código Penal”, por exceder dicha cantidad en más de quinientas veces la cantidad considerada como de “notoria importancia”, si bien no lo tomó en cuenta –como se ha dicho- porque el Ministerio Fiscal basó exclusivamente la aplicación del citado artículo en “la utilización de buque”, parece oportuno poner de relieve, a efectos únicamente de clarificar la jurisprudencia de esta Sala, que, según reiterada jurisprudencia de la misma, el subtipo de “notoria importancia” de la cantidad de droga objeto del delito del art. 369.1.6ª del CP, deberá apreciarse –tratándose del hachís- cuando dicha cantidad supere los 2500 gramos (2’5 kilogramos), y el subtipo agravado del art. 370.3º del CP (supuesto de “extrema gravedad”) cuando exceda de mil veces de dicha cantidad; pues, a este respecto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en su reunión de 25 de noviembre de 2008, tomó el siguiente acuerdo: “La aplicación de la agravación del art. 370.3º del CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia”; circunstancia que, por lo demás, no concurre en el presente caso.

Por consiguiente, procede la estimación parcial de este motivo, y, como quiera que el otro acusado –y condenado- en esta causa se encuentra en la misma situación que el aquí recurrente, dicha estimación deberá favorecerle también (v. art. 903 LECrim)». (F. J. 4º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: utilización de menores (Acuerdo del Pleno 26/02/2007). Evolución del concepto de autor en estos casos.**



Recurso: Casación nº 10986/2008 P  
Ponente: Sr. Varela Castro  
Sentencia: nº 311/2009 de fecha 27/02/2009

«..El recurso es interpuesto por el Ministerio Fiscal alegando un único motivo: infracción de ley por no aplicar el subtipo agravado del artículo 370.1º del Código Penal, pese a que el acusado "utilizó" un menor para cometer el delito.

Se trata de una agravación ya prevista en la anterior redacción del artículo 344 bis a) 10ª del Código Penal de 1973, que se refería a la comisión "mediante" menores o "utilizándolos", trasladada al artículo 369. 9ª del de 1995, en que se circunscribe a la "utilización" y, tras la reforma de éste en 2003, al actual 370.1º, con el añadido a los menores de las personas incapaces.

Al respecto cabe indicar que la doctrina de este Tribunal no ha estado exenta de diversidad de criterios.

**A)** Desde la Sentencia de 15 de septiembre de 1997 (en cuyo caso se trataba de una acusada que había ocultado la droga bajo la ropa de su hijo de cinco años, para transportarla a la Península con fines de distribución y venta), se conformó una línea asentada sobre las siguientes afirmaciones:

**a)** Sobre el **fundamento** de la agravación, que, no lo es solamente el evitar la eventual corrupción del menor utilizado, sino también la mayor facilidad que se obtiene así para la comisión del delito, además del atentado a la dignidad del menor convertido en objeto de tan repudiable maniobra.

**b)** Sobre el **ámbito** de la agravación, se afirma que no cabe distinguir supuestos por razón de las condiciones del menor, ya que el Código Penal no hace tal distinción, tutelando a "todos" los menores.

**c)** Sobre los **presupuestos típicos** se afirma que es **indiferente** cualquier consideración sobre exigencias subjetivas en el comportamiento del menor, como el de su **consciencia o no** sobre el alcance de su contribución. Al respecto se afirma, en la Sentencia nº 1039/2004, de 27 de septiembre (en cuyo caso transporta la droga un menor de 13 años) que en el verbo "utilizar" se comprende **cualquier papel** que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, **incluso la instrumental**, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor.

Esta línea tuvo hitos intermedios en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre y la 1892/2002, de 8 de noviembre, proclamando ambas resoluciones que arrancan de la inicial formulación de la sentencia de 1997 citada.

**B)** Más matizada es la tesis que encuentra respaldo en la Sentencia nº 1318/2002, de 15 de julio, (la menor cuenta en este caso con 11 años y su comportamiento consistía en abrir la puerta del domicilio en que se vendía la droga para ofrecerla a los compradores) y ha venido a acogerse en la más reciente 181/2007, de 7 de marzo.

a) Sobre el **fundamento**, recogiendo lo dicho en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre, se dice ya que *Lo importante ahora es que se somete al menor a un importante y relevante riesgo en tanto se perjudica seriamente la formación de su personalidad, sino también, y además, la integridad física o psíquica del menor, incluso la propia vida.*

b) Sobre el **ámbito** de la agravación, en consecuencia con lo anterior, se establece que *Para que opere la agravación resulta imprescindible que el menor sea corruptible*, es decir que tenga capacidad suficiente para comprender lo que hace, sintiéndose estimulado para repetir en el futuro otros actos de similar naturaleza. Más esto ha de ser entendido en sus justos términos. Quizás sea de distinguir entre comprender y entender. El menor comprende lo que está haciendo pero no tiene porqué tener capacidad o entendimiento para saber lo que ese acto significa.

c) Y en cuanto a los **presupuestos típicos** se admite que *el menor no tiene porqué saber* que se está cometiendo un delito (STS. 6.7.99 ), ello es jurídico-penalmente irrelevante, dada su edad, siendo, sin embargo, relevante la implicación a que se le somete para la formación de su personalidad (SSTS. 18.5/1999 y 28.10.1999). No obstante se excluye la "utilización típica" porque no estaba probado que **la menor supiera que entregaba droga**. Más precisa es la citada Sentencia 1318/2002 cuando excluye la "utilización" si cabe inferir que el comportamiento del menor puede deberse a una **"actuación por su cuenta"** dado que ha crecido en un **ambiente familiar** en que la venta de droga es, según parece, la forma normalizada de vivir, en las que **asume espontáneamente las pautas de conducta vigentes en su medio**. Finalmente en ambas Sentencias se enfatiza como dato obstativo de la agravación que se tratase de **un único acto**.

La Sentencia nº 304/2007, de 10 de abril resulta irrelevante pues, además de una mera dación de cuenta del contenido de sentencias anteriores, sin discriminar el diverso alcance, excluye el subtipo agravado, pero por la insuficiencia probatoria en el caso enjuiciado, que no permitía discernir qué clase de colaboración prestaba el menor. (F. J. 1º)

Aún cuando el *fundamento* de la disposición legal es un criterio relevante en la interpretación del alcance de la misma, no cabe prescindir del sentido de su *enunciado*.

Se centra la agravación en **el verbo utilizar**, para describir la **relación** entre el acusado y el menor, y también **la función** que debe cumplir el comportamiento del menor.

Las relaciones entre los sujetos en el ámbito social pueden adoptar una doble tipología: verticales u horizontales. Sin duda los problemas para el Derecho Penal, en lo que concierne a la imputación de responsabilidades por los comportamientos de los sujetos que se relacionan de una u otra de esas maneras, son diversos.

La complejidad organizativa, cuando los sujetos interactúan verticalmente, obliga a diferenciar la imputación según el papel desempeñado en el entramado de plurales sujetos. Adquieren entonces relevancia referencias como la *delegación* o la *subordinación*. En lo que ahora nos interesa, la categoría dogmática de la *autoría mediata* se erige en el contexto que da sentido a verbos descriptivos de conductas de *utilización*. Lo característico es la **disociación** de, por un lado, la responsabilidad de quien ostenta un dominio estratégico del total comportamiento que da lugar al delito y, por otro lado, la responsabilidad, o más exactamente, la falta de responsabilidad de quien resulta expropiado de ese dominio, por la fuerte modulación que su integración en el complejo repercute en su aparente autonomía.

Tal hipótesis es bien diversa de los supuestos de interacción horizontal. Aquí la *asociación* de los plurales sujetos se produce en el mismo o muy similar nivel. La coautoría y las diversas formas de participación, con la consiguiente sinergia de contribuciones, resulta contexto que se resiste a la utilización de verbos como el de **utilizar**, que nos ocupa.

Sin predeterminedar conclusiones dogmáticas sobre la solución que deba darse a la participación delictiva, podemos decir que, mientras en el caso de horizontalidad cabe hablar de un "hecho común", en el de la interacción vertical, donde una de las manifestaciones es la utilización de un sujeto por otro, el hecho lo es solamente de aquel que tiene su dominio. Así se entiende mejor el inciso final del artículo 370.1 cuando el verbo *cometer* se presenta referido al sujeto activo y no a éste y al menor.

Circunscribiéndonos a la norma legal que nos ocupa, su interpretación exige, dada la gravísima consecuencia penológica a la que conduce, una fortísima restricción del alcance a dar a sus términos.

En dicha interpretación adquiere protagonismo instrumental la decisión del legislador de 2003, al asimilar *menor* a *disminuido psíquico*. Porque ello connota instrumentalidad carente de autonomía en dicho sujeto pasivo del dominio del autor. La asimilación al supuesto del uso del incapaz sugiere que el legislador parte de un supuesto en que el menor es un mero instrumento y, por ello, está exento de responsabilidad criminal, incluida la propia de las personas menores de edad.

Es decir que cuando la relación entre los sujetos es la de coautoría o la de participación del menor en el delito del mayor, no puede decirse que éste es "utilizado". La utilización implica la concurrencia de un autor mediato, único al que cabe imputar el delito, y un instrumento, cuya voluntad es dominada por aquél, como ocurre en otras hipótesis de tal autoría mediata, como las de violencia *sobre* o error *en* el instrumento. Por ello el tratamiento no puede ser diverso al de estas hipótesis, es decir a la exención del instrumento.

Cuando, por el contrario, el sujeto, mal considerado como "utilizado", tiene una participación consciente y libre, de suerte que ha de serle exigible responsabilidad penal, supuestos bien de coautoría, bien de participación, no cabe hablar de autoría mediata ni, por ello, de verdadera "utilización" de un sujeto por otro.

Y es que, en tal caso, la función que desempeña la contribución del menor no es la de "medio" a disposición de una estrategia *ajena*, sino la de *concurrencia* en la autoría o *colaboración* con el autor. Era pues significativa la equiparación entre los términos **medio** y **utilización** que empujaba al legislador del Código Penal de 1973, sin que la reducción del de 1995, suprimiendo la referencia a la voz *medio*, implique cambio de sentido, ya que ello habría requerido más contundencia en los enunciados.

En conclusión, cualquiera que fuesen los plurales fundamentos de la norma, hemos de estimar que el legislador, sin el objetivo de configurar el ámbito de menores protegibles, quiso circunscribir el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Por tanto donde hay acuerdo de voluntades libre y consciente, en la medida que tal libertad y consciencia da lugar a responsabilidad penal, de cualquier clase que sea, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización.

Se trata de una norma de protección del menor, acorde a los compromisos internacionales de España derivados de la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988, ratificado por España en 30-7-1990, cuyo artículo 5.f se refiere a la victimización o utilización de menores), pero que se traduce, no solamente en la norma del artículo 370.1º, sino en otras modalidades de agravación (facilitar droga a menores o cometidos en centros docentes) de las que es preciso efectuar adecuados deslindes.

Con la finalidad de deslindar con mayor precisión cuando se trata de un supuesto de verdadera *utilización* de un menor, que desde luego no puede comprender todos los casos en los que exista *intervención* de un sujeto que no haya alcanzado la mayoría de edad, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el acuerdo, en sesión no jurisdiccional, de fecha 26 de febrero de 2009, de estimar que el subtipo del artículo 370.1º del Código Penal solamente *resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo **abusivo** y en provecho propio o de un grupo, **prevaleciendo** de su situación de **ascendencia** o de cualquier otra forma de **autoría mediata***». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo hiperagravado: "extrema gravedad"**

Recurso: Casación nº 10139/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 576/2008 de fecha 24/09/2008

«Decíamos en nuestra STS 75/2008, 3 de abril, que las críticas doctrinales formuladas, con carácter general, a la excesiva amplitud de la fórmula jurídica previgente -que no precisaba qué había de entenderse por *extrema gravedad*, con el consiguiente riesgo para los principios de legalidad y seguridad jurídica-, han

sido atendidas por el legislador. Con mayor o menor acierto, la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, se ha ocupado de delimitar en el art. 370.3 del CP los supuestos que justifican la concurrencia de estos tipos superagravados. Entre ellos se incluye la agravación basada en el volumen del alijo, esto es, cuando la cuantía de la droga aprehendida desborde de forma visible los estándares de notoriedad que ya sirven para aplicar la agravación descrita en el art. 369.6 del CP. Es lógico que cuanto mayor sea la capacidad ofensiva para el bien jurídico tutelado, más intensa deba ser también la respuesta penal para esa conducta.

La STS 45/2008, de 29 de enero, ha examinado la incidencia que la reforma ha de conllevar en nuestra jurisprudencia. Y es que la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre 2004, y que es por tanto aplicable a los hechos enjuiciados, lleva necesariamente a adoptar un criterio distinto. Efectivamente el legislador, al trasvasar el párrafo antes citado del art. 370 al apartado 3º del precepto en su redacción actual, concreta el concepto y los supuestos en los que debe considerarse que la conducta es de extrema gravedad. Pues bien, el reiterado empleo por el legislador de la conjunción disyuntiva “o” viene a establecer las circunstancias descritas no como necesariamente concurrentes en número plural, sino como alternativas, de manera que la concurrencia de una de ellas lleva a permitir la aplicación de la figura agravada en cuestión, lo cual, cuando se trata de que la cantidad exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia, ocurre si es mil veces superior a la limítrofe entre la cantidad que lleva a aplicar el tipo básico y la que justifica la aplicación del artículo 369.6º como indica la STS 410/2006, 12 de abril, resolución que igualmente recuerda cómo el nuevo texto legal es el resultado de la exigencia social determinante de la modificación legislativa frente al texto anterior que recurría, además de a la gran cantidad de droga, a otras circunstancias añadidas como las que antes hemos indicado; debiendo observarse a mayor abundamiento que, si bien es cierto que algunas sentencias del Tribunal Supremo sostenedoras del criterio, otrora vigente, son posteriores a la entrada en vigor de la redacción actual de la norma, también lo es que dichas resoluciones tienen por objeto hechos acaecidos antes de dicha entrada en vigor, siendo esta la razón de que apliquen la redacción anterior y los criterios que eran inherentes a la misma.

El carácter disyuntivo de los presupuestos que delimitan la concurrencia de la agravación, ya fue advertido por la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2005, 31 de marzo y representa hoy una línea jurisprudencial plenamente consolidada (cfr. SSTs 789/2007, 2 de octubre, 658/2007, 3 de julio, 631/2007, 4 de julio y 658/2007, 3 de julio).

No escapan a la Sala los riesgos de una interpretación aferrada a una dimensión exclusivamente cuantitativa. De hecho, una mal entendida fidelidad numérica podría producir un efecto contrario al que se pretende, ayudando a la desnaturalización del significado y alcance de la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE). Advertido ese peligro que, en no pocos casos, obligará a una modulación de aquellas cuantías en atención a otras circunstancias absolutamente excepcionales, lo cierto es que la realidad legislativa resultante de la reforma de 2003 define un espacio típico en el que se priman las razones cuantitativas sobre cualquier otra consideración. Y es en esa porción de injusto en

la que ha de moverse la labor de complementación que el art. 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia.

El criterio del Fiscal, favorable a la aplicación de la hiperagravante del art. 370.3 del CP siempre que la cantidad de droga intervenida sea quinientas veces superior a la fijada por esta Sala como referencia para la apreciación del subtipo agravado de notoria importancia, no puede ser avalado. Es cierto que esta Sala fijó en su Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 el módulo cuantitativo de las quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio. Sin embargo, utilizar el mismo valor para fijar la procedencia de la hiperagravación puede conducir a un resultado nada satisfactorio, con el riesgo añadido de quebrantar un elemental sentido de la proporcionalidad. Y es que lo que sirve para determinar el concepto de *notoria importancia* no puede servir también para fijar lo *extremadamente grave*. Dicho con otras palabras, la extrema gravedad no puede identificarse con la notoria importancia. La significación gramatical de aquellos vocablos invita a rechazar la asimilación valorativa que se sugiere en el recurso. En efecto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia lo notorio es lo *importante*, aquello de lo que puede predicarse su *relevancia*. Sin embargo, lo extremo es *lo que está en su grado más intenso, elevado o activo* o, en otra de las acepciones, aquello que resulta *excesivo, sumo, exagerado*.

Esa diferencia cualitativa ha de traducirse en una distinta significación cuantitativa. De ahí que la Sala estime adecuado que, mientras para la determinación de la cantidad de notoria importancia, siga plenamente vigente el criterio de nuestro Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 –quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio–, la fijación de lo extremadamente grave se sitúe a partir de una cuantía mil veces superior a la estimada como notoriamente importante.

Conforme a esta idea, hemos de concluir que si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de *notoria importancia* (cfr, entre otras, SSTS 657/2003, 9 de mayo; 2345/2001 de 10 diciembre y 2055/2001 de 8 de noviembre), parece obvio que la cantidad intervenida en el presente caso -2.250 kilogramos- no supera en mil veces aquella cuantía. Y no la alcanza porque faltan casi 250 kilos de hachís, suma nada despreciable cuando de lo que se trata es de aplicar el tipo hiperagravado.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del recurso del Fiscal (art. 885.1 LECrim)». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376. Delimitación del concepto de “tratamiento desintoxicado”, que no incluye el alcohol.**

Recurso: Casación nº 1636/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 199/2009 de fecha 04/03/2009

«El recurso interpuesto por éste disiente de la legalidad de la pena impuesta aduciendo que se ha hecho por el Tribunal sentenciador indebida inaplicación del art. 376.2 C.P., que dispone que los jueces y tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de la comisión de los delitos tipificados en los arts. 368 a 372, acredite suficientemente que ha finalizado un tratamiento de deshabituación.

El recurso se sustenta en el mencionado reproche y en otro motivo en el que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr. mediante una documental que acredita el cumplimiento del requisito condicionante para la aplicación del citado art. 376.2 C.P. Se trata de la certificación emitida por la Directora de la Unidad Asistencial de Drogodependencias de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia, en el Ayuntamiento de Carballo, de fecha 7 de marzo de 2.008, en el que se hace constar que tras el tratamiento iniciado en marzo de 2.005, en el que, desde el inicio del proceso asistencial, su actitud fue de colaboración y motivación del mismo, se especifica que en 2.007 el paciente "consolida definitivamente la abstinencia a la cocaína", concluyendo que "en la actualidad, cumplidos los objetivos de su programa de tratamiento, así como los criterios de abstinencia sostenida e integración socio-laboral, está preparado para recibir el alta terapéutica". Ningún elemento probatorio contradice este dato que, además, no es negado por la sentencia impugnada.

Cabe significar que el Tribunal a quo establece en la sentencia la dependencia de Víctor a la cocaína en el momento de los hechos y su actividad delictiva a consecuencia de tal dependencia. A pesar de ello, no le aplica el art. 376.2 C.P. "por cuanto no ha quedado acreditado que hubiera cesado en el consumo de alcohol".

Pero sucede que la norma legal menciona únicamente la drogodependencia, es decir la dependencia del sujeto a las "drogas, estupefacientes y psicotrópicos", y para llenar este concepto normativo ha de acudir a leyes extrapenales, en concreto a los Convenios suscritos por España que contienen más listas de esos productos, los cuales, por su publicación, se han convertido en leyes internas de acuerdo con el art. 96.1 C.E. y 1.5 del Título Preliminar del Código Civil. Así, la Convención Única sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1.961, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1.972; el Convenio de 21 de febrero de 1.971, sobre sustancias psicotrópicas; Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1.988 contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas e Instrumento de Adhesión de 30 de julio de 1.990; Acuerdo de Schengen.

Pues bien, ni en esa normativa supranacional aceptada por España, ni en la legislación interna sobre drogas, estupefacientes y psicotropos, aparece el alcohol, por lo que la no deshabituación al consumo de esta sustancia no es obstáculo para la aplicación del precepto que se postula cuando, como aquí sucede, ha quedado acreditada la concurrencia de la exigencia requerida por la norma.

En consecuencia, ambos motivos deben ser estimados, casada la sentencia de instancia en este punto concreto y dictándose otra por esta Sala en la que se aplique el repetido art. 376.2 C.P., rebajándose la pena en un grado y fijándose ésta en un año y diez meses de prisión». (F. J. 1º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Entrada ilegal mediante fraude.**

Recurso: Casación nº 629/2008

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 399/2009 de fecha 11/04/2009

«..Se declara probado, declaración que debe ser respetada dado el cauce procesal esgrimido, que la recurrente presentó ante la Subdelegación de Gobierno de Barcelona el modelo oficial solicitando el acogimiento por razones familiares del ciudadano –chino como ella- LI CHEN, del que decía ser su madre sin que lo fuese. A la solicitud adjuntaba documentación alterada para acreditar tal relación de filiación que le había sido proporcionada por persona no identificada.

Esa conducta se subsume, sin duda, en el delito tipificado en el artículo 318 bis.1 del Código Penal, que castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.

En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre, que está incluida en esa conducta típica cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad. A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos “directa o indirectamente” el legislador ha querido también integrar en el tipo aquellos comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.

Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 59/2006, de 19 de enero, y 284/2006, de 6 de marzo, que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería.

Deben considerarse, pues, entradas ilegales las efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanecer en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como será el supuesto de visados obtenidos mediante falsas alegaciones.



Hay que señalar que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. La consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito.

Por última, aunque en el tipo básico se refiere a personas, en plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona, si bien, ello determina que, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal.

Pues bien, la doctrina que se acaba de dejar expresada es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa ya que la recurrente, con fraude, utilizando documentación falsa y, por consiguiente, de forma ilícita, solicitó el acogimiento para su inmigración a España de un súbdito chino del que decía ser su madre cuando eso no era cierto, siendo irrelevante el hecho de que no se hubiese acreditado que fuese la recurrente la autora de la falsificación de la documentación». (F. J. 1º)

### **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración clandestina: acceso a la Península desde Ceuta. Convenio de Schengen.**

Recurso: Casación nº 1632/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 740/2009 de fecha 30/06/2009

«...En lo que concierne a la referencia de que los supuestos inmigrantes ya se encontraban en Ceuta, desde donde se dirigían a otra ciudad española, debemos recordar que ello no supone la exclusión del régimen de control de acceso de extranjeros. En efecto el Instrumento de 23 de julio de 1993 de ratificación por el Reino de España del Acuerdo de 19 de junio de 1990 para la aplicación del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985, publicado en Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 1994, se recoge el siguiente apartado del acta final:

#### ***III. Las Partes contratantes toman nota de las siguientes **declaraciones del Reino de España:*****

##### ***1. Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla;***

***a) Seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea, de conformidad con lo previsto en el protocolo número 2 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.***

b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

c) A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado. La validez de este visado será limitado a las dos ciudades citadas, y permitirá múltiples entradas y salidas (), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.3 y 11.1 a) del Convenio de 1990.

d) En la aplicación de este régimen serán tenidos en cuenta los intereses de las otras Partes contratantes.

e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, **España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español.**

A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las **conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio.**

Así pues resulta evidente que el acceso desde Ceuta a la península burlando el citado control constituye la actividad de inmigración que, carente de la pertinente autorización es ilegal». (F. J. 3º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. La prostitución voluntaria no integra el delito.**

Recurso: Casación nº 1451/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 415/2009 de fecha 14/04/2009

«2.- El artículo 312.2º del Código Penal sanciona a quienes empleen a súbditos (más bien debería referirse a ciudadanos) extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Nadie discute que se trataba de ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, que habían entrado en España con una visa turística. Lo verdaderamente trascendente es, sí se puede hablar de una restricción de derechos laborales legalmente reconocidos, lo que nos lleva al tema de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores.

(...)

4.- La jurisprudencia interpretativa del artículo 312 del Código Penal, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sea legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de esta Sala, de 18 de Julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne. Tampoco existe duda sobre el concurso real de la explotación en condiciones de esclavitud de un trabajador con la figura de la inmigración ilegal del artículo 318 bis, apartado 1 y 2, sobre cuya existencia no se alberga duda alguna.

5.- Como hemos apuntado la jurisdicción laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación de las personas que ejercen el alterne y la prostitución por cuenta propia. En una Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 27 de Noviembre de 2004, se acuerda la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa de la Dirección General de Trabajo, de una Asociación de nombre tan sugestivo como cargado de resonancias históricas (Mesalina), cuya actividad mercantil consiste en la tenencia de hoteles *destinados a dispensar productos o servicios* a terceras personas ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia. El debate se centró, como es lógico, no en el alterne sino en el ejercicio de la prostitución, pues como puso de relieve el Abogado del Estado, al recurrir la sentencia de la Sala de lo laboral de la Audiencia Nacional, la explotación de la prostitución ajena no es una relación laboral permitida por nuestro ordenamiento.

6.- Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar las medidas que legalmente correspondan.

La citada sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de Marzo de 1981, 25 de Febrero de 1984, 19 de Mayo de 1985 y 4 de Febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de Noviembre de 2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores.

7.- La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo

de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones. En el ámbito de la Unión Europea, el Pleno del Tribunal de Justicia, en su sentencia de 20 de Noviembre de 2001, además, de resolver el valor jurídico de los acuerdos de asociación antes del ingreso efectivo de las naciones, en este caso Chekia y Polonia, contempla los efectos sobre la libertad de establecimiento de sociedades y nacionales del Estado en tránsito para la integración. Las reclamantes, ciudadanas checas y polacas, se habían establecido en Amsterdam en la zona que el propio Tribunal denomina como "*prostitutas de escaparate*", estaban al corriente de todos sus pagos e impuestos y solicitaron al jefe de Policía, permiso de residencia para trabajar como prostitutas, por cuenta propia.

**8.-** El Tribunal se cuestiona si el artículo 43 de la CE (anteriormente artículo 52 del Tratado CE) considera actividad por cuenta propia la ejercida por una prostituta como una actividad económica más, teniendo en cuenta que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción e independencia de las prostitutas. El caso solucionado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no es exactamente igual que el presente, ya que allí se daba, sin lugar a dudas, el establecimiento por cuenta propia y, en el presente caso, existe una relación que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción laboral ha considerado como actividad laboral.

**9.-** Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirma, sin dudas ni matizaciones, en el apartado 49 de la sentencia, que la "*prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, es comprendida en el concepto de actividades económicas*". Más adelante, en el apartado 50, refuerza su criterio, declara que la actividad de la prostitución ejercida de manera independiente (no es el caso presente), puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente está incluida en ambos conceptos (actividades económicas en un doble sentido, trabajo asalariado o trabajo por cuenta propia).

**10.-** Es decir, admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito 312 del Código Penal que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o se emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Remitiéndonos a lo dicho por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales voluntariamente, lo cierto es que, en este caso, no tenemos ni concurren ninguno de los elementos del tipo que permitan su aplicación.

**11.-** Así mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, en algunos supuestos, en relación con la posible concurrencia del

artículo 312.3º, con el 318-bis 1 y 2 del Código Penal, es decir, en los casos en los que, como sucede en el presente, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad. Por supuesto, según el hecho probado, no se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas». (F. J. 2º)

### **DELITO DE ABORTO. Sentencia absolutoria por falta de prueba.**

Recurso: Casación nº 10612/2008 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 87/2009 de fecha 05/02/2009

«..2.- La sentencia declara probados los hechos en virtud de las declaraciones de una de las víctimas y de otra persona en principio coacusado y finalmente absuelto. Las declaraciones de la testigo se realizan en sede policial y judicial y son claramente inculpatorias.

3.- En relación con el testimonio inculpatorio del coacusado, la sentencia reconoce de entrada que existe contradicción entre lo declarado en la guardia civil y lo manifestado en el juzgado. De forma sintética y contundente afirma que la contradicción ha de resolverse a favor de la mayor credibilidad de la primera, no sólo porque acudió voluntariamente a prestarla y ser la más cercana a los hechos, pero sobre todo porque en el juicio oral confirma la veracidad de su primera declaración.

4.- En cuanto a la existencia del aborto, la sentencia la considera probada por las manifestaciones de los médicos forenses en el acto del juicio oral, ratificando sus anteriores informes. La sentencia considera como prueba irrefutable el resultado positivo del test de embarazo, lo que textualmente considera como *“un indicio claro de que existió embarazo y tuvo lugar un aborto”*. Parece que no estima suficiente este dato y lo pone en relación con una testigo de referencia que manifiesta que la abortante le facilitó este dato. También como argumento contundente afirma la sentencia que los médicos manifestaron que *“el Citotex que fue suministro a Florentina a los indicados fines (sic)” aclararon que existen multitud de medicamentos por medio de los cuales puede ser provocado un aborto y especial idoneidad del citotex medicamento que fue suministrado (sic) a Florentina a los indicados fines”*.

5.- La parte recurrente alega que las manifestaciones inculpatorias ante la Guardia Civil se hicieron bajo presión y la amenaza de que serían expulsadas del país si no acusaban al recurrente. Estas declaraciones fueron ratificadas en sede judicial pero ninguna de las dos testigos compareció a las sesiones del juicio oral para que pudieran ser contrastadas sus declaraciones anteriores. El Ministerio Fiscal impugna el motivo con argumentos formales. Esgrime que cuando se ordenó la celebración del juicio y continuación del mismo, sin la presencia de las testigos, su abogado no formuló protesta y tampoco cuando se leyeron sus declaraciones si bien reconoce que el acusado al utilizar el derecho a la última palabra hace constar que *“lo que dijeron las chicas no es verdad, deberían haber estado en la Sala ellas”*.

6.- Los derechos y garantías constitucionales son de la titularidad exclusiva del acusado y no son administrados por la representación técnica que, como toda actividad profesional, puede estar más o menos acertada. La rotundidad de la expresión del acusado obligaba a la Sala a un esfuerzo complementario y más intenso para justificar por qué su alegación carece de valor y se demuestra inconsistente ante la existencia de otras pruebas sin escudarse en las deficiencias técnicas del letrado si es que existieron. De todas formas y remitiéndonos a lo precedentemente expuesto, los delitos relativos a la prostitución están acreditados por las pruebas anteriormente examinadas». (F. J. 2º)

### **DELITO DE ASESINATO. Circunstancia “alevosía”. Origen y requisitos.**

Recurso: Casación nº 11269/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 701/2008 de fecha 29/09/2008

«B) El asesinato, palabra cuyo origen etimológico está curiosamente ligado al término árabe "haschís", tan de actualidad ahora porque con él se designa uno de los modos de preparación de la droga derivada del cáñamo indico o "Cannabis Sativa", tiene precisamente su más caracterizada modalidad en la llamada muerte aleva o a traición, recogida ya de antiguo en diversos fueros municipales, en el Fuero Real y luego en Las Partidas, apareciendo ligada a la tradición caballeresca de la Edad Media como la modalidad más grave del homicidio en contraposición a aquel que se producía cara a cara y en desafío.

El asesinato en su modalidad alevosa se encuentra presente en todos nuestros Códigos Penales, desde el primero de 1822 hasta el texto ahora vigente, aunque extrañamente desapareció la palabra asesinato del de 1848.

En el Código Penal vigente, en el art. 22.1º, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el art. 139 de dicho código. Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo del hecho que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleva, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse

accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.).

En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no solo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión "tiendan directa y especialmente a asegurarla"». (F. J. 8º)

#### **DELITO DE ASESINATO. Tentativa.**

Recurso: Casación nº 10762/2008 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 85/2009 de fecha 06/02/2009

«..El tribunal relata al respecto que la acusada abandonó a la citada “en la cama, maniatada, amordazada y con el almohadón fuertemente apretado sobre su cara, sin importarle las consecuencias que se pudieran derivar de su actuación. Salvadora XXX sólo pudo volver a respirar al ser auxiliada por su perro que le apartó el almohadón de la cara”; y como resultado sufrió diversas equimosis.

Este aspecto de la acción fue calificado como delito de lesiones. El Fiscal entiende que erróneamente, porque tendría que haberse valorado como delito de asesinato intentado.

Pues bien, si hay que estar, como así es, a lo que resulte de los hechos, también en este punto debe darse la razón al recurrente, ya que lo que en ellos se dice no puede ser más claro: la acción de la acusada dejó a Salvadora XXX sin posibilidades de respirar, de modo que “sólo pudo volver” a hacerlo porque, al ausentarse aquélla de la habitación, el perro retiró el almohadón que cubría — “fuertemente”, por si cupiera alguna duda— el rostro de la segunda, descubriéndole la nariz y la boca. Así, lo que se desprende de esta descripción es que, de no haber mediado ese movimiento por parte del animal, Salvadora XXX habría muerto enseguida por asfixia.

En la sentencia se banaliza este dato, con el argumento de que Encarnación XXX, de haber querido, podría haber causado ya en un primer momento la muerte de Salvadora XXX; y se pasa luego al tratamiento jurídico merecido por los

traumatismos a que se ha hecho alusión. Y es cierto que la acusada tuvo a su alcance esa opción y no hizo uso de ella inicialmente. Pero luego obró del modo que describe la Audiencia y que no tiene otra lectura posible que la que propone el Fiscal y acaba de avanzarse. De donde se sigue, claramente, el error de subsunción que reprocha a la sala. Y es que, en efecto, la inculpada llevó a cabo con plena conciencia una acción objetivamente idónea para acabar con la vida de su víctima, al dejarla en condiciones tales que la muerte le habría sobrevenido de forma prácticamente inmediata, de no haberse dado la circunstancia expuesta, es obvio que ajena a la voluntad de la primera, y que tuvo el efecto de interrumpir la secuencia causal conscientemente desencadenada por la misma.

El motivo está muy correctamente formulado como de infracción de ley, porque, según se ha visto, los hechos se mantienen tal cual y son de una claridad meridiana, que, sin embargo, no tiene el eco requerido en los fundamentos de derecho. Como se ha visto, en ellos se afirma algo cierto: que la acusada podría haber llevado su agresión inicial hasta la muerte de la afectada por ella, y es patente que no quiso hacerlo. Pero se prescinde de calificar ese otro segmento de la acción criminal, sin embargo, perfectamente descrito por la sala.

Por tanto, hubo una acción idónea para producir la muerte, realizada sobre una persona reducida previamente a una situación de total inermidad; y ese resultado, finalmente, no se produjo por la interferencia de una causa ajena a la voluntad de la autora. En consecuencia el motivo debe estimarse». (F. J. 3º)

#### **DELITO DE ATENTADO. Elemento subjetivo. Dolo.**

Recurso: Casación nº 2534/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 652/2009 de fecha 09/06/2009

«..la exigencia de ese elemento subjetivo, llamado a enriquecer el dolo, resulta más que cuestionable conforme a la interpretación de esta Sala del delito previsto en el art. 550 del CP. En palabras de la STS 22 de febrero de 1991, el propósito de atentar contra la autoridad no requiere una especial decisión del autor, diferente a la decisión de realizar la acción. Es decir, no es un elemento volitivo especial, sino un elemento cognitivo, que se da con el conocimiento del carácter de autoridad de la persona intimidada o acometida. El que sabe que intimida o acomete a una persona que ejerce como autoridad tiene, por lo tanto el propósito de atentar contra la misma. Es erróneo considerar dicho propósito como un elemento diferente del elemento cognitivo del dolo. En este delito, la doctrina de esta Sala –recuerda la STS 2012/2004, 8 de octubre- habla de ánimo de ofender al funcionario o autoridad con menosprecio o daño del principio de autoridad. Hay que aclarar en este punto que tal ánimo de ofender o causar daño al principio de autoridad no es un elemento del delito diferente al dolo: no se trata de un elemento subjetivo del injusto a añadir al dolo. En este delito de atentado sólo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más.

En consecuencia, acreditado el dolo –en el presente caso, el conocimiento de que se está agrediendo a una concejal-, el juicio de tipicidad puede formularse



sin necesidad de razonar la existencia añadida de un elemento subjetivo que va ínsito en el tipo subjetivo». (F. J. 1º)

## **DELITO DE COACCIONES. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 2488/2007

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 723/2008 de fecha 10/11/2008

«..2.- No siendo el delito de aborto objeto de acusación, se sitúa fuera del ámbito de este proceso toda calificación de los hechos probados como participación criminal en tal delito. Además lo que se juzga en el proceso es el comportamiento del acusado en cuanto resulta, en sí mismo, atentatorio por coactivo, contra la libertad personal de la víctima, compeliéndola por las amenazas del acusado a realizar una acción que no quería realizar. No se trata pues, de la significación jurídica participativa de la acción del acusado en lo que hiciera el compelido, si ello fuera la comisión de un delito, que aquí ni se imputa ni se juzga, sino de una limitación a la libertad del sujeto pasivo, mediante el empleo de la violencia moral, por compelerle a hacer lo que no quiere realizar. Excluido el delito de aborto por la razón dicha y consiguientemente todo planteamiento de inducción con participación criminal, (de dudosa diferenciación en tal caso con los supuestos de instrumento que obra sin libertad o por coacción con posible encaje en la autoría mediata), y limitada su valoración al propio constreñimiento para la realización de un acto que el compelido no quiere realizar, debe entenderse correctamente como delito de coacciones del art. 172, por cuanto concurre sus exigencias que son, como señala la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2.001:

1º) Una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. 2º) Que tal actividad se plasme en una conducta de violencia cuya naturaleza se ha ido ampliando en el tiempo para incluir no solo una *vís physica* sino también la intimidación o *vís compulsiva* e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*. 3º) Que esa conducta ofrezca una cierta intensidad, ya que si esta fuera de tono menor aparecería como apropiada la apreciación de una falta, y a ello se refiere el CP cuando dice se debe atender a la gravedad de la coacción de los medios empleados, y teniendo en cuenta que en la jurisprudencia además del desvalor de la acción se toma en cuenta también el desvalor del resultado. 4º) La existencia de un elemento subjetivo que incluye no solo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza, sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena. 5º) Ausencia de autorización legítima para obrar en forma coactiva, ausencia que se suele entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y que es frecuentemente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber.

3.- En el caso presente el acusado ejerció sobre la víctima una compulsión determinante de un obrar no querido por ella —la practica de un aborto- mediante la intimidación que representaba la advertencia de que, de otro modo, no volvería a ver al hijo de ambos. Un comportamiento así plantea sin duda el problema de la diferenciación con el delito de amenazas: la opinión dominante rechaza que la

intimidación integre el delito de coacciones y la reconduce al de amenazas de acuerdo con el principio de especialidad ya que la amenaza es fundamentalmente una intimidación y porque normalmente cuando el CP quiere incluir la intimidación en el término violencia lo hace expresamente. Pero otro sector minoritario de la doctrina, y en todo caso la jurisprudencia de esta Sala, incluye los supuestos de intimidación en el delito de coacciones, estableciendo como diferencia entre este delito y el de amenazas un criterio temporal según el cual habrá amenaza cuando lo que se anuncia es un mal para el futuro y un delito de coacciones cuando se anuncia un mal presente. Con arreglo a este criterio, y dado que el menor estaba ya en poder del acusado cuando hizo su advertencia el 8 de agosto para que acudiera ese mismo día a la clínica a someterse al aborto, el hecho aparece correctamente calificado, según la jurisprudencia, como delito de coacciones». (F. J. 3º)

### **DELITO DE COHECHO. Concepto de acto injusto.**

Recurso: Casación nº 492/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 719/2009 de fecha 30/06/2009

«...En el motivo 1º, al amparo del art. 849.1º LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 390 CP 73 (425 ó 426 CP 95) y la consiguiente inaplicación del 386 CP 73 (420 CP 95).

Se dice aquí que tenían que haberse calificado los delitos de cohecho como relativos a aquellas dádivas a funcionario que tuvieron como objeto no “**un acto no prohibido legalmente**” (art. 390), sino “**un acto injusto** relativo al ejercicio del cargo” (art. 386), en este caso el informe favorable del aparejador municipal Arturo G. B.

Entendemos, conforme explicamos a continuación, que fue correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida (págs. 169 y ss.) que consideró aplicable al caso el citado 390:

A) Comenzamos diciendo que tanto el CP 95 como el anterior de 1973, - vigente en la época en que ocurrieron los hechos, 1988- distinguen cuatro clases de cohechos en orden a su gravedad: 1º. Cuando el acto a ejecutar por el funcionario público fuera constitutivo de delito (art. 385). 2º. Cuando se refiera a un acto injusto no constitutivo de delito (art. 386). 3º. Si tuviera por objeto una abstención del funcionario (art. 387). 4º. Cuando la dádiva fuera para un acto no prohibido legalmente o se hubiera ofrecido solo en consideración a su función.

Lo que aquí nos interesa es precisar el concepto de **acto no prohibido**, por el que condenó la sentencia recurrida, respecto del **acto injusto** que es como calificó el Ministerio Fiscal en la instancia y se pretende en esta alzada.

B) El concepto de **acto injusto** limita por arriba con el concepto de delito: si el acto a realizar por el funcionario es delictivo, entra en juego el tipo más grave, el del art. 385, no el 386.

El límite inferior se halla en la segunda de las dos modalidades previstas en el art. 390: cuando la dádiva tuviera por objeto la realización de un acto no prohibido legalmente, al cual se equipara el caso de admisión del regalo ofrecido sin la perspectiva de ninguna actuación administrativa concreta, sino solo en consideración a la función desempeñada por el empleado público.

C) La injusticia del acto no puede venir determinada por la mera existencia, promesa o solicitud de la dádiva (o solicitud de dádiva), porque esto es un requisito común a todas las modalidades de cohecho; sino por una contradicción con aquellas normas jurídicas que regulan la actuación que habría de realizar el funcionario público (véanse las STS. 1417/1998 de 16 de diciembre, 20/2001 de 28 de marzo, 2052/2001 de 7 de noviembre y la 782/2005 de 10 de junio -fundamento de derecho 3º-).

D) Cuando se trata de actos reglados ha de tenerse en consideración de modo objetivo la mencionada confrontación entre la normativa jurídica y el acto administrativo que habría de ejecutar el funcionario.

E) Sin embargo, cuando nos encontramos con actos en los que hay alguna discrecionalidad, el uso de tal discrecionalidad en beneficio del que ha entregado o ha de entregar la dádiva puede revelar la injusticia del acto. Por ejemplo, la adjudicación de una obra pública a favor del sujeto activo de la dádiva con postergación de otras empresas sin razón objetiva que lo justifique. Véase el fundamento de derecho 18º de la citada STS 20/2001 de 28 de marzo, reproducida en las páginas 173 y 174 de la sentencia recurrida.

F) Otras veces la injusticia puede derivar de la mayor rapidez que se dé en la tramitación a favor de quien otorga la dádiva, cuando tal mayor rapidez determina una desigualdad en el trato al ciudadano, como ocurrió en el caso de la referida STS 782/2005, de 10 de junio -fundamento de derecho 3º-: un funcionario público adoptó un sistema por el que permitía que quien le había favorecido con la renumeración indebida pudiera evitarse las colas o esperas que tenían que guardar los demás emigrantes que trataban de regularizar su situación en España.

G) La injusticia del acto es un elemento normativo del tipo cuya acreditación se halla a cargo de las partes acusadoras, en virtud del derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 CE reconoce a favor de todo acusado en un proceso penal». (F. J. 2º)

## **DELITO DE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA. Requisitos del Art. 325.1 Código Penal**

Recurso: Casación nº 1946/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 708/2009 de fecha 16/06/2009

«En el *factum* se dice que el uso del equipo musical del bar Macumba ocasiona insomnio a los vecinos, por el ruido que proviene de tal uso; y luego, en el

FJ 1º, se pone de manifiesto la existencia de un informe pericial en el cual se describen las posibles consecuencias de semejante ruido, que sin la menor duda deben calificarse de graves (fatiga, depresión y reducción del rendimiento).

Como quiera que en el art. 325.1 del CP se castiga a los que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque ruidos o vibraciones, estableciendo una agravación de la correspondiente pena “si el riesgo grave de perjuicio fuese para la salud de las personas”, y resulta evidente, por todo lo anteriormente expuesto, que, en el presente caso, concurren ambas circunstancias, es patente que el motivo carece de fundamento y que, por tanto, debe ser desestimado». (F. J. 3º)

**DELITO DE CONTRABANDO Y FRAUDE FISCAL. Libre circulación de mercancías en la UE. Retroactividad de normas extrapenales complementarias.**

Recurso: Casación nº 451/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 548/2008 de fecha 17/09/2008

«..en el presente caso estamos mucho más allá de una simple modificación fáctica, operada por la vía de reforma de las disposiciones administrativas de remisión. En efecto, el principio de libre circulación de mercancías representa una de las piezas angulares de la estructura político-normativa de la Unión Europea (cfr. art. 23 –antiguo artículo 9- del tratado fundacional 25 de marzo 1957). Recientemente, la LO 1/2008, de 30 de julio, ha autorizado la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. En su *preámbulo* se proclama y reitera el objetivo de “...fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible, garantizando la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento”.

Todo indica, pues, que la entrada de Estonia en la Unión Europea, no limita sus efectos, desde el punto de vista del juicio de tipicidad, a una mera transformación fáctica, orientada a actualizar los parámetros cuantitativos tomados en consideración en el momento inicial de la formulación típica. Esa incorporación al régimen aduanero común conlleva un verdadero cambio global de naturaleza axiológica. No son razones estratégicas de pura oportunidad legislativa las que han de ser ponderadas por la Sala a la hora de valorar la incidencia de la ampliación de las fronteras comunitarias.

Descartado un enfoque formalista, más útil en los casos de sucesión de normas penales, se impone un criterio teleológico, que atienda al verdadero alcance de la rectificación normativa. Conforme a esta idea, la modificación de la norma extrapenal de reenvío –en el presente caso, el Tratado de adhesión de Estonia en la Unión Europea como Estado de pleno derecho- conlleva una variación axiológica, con una incidencia definitiva en los mecanismos de protección del bien jurídico. No ha existido una degradación en la intensidad del injusto,

producto de una renovada valoración fáctica, de limitado alcance cuantitativo, sino una verdadera supresión de la relevancia penal de la acción típica cuando las mercancías importadas proceden de Estonia. Y ello acontece en el momento del enjuiciamiento.

La Sala no puede acoger el criterio del Tribunal *a quo*, que condena a ambos recurrentes con el argumento de que las normas penales temporales, conforme establece el art. 2.2 del CP se sustraen a las reglas generales –FJ 2º, apartado D-. Así se desprendería de su enunciado, con arreglo al cual, *“los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”*.

En el presente caso, no es posible sostener que estemos en presencia de una ley temporal. No lo son la legislación de contrabando aplicada ni, por supuesto, el tratado de adhesión de Letonia a la Unión Europea. Leyes temporales son aquellas cuyo plazo de vigencia se justifica en atención a circunstancias excepcionales que aconsejan una mayor severidad en la respuesta penal a determinadas conductas. De ahí que no resulte procedente equiparar el precepto aplicado –art. 1.1 de la LO 7/1982, 13 de julio, vigente en la fecha de los hechos-, al régimen jurídico que es propio de las leyes temporales.

....

Pues bien, es un hecho notorio que Estonia forma parte ya de la Unión Europea. El Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, ha supuesto la ampliación de los países miembros de la Unión. El Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España es de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

Conforme al art. 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Estonia –además de las ya mencionadas- han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, según se desprende del Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión, también publicado en el núm. 106 del BOE de fecha 1 de mayo de 2004. Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Estonia y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo II, apartado I –libre circulación de mercancías-, apartado J –productos alimenticios- fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libre circulación de mercancías». (F. J. 1º)

**DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Difusión de pornografía de menores de trece años. No aplicación del subtipo agravado del art. 189 CP.**

Recurso: Casación nº 1652/2008  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia: nº 674/2009 de fecha 20/05/2009

«...Después de las reformas llevadas a cabo por las L.L.O.O. 11/99 y 15/03, por lo que aquí nos interesa, dejando de lado otras cuestiones de este extensísimo artículo, el 189 C.P. describe un tipo básico con dos modalidades (ap.1º), un tipo privilegiado (ap.2º) y un subtipo agravado (ap.3º). La letra a) del apartado 1º contempla tres modalidades típicas consistentes en la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico, donde se incluyen los reportajes fotográficos, vídeos, o bien la financiación de cualquiera de estas actividades. La letra b) del mismo apartado, aplicada por la Audiencia en este caso, por exclusión y al objeto de evitar duplicidades con las actividades mencionadas, hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro, añadiéndose después de la reforma del 2003 la mera posesión para alguno de los fines anteriores, lo que supone la necesidad de que el Tribunal desarrolle la correspondiente inferencia. Ello es así por cuanto el tipo privilegiado, también después de la reforma señalada, castiga la posesión para uso propio del sujeto. En el presente caso, siguiendo el hecho probado, el acusado envió al menor a través de internet "*numerosas fotografías de contenido sexual explícito en las que aparecían menores (muchos ellos de corta edad) realizando diversos actos sexuales, felaciones, sodomía .....*", lo que implica la exclusión de la aplicación del tipo privilegiado que pretende (motivo quinto).

Despejado lo anterior, existiendo difusión del material pornográfico poseído por el acusado, y siendo subsumible su conducta por ello bajo la letra b) del apartado 1º del artículo 189, lo que se suscita es la aplicación del subtipo agravado comprendido en la letra a) del apartado 3º, es decir, si concurre en el caso la previsión de haberse utilizado a niños menores de 13 años, pero no desde la perspectiva planteada por el propio acusado, sino del alcance que debe darse a esta circunstancia y si es aplicable también a los sujetos ajenos a la elaboración del material pornográfico, es decir, a todos los casos comprendidos en la letra b) del apartado 1º, o bien la utilización de menores de 13 años operará como agravante sólo en relación con aquellas actividades en las que a éstos se les haya hecho intervenir personalmente, lo cual excluiría parte de las conductas previstas en la letra b) de dicho apartado. Debemos observar a este respecto que en relación con el tipo privilegiado se excluye la aplicación del tipo agravado. La circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º se refiere a "*cuando se utilicen menores de 13 años*", es decir, no emplea expresiones como "*tratarse de menores de 13 años*" o "*representar a dichos menores*", sino que la acción se refiere a utilizar, lo que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1º, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer

en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1º, si ha concurrido o no esta utilización. En el presente caso el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros y el subtipo agravado no sería aplicable. Por otra parte, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro a ocho años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico». (F. J. 4º)

**DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Elementos. Sobre personas menores de edad. No cabe apreciar abuso de situación de superioridad por la diferencia de edad: vulnera “non bis in idem”**

Recurso: Casación nº 11282/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 761/2008 de fecha 13/11/2008

«3. a) Veamos cuales son elementos de las figuras de delito que aparecen definidas en los arts. 188.1 y 188.3º.

1º. El elemento fundamental gira alrededor del concepto de prostitución que, como venimos diciendo, es una actividad por la cual una persona comercia con su cuerpo prestándolo para la realización de algo de contenido sexual a cambio de dinero u otro bien de carácter económico. Tal persona constituye el sujeto pasivo de este delito y puede ser cualquiera, hombre o mujer, heterosexual u homosexual, menor o mayor de edad.

2º. El modo comisivo consiste en cualquier actividad que determine a tal sujeto pasivo a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. No basta el tener una relación de contenido sexual con una persona prostituida, sino que es preciso que la conducta del sujeto activo mueva la voluntad del sujeto pasivo para que este se inicie en esa actividad o se le refuerce esa voluntad para continuar en la que ya venía desempeñando.

3º. De lo expuesto se deduce que sujeto activo puede ser cualquiera. Ordinariamente será un tercero ajeno a la relación el que, normalmente para lucrarse de la prostitución de otro -el ánimo de lucro no es elemento del tipo-, realiza la actividad de influencia en la voluntad del sujeto pasivo a la que acabamos de referirnos. Pero puede serlo también el propio sujeto que busca esa relación sexual para sí mismo, cuando, como aquí ocurrió, es él quien incita con sus propios actos a iniciarse en la prostitución o a mantenerse en ella. Así lo acordó esta sala en una reunión de pleno no jurisdiccional celebrada el 19.2.1999.

Es decir, puede cometer el delito también el que paga por el servicio sexual, siempre que tal pago influya en la voluntad del prostituido en la forma ya dicha: para iniciar a otro o para reforzar su voluntad en orden a mantenerle en esa actividad.

4º. Por último, la conducta del sujeto activo ha de actuar con alguno de los medios comisivos siguientes:

- violencia;
- intimidación;
- engaño;
- abuso de una situación de superioridad;
- abuso de una situación de necesidad;
- abuso de una situación de vulnerabilidad.

b) Fácilmente se deduce de lo que acabamos de exponer que en el caso aquí examinado concurren todos esos elementos. En efecto:

1º. Hay que considerar que los dos menores de edad Cristian y Kilian, que cuando empezaron estos hechos -verano de 2005- tenían respectivamente 15 y 13 años- se aprovecharon de las prestaciones que con su cuerpo ofrecían a José Luis R. Q., que a la sazón tenía 59 años y era dueño de un bazar al que acudían muchas personas mayores y menores, estos últimos para adquirir golosinas y para recargar sus teléfonos móviles. Hablan los hechos probados de masturbaciones, felaciones y penetraciones anales a cambio de dinero y de no cobrarles a los menores el precio de la recarga de sus teléfonos móviles.

2º. La edad en estos casos fue elemento decisivo para la configuración del tipo delictivo. En el acuerdo del pleno de esta sala de 12.2.1999, al que nos hemos referido antes, se pone de manifiesto que cuando el sujeto pasivo es menor de edad -hablamos allí de los 13, 14, 15 años, coincidentes con las edades de Cristian y Kilian cuando comenzaron a tratar sexualmente con el aquí acusado-, habrá de reputarse tal relación como delictiva, con independencia de que el menor ya hubiese practicado antes la prostitución, pues el ofrecimiento de dinero (o esas recargas gratis para su teléfono) puede considerarse como suficientemente influyente para determinar al menor a realizar el acto de prostitución solicitado. Dijimos en nuestra sentencia 1743/1999 que tal es así dada la influencia que el dinero puede ejercer sobre la voluntad inmadura del menor. Máxime cuando ello tiene lugar de forma repetida y ocurre como nos dicen los hechos probados de la sentencia recurrida en el final de su narración, repitiendo expresiones de las propias víctimas “cada vez que necesitaban dinero, lo único que pensaban era en mantener relaciones sexuales con el acusado”.

3º. Ya hemos dicho antes que, aunque lo ordinario es que en estos casos el delincuente sea el mediador entre quien da el dinero y quien ofrece sus servicios sexuales, también puede ser sujeto activo el propio receptor de esos servicios.

4º. En cuanto al cuarto requisito, conviene precisar aquí que, tal y como nos dice el recurrente y nadie ha puesto en duda, es cierto que no hubo en el caso violencia ni intimidación ni engaño, pero sí existió abuso de la situación de superioridad entre José Luis, que entonces era un hombre maduro de 59 años, con experiencia sexual acreditada según el dictamen del médico forense que declaró en el juicio oral y emitió informe por escrito (folios 443 a 450 y 685 a 692), frente a quienes solo tenían entonces, cuando los hechos comenzaron (verano de 2005)



15 y 13 años respectivamente, edad en la que la personalidad se está formando particularmente en el área del desarrollo sexual.

4. Ahora bien, en este punto ha de hacerse aquí una precisión importante. Esta sala no comparte lo que nos dice la sentencia recurrida en el apartado penúltimo de su fundamento de derecho 2º repitiendo una idea ya expuesta en la página anterior cuando nos dice que, además de esa situación de superioridad derivada de la edad, también hubo abuso de la situación de necesidad, al entender la sala de instancia que las necesidades de los menores van más allá de la mera alimentación y vestido, abarcando otras como ir al cine, ir a ver a la novia, recargar su móvil, etc. Entendemos que esto constituye una concepción demasiado amplia del concepto de necesidad al que se refiere este art. 188.1 CP, que ordinariamente ha de ser referido a quienes por pertenecer a una clase social baja se encuentran privados de lo más preciso para el desenvolvimiento de su vida cotidiana, siendo de esta carencia de lo que se aprovecha el delincuente del art. 188.1 y 3 para que su conducta pueda ser considerada como penalmente reprochable. La necesidad a que se refiere la sentencia recurrida no puede separarse del concepto de minoría de edad (principio de “non bis in idem”); y lo mismo podemos decir de la vulnerabilidad que también considera concurrente la Audiencia Provincial.

En conclusión, de esas varias formas de abuso a que se refieren estas normas del art. 188.1 y 3 en el caso solo hubo abuso de la situación de superioridad derivada de la diferencia de edad entre el sujeto activo del delito y sus dos víctimas.

5. La consecuencia de todo lo que acabamos de exponer ha de ser la imposibilidad de aplicar al caso estas dos normas penales, la del art. 188.1 y la del 188.3:

a) No cabe castigar conforme al art. 188.1, porque el sujeto pasivo previsto en esta norma ha de ser mayor de edad y aquí las dos víctimas eran menores de 18 años.

b) Pero tampoco se puede sancionar por el art. 188.3, porque, si así lo hiciéramos, lesionaríamos el principio “non bis in idem” (o prohibición de doble valoración del mismo elemento en contra del acusado), pues utilizaríamos el dato de la menor edad, por un lado para integrar el elemento del tipo básico consistente en abusar de una situación de superioridad, y por otro lado para la agravación específica de este art. 188.3 en cuanto que exige que el ofendido sea menor de edad o incapaz -en este caso menor de edad-.

Ahora bien, lo antes expuesto no conduce evidentemente a un pronunciamiento absolutorio, sino a la aplicación al caso del art. 187.1, citado en la sentencia recurrida, que sanciona al que “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o incapaz”, elementos que concurren todos en los hechos aquí examinados.

No es obstáculo para esto que el Ministerio Fiscal no acusara por esta última norma penal (art. 187.1), pues acusar por las más graves del art. 188.1 y 3 implica acusar por esta otra mas leve y de la misma naturaleza. Todas estas figuras

penales son homogéneas entre sí. No cabe hablar, por tanto, ni de indefensión ni de vulneración del principio acusatorio». (F. J. 4º)

**DELITO DE FALSO TESTIMONIO. Aplicación de la tesis de las falsedades inocuas, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del caso.**

Recurso: Casación nº 1584/2008

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 541/2009 de fecha 27/04/2009

«(...) en las circunstancias del presente caso, independientemente del valor probatorio de las manifestaciones del testigo y del objeto sobre el que ellas hayan recaído, el autor de las afirmaciones documentadas estaba amparado al prestar declaración por el principio constitucional que lo exime de declarar contra sí mismo (art. 24. 2. CE). Si el acusado hubiera reconocido haberse consignado en las facturas, en todo lo demás veraces, como ejecutor de las obras se hubiera puesto en peligro de ser condenado penalmente, como lo demuestra la propia sentencia recurrida. Se trata, en consecuencia de un conflicto entre un deber y un derecho, que se debe resolver con los criterios del estado de necesidad, es decir recurriendo a la ponderación de los deberes, estimando, por lo tanto, excluida la antijuricidad cuando el derecho ejercido tiene mayor jerarquía normativa que el deber infringido. La mayor jerarquía normativa del derecho fundamental no es discutible. (F. J. 2º)

El Ministerio Fiscal basa su afirmación referente a la tipicidad de los hechos en relación al art. 461.1. CP, como se vio, en que carece de trascendencia la significación efectiva de la declaración mendaz en el resultado del proceso. Desde tal punto de vista es consecuente que la declaración inveraz sobre una circunstancia ajena al objeto del proceso, como la prestada por el testigo propuesto por el acusado, debería ser considerada típica. Pero la amplitud que a partir de tal concepto se acuerda al tipo penal es indudablemente discutible, especialmente en los casos como el presente, en los que la mendacidad recae sobre un elemento ajeno al objeto procesal del juicio.

Cierto es, como se vio, que el Fiscal se remite a nuestra STS 265/2005, en la que se admite que puede constituir falso testimonio la declaración mendaz de un testigo, aún cuando no incida en el resultado del proceso. Sin embargo, abundando en la argumentación ya expuesta, cabe agregar ahora que la máxima jurisprudencial que se deduce de la citada sentencia permite entender el tipo penal del falso testimonio como un delito de peligro abstracto y diferenciar, por lo tanto, entre las declaraciones falsas sobre circunstancias del objeto del proceso, que pueden no haber incidido sobre el resultado del mismo, por ejemplo, por no haber sido creídas por el tribunal, pero que generan un peligro abstracto para el bien jurídico y las que, como ocurre en este caso, no afectan al objeto del proceso, razón por la cual no producen peligro alguno y no son típicas.

En este último caso son de aplicación *mutatis mutandis* los mismos criterios antes expuestos respecto del delito de falso testimonio del testigo. El ofrecimiento de un testigo para que ratifique un documento que no es falso, porque sus

constancias inveraces no afectan ningún elemento esencial del mismo, no puede consistir en un hecho típico del art. 461. 1º CP, dado que no ha puesto ni siquiera remotamente en peligro el bien jurídico de la administración de justicia». (F. J. 4º)

### **DELITO DE INCENDIO. Diferencia con los daños.**

Recurso: Casación nº 11277/2007 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 578/2008 de fecha 30/09/2008

«..Desde el hecho probado resulta claramente los presupuestos de aplicación del tipo penal del incendio del art. 351, cuyos requisitos aparecen en la fundamentación de la sentencia, esto es, la acción de aplicar fuego a una zona que comporte la creación de un peligro para la vida o integridad física de personas y un elemento subjetivo, consistente en la intención de poner en peligro a personas para lo que se causa el incendio con intención, o previsión, de que su acción cause el peligro a las personas. La diferencia esencial con el delito de daños, o en su caso la falta, radica, por lo tanto en la conciencia del peligro a la vida o la integridad física de las personas que el autor busca con la acción contra el patrimonio. Esta situación hace que el delito del art. 351 se configure como delito de peligro "hipotético o potencial", dijimos en la STS 1623/2003, de 7 de octubre, en el que lo relevante es la idoneidad de la acción para la producción del peligro que se recoge en la tipicidad, la vida o la integridad física de las personas. De esta manera, no es necesario la efectiva causación de un daño sino la idoneidad para producir el peligro que se protege.

Estos elementos de la tipicidad aparecen en el hecho probado, al afirmarse que el acusado, que había mantenido una discusión con su familia, pide alcohol y quema su vivienda, alcanzando el fuego a la puerta, muebles y habitación en la que se inicia, alcanzando el humo el resto de la vivienda habitada por sus hermanos sin que el peligro llegara a concretarse por la presencia inmediata de los servicios de extinción. Cuando se realiza la acción el acusado conoce que en el piso superior estaban sus familiares a los que ponía en peligro en su vida o integridad física, abandonado el lugar de los hechos tras la producción del incendio». (F. J. 2º)

### **DELITO DE INCENDIO. Imprudencia.**

Recurso: Casación nº 1192/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 269/2009 de fecha 10/03/2009

«La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª) condenó a Juan M. M. como autor de un delito de incendio imprudente, por haber prendido fuego en una parcela suya, en término municipal de Castillo de las Guardas, sin licencia de la Consejería de Medio Ambiente de Andalucía y sin cortafuegos perimetral, afectando el fuego a otras parcelas limítrofes, con daños en el arbolado y peligro para algunas personas.

La representación del acusado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia». (F.J. 1º)

### **DELITO DE INJURIAS. Difusión nota informativa.**

Recurso: Casación nº 181/2008

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 866/2008 de fecha 01/12/2008

«..nos encontramos ante un delito, el de injurias, cuya persecución resulta disponible para el ofendido por la infracción, al que se le otorga un tiempo especialmente breve, establecido por el Legislador, para hacer valer su derecho contra el ofensor y que, por ello, esa naturaleza especial que distancia tanto al delito de injurias de otras figuras aquí objeto de condena, como la revelación de secretos concretamente, hace que su prescripción recobre toda autonomía, incluso aún cuando se entendiera que se trata de delitos que pudieran estar íntimamente vinculados en su comisión, toda vez que la ausencia del ejercicio de la correspondiente acción en el tiempo previsto como límite para ello, en delito como éste, hace que tal actitud de su titular haya de equipararse a la categoría del perdón, en aquellos casos en los que éste es efectivo para la extinción de la responsabilidad del autor del ilícito.

Por consiguiente, el motivo ha de estimarse en la concreta pretensión de que se declare prescrito el delito de injurias cometido, con la correspondiente consecuencia absolutoria a incorporar en la Segunda Sentencia que habrá de dictarse». (F. J. 4º)

### **DELITO DE MALTRATO DOMÉSTICO.**

Recurso: Casación nº 71/2008

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 962/2008 de fecha 17/12/2008

«..La actual comunicación entre los arts. 153 y 173.2 CP permite excluir la necesidad de que el trato sancionable sea habitual, bien por la repetición o frecuencia o bien por la consideración de que la víctima viva en un estado de agresión permanente. Mas tal extremo carece aquí y ahora de importancia porque el recurso se ciñe al hecho del 30 de agosto. Donde radica la cuestión que ha de dilucidarse es en si la agresión del 30 de agosto, quebrantadora de la integridad corporal y síquica como de la integridad moral, es sin incurrir en una interpretación y aplicación extensiva o analógica, vedada por el art. 24.2 de la Constitución y por el art. 4.2 CP, subsumible en el círculo de sujetos pasivos a través de la condición de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”.

Desde luego que ha de tratarse, atendida la citada Exposición de Motivos, de una convivencia doméstica.

Ahora bien no cabe restringir aquella relación a las demás incluidas en los arts. 153 y 173.2 CP; por cuanto ello implicaría cercenar el carácter enumerativo con que se presenta el precepto eliminando uno de los elementos del círculo de sujetos pasivos.

De otra parte, a pesar de la coincidencia de palabras entre la frase “núcleo de su convivencia familiar” y la llamada “familia nuclear”, no puede extenderse que el precepto se refiere a una familia estricta; por cuanto dentro del artículo y fuera de él, el Código Penal contiene referencias a miembros de una familia que no responde al modelo estricto sino a otro muy ampliado.

Y es obvio que una “prestación de servicios” puede responder a un concierto sobre reparto de roles, en modo alguno incompatible con el concepto de convivencia doméstica, incluso dentro de la familia matrimonial.

6. Sentado lo anterior, resultado necesario evitar cualquier desmesurada generalización que ponga en peligro el principio de legalidad, y será indispensable examinar las características de cada caso para determinar si encierra una relación incluíble en el núcleo de la convivencia familiar del maltratado y que le ampare, aunque no lo sea en los demás supuestos legales.

Partiendo del factum y con el apoyo meramente aclaratorio que facilita la lectura de las actuaciones – art. 899 LECr – en cuanto no perjudica al reo, aparecen los siguientes datos relevantes respecto a la cuestión que nos ocupa:

a. García estaba perdiendo casi totalmente la visión y se había quedado sin la persona que, por ello, le ayudaba.

b. García conoció a O., un alcohólico de albergue variable, y concertaron que O. fuera a vivir al hogar de García, a quien acompañaría y auxiliaría.

c. García y O. desarrollaron durante meses sus vidas en aquel lugar, ocupándose O. de la limpieza y otras tareas domésticas y de guiar a García.

d. La situación concluyó el 30.8.2004, cuando García denunció los hechos a que afecta el proceso.

Es decir, aparece que García y O. utilizaban un hogar, en sede única, para desarrollar sus vidas, con un matiz de dependencia corporal que colocaba a O. en un plano de superioridad, debido al padecimiento que sufría García. No siendo el rol atribuido a O. distinto del repartido en algunas vidas familiares.

No se incluye una relación de afectividad; pero tampoco se exige siempre tal condición dentro del círculo de sujetos pasivos. Y no cabe desconocer que, en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, queda claro que la norma trata de abarcar la violencia doméstica aunque no sea estrictamente familiar.

Así las cosas, la Audiencia debió trasladar el hecho desde el art. 617.2 CP, al art. 153, 1y 2, en relación con el 173.2 CP y castigarlo como delito. Y el motivo deducido por el Ministerio Fiscal ha de ser estimado». (F. J. 6º)

### **DELITO DE MALTRATO EN EL AMBITO FAMILIAR Y QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Relación medial que excluye el segundo delito**

Recurso: Casación nº 2362/2008

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 613/2009 de fecha 02/06/2009

«(...) no cabe duda que el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al *concurso medial*, previsto en el **art. 77** del CP.

En consecuencia, procede estimar parcialmente el motivo, admitiendo la existencia del referido concurso entre ambas infracciones, imponiendo la pena legalmente prevista, conforme se determinará en segunda sentencia». (F. J. 5º)

### **DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Pena de prohibición de acercarse a la víctima. Su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la víctima.**

Recurso: Casación nº 10604/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lurca

Sentencia: nº 172/2009 de fecha 24/02/2009

«3. El artículo 468 del Código Penal sanciona a quien quebrantare una de las penas previstas en el artículo 48, en el caso la prohibición de acercarse a la víctima, impuesta en un proceso criminal en el que el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código. El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella. Es cuestionable que los intereses públicos y privados afectados estén mejor protegidos con una pena, en principio irreversible en cuanto a su cumplimiento, que a través de una medida de seguridad que podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, una vez valoradas, a través de las pertinentes decisiones judiciales. Sobre todo si se tiene en cuenta la conveniencia, e incluso, la necesidad, de establecer límites a la intervención del Estado en esferas propias de la intimidad individual y del derecho de cada uno de regir su vida en libertad. Parece excesivo, desde este punto de vista, impedir a dos personas un nuevo intento de compartir su vida, imponiendo el alejamiento, sin posible revisión, siempre que se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar que esa decisión se ha tomado de forma consciente y con libertad por ambos interesados.

En cualquier caso, en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución.

No cabe, por lo tanto, aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria». (F. J. 1º)

**DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad. Acuerdo del pleno de 25/11/2008.**

Recurso: Casación nº 10618/2008 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 92/2009 de fecha 29/01/2009

«Fue bien aplicado al caso tal art. 468 pues:

a) Desde un auto de 25.11.2004, del Juzgado de Instrucción xx de Madrid, luego prorrogado por otro de 23.3.2005, se encontraba en vigor una medida cautelar por la que José Antonio tenía prohibido acercarse a su mujer Mª T.

b) A pesar de dicha prohibición, el procesado de manera continua, sin el consentimiento de su esposa, se presentaba en el domicilio de esta cuando le parecía bien.

Tal comportamiento, que es el narrado en los hechos probados de la sentencia recurrida, constituye el citado delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468 CP.

Conviene precisar aquí que en una reciente reunión de pleno no jurisdiccional de esta sala, celebrada el 25 de noviembre de 2008, acordamos que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”.

Tampoco hubo aquí infracción de ninguna norma penal: el art. 468 fue bien aplicado al caso». (F. J. 5º)

**DELITO DE ROBO. Para apreciar subtipo agravado es preciso que el arma se lleve antes de cometer el delito.**

Recurso: Casación nº 10919/2008 P  
Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 771/2008 de fecha 26/11/2008

**«..El subtipo agravado del art. 242.2 del Código Penal exige que el acusado lleve el arma desde un momento anterior al momento en que ejecuta el delito.**

En los motivos tercero, cuarto y quinto combate la afirmación fáctica, y su consecuencia jurídica, relativa a que el recurrente "portaba" consigo un cuchillo antes de cometer los hechos de la sustracción violenta, de suerte que, excluida tal afirmación, no debe estimarse que el delito de robo por el que se le condena revista la forma agravada del subtipo previsto en el nº 2º del art. 242 del CP.

La exclusión del dato de hecho se funda en dos afirmaciones, ambas de relevancia constitucional. La primera que no fue objeto de imputación por la acusación, por lo que la sentencia incumple la exigencia del principio acusatorio. La segunda que no existe prueba de cargo válida en juicio oral de la que pueda derivarse tal dato, por lo que la infracción es ahora de la garantía de presunción de inocencia.

El examen conjunto de estos tres motivos, de los cuales el Ministerio Fiscal apoya el de infracción de ley, se hace porque, en realidad, como éste último indica, la declaración de hechos probados no efectúa aquella afirmación, sobre la llevanza del arma blanca, de modo suficientemente descriptivo para que pueda darse por concurrente el presupuesto del subtipo agravado. Lo que hace irrelevante la impugnación contraída al discurso fáctico, dada la inanidad de éste para penar por dicho subtipo agravado.

Situados ya en el ámbito de la infracción de ley, hemos de recordar la doctrina de este Tribunal, reflejada, entre otras en las Sentencias **núm. 472/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 24 mayo** y **núm. 1768/2003 (Sala de lo Penal), de 2 enero** que establecen que, *quedan fuera de tal subtipo agravado los supuestos de uso de un arma tomada in situ, por aplicación de la literalidad del precepto penal transcrito, pues requiere que el delincuente «lleve» el arma, es decir, se haya pertrechado del mismo, antes de cometer el delito, por la mayor potencialidad agresiva que determina su acción y, en consecuencia, la mayor antijuridicidad del comportamiento penal desplegado. Así se acordó en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el día 9 de febrero de 2001, como recuerda, entre otras, la Sentencia de esta Sala 1279/2002, de 4 de julio* .

Ciertamente la sentencia recurrida proclama como hecho probado que el acusado clavó un cuchillo en la rodilla a la víctima, en la primera agresión. Y dice que ese cuchillo "lo portaba" el acusado. Y bien pudiera pensarse que lo hacía desde antes de encontrarse con la víctima ya que, dicen los hechos probados, que el acusado "lo sacó".

No obstante el Ministerio Fiscal, con invocación de aquella doctrina jurisprudencial, apoya el motivo. Y tal apoyo puede llegar a explicarse porque la sentencia no deja de provocar alguna duda al respecto. En efecto aquellas expresiones entrecomilladas siguen a un texto en el que dice la declaración de hechos probados que la víctima accedió a acompañar al recurrente dirigiéndose al



domicilio de aquélla. Y que **no le consta** al Tribunal si la inicial agresión se produce mientras van en coche a dicha casa, o una vez en ésta. Y por ello no excluye con la nitidez deseable que el cuchillo no fuese pertrecho del que se dotase el agresor ora dentro del vehículo, ora una vez en el domicilio, sin disponibilidad adquirida antes de encontrarse en el escenario de los hechos y efectiva una vez en él.

Tampoco en la justificación de los hechos probados dedica la sentencia argumentación alguna a explicar por qué llega a la conclusión de que el arma la tenía el acusado dispuesta antes de acometer la agresión dirigida inicialmente a la sustracción por la que se le pena.

Tal situación de duda lleva a aceptar el apoyo del Ministerio Fiscal al recurso, el cual, por otra parte, llevó a que el recurrente no contraalegase sobre tal particular en el trámite procesal de contestación a la impugnación efectuada por el Ministerio Fiscal, en la tramitación de esta casación». (F. J. 3º)

## **DELITO ELECTORAL. Abandono de funciones.**

Recurso: Casación nº 2326/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 599/2009 de fecha 04/06/2009

«..Como acertadamente señala la sentencia, el art. 143 L.O.R.E.G. sanciona la conducta típica consistente en dejar de concurrir o desempeñar sus funciones, abandonen éstas sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que la ley impone al designado como Presidente y Vocales de Mesas Electorales, así como a los suplentes de estos cargos.

Pero este precepto se encuentra en íntima relación con el art. 27, que regula el régimen de alegaciones y excusas de los designados, que debe ser oportunamente notificado a éstos. Del mismo modo que deben ser debidamente notificados de las consecuencias penales del incumplimiento de los deberes derivados de tal condición de cargos electorales, en una situación equivalente a la que se presenta, por ejemplo, en los supuestos típicos de malversación impropia en que al particular depositario de los bienes embargados por resolución de la autoridad se le debe de informar cumplidamente de las obligaciones de su nombramiento y de las sanciones penales en caso de incumplimiento, de suerte que sin la observancia debidamente acreditada de estos requisitos, la acción típica carecería de respuesta penal.

En el caso examinado, el Hecho Probado expresa con claridad que no ha quedado acreditado el presupuesto legal indispensable para exigir la responsabilidad penal por el incumplimiento del deber cívico que el art. 143 de la Ley especial establece. Como declara la sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 1.995, oportunamente citada por el Tribunal a quo, al analizar el art. 143 L.O.R.E.G., no debe olvidarse que se trata de un delito de omisión propia, también llamado de pura omisión, que tanto supone como no hacer algo determinado, que

preceptivamente se conmina bajo sanción penal y donde el contenido del deber de actuar debe constar con toda precisión en consignar, asimismo, la posibilidad de alegar las excusas a tal conminación, pues éstas, de ser apreciadas, suponen la exclusión de la concreta designación y las eventuales consecuencias penales y deben resolverse por la Junta Electoral de Zona. El haberse omitido al designado tal posibilidad, se le ha impedido utilizar tal vía para exonerarse, en su caso, de tal deber y de sus exigencias de ineludible cumplimiento. No puede decirse en puridad que se haya producido el mandato conminativo. Cuando lo que se sanciona penalmente es, en definitiva, una desobediencia a un deber cívico, la responsabilidad sólo puede nacer del incumplimiento a una orden, que contiene todos los requisitos precisos entre los cuales resulta esencial, la posibilidad de alegar alguna excusa o razón que pueda justificar el incumplimiento. Ello se encuentra en la vigente normativa electoral y se hallaba asimismo en el texto precedente, también art. 27.1 y 2 del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, donde, después de expresar que "la condición de miembro de una Mesa electoral tiene carácter obligatorio", añadía que "una vez hechas estas designaciones, se comunicarán acto seguido a los interesados para que, en el plazo de cinco días, puedan alegar excusa ....". No se puede conminar a una actuación concreta, sin señalar a la par, el procedimiento de poder alegar la imposibilidad o notoria dificultad, por lo que sólo tras la desestimación de la excusa o de su falta de concreta alegación ante el competente organismo, puede reputarse ejecutoria y vinculante la orden ». (F. J. 2º)

#### **DELITO PROVOCADO. Requisitos. Diferencia con agente encubierto.**

Recurso: Casación nº 2511/2007

Ponente: Sr. Jiménez García

Sentencia: nº 571/2008 de fecha 25/09/2008

En síntesis, el delito provocado es aquel en el que la policía instiga a un tercero que no tenía intención de delinquir, instigación que se hace con fin de provocar la detención de los implicados, por lo que toda la operación se encuentra, *ab initio*, bajo el control policial. Por ello los tres elementos esenciales del delito provocado son:

a) Un elemento subjetivo constituido por la incitación desarrollada por el agente policial en un tercero para que cometa un delito. Es la creación del dolo de delinquir en un tercero, bien que esta inducción sea engañosa, lo que ignora el sujeto provocado.

b) Un elemento objetivo/teleológico constituido por la detención del sujeto provocado y de otros que puedan existir.

c) Un elemento material constituido por la total ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque toda la operación desde su ideación está bajo control policial. No hay tipicidad penal por lo que no cabe acción punible.

Se trata de una rechazable e inadmisibles actuación policial que traspasa claramente los límites de la legalidad que deben constituir una barrera infranqueable para todo agente policial, la cita del art. 11 de la LOPJ en cuanto determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades públicas, devendría de inexcusable aplicación, siendo por tanto nulo todo lo obtenido por esta vía. Nada hay más desmoralizador que el funcionario policial, garante del ordenamiento jurídico se convierta en su infractor. Ninguna eficacia policial puede predicarse de esta actitud. No existen atajos.

La policía debe prevenir el delito no instigar a su comisión.

Figura distinta sería la figura del agente provocador tendente a poner de manifiesto --y por tanto a acreditar-- una situación o actividades criminales ya existentes sin que el agente haya injertado o creado el dolo en tercera persona, sino que esta ya tiene decidido un actuar delictivo de forma libre y autónoma y la actividad del agente solo tiene por finalidad sacar a la luz tal actividad.

Se trata de una sutil pero trascendente diferenciación, que si intelectualmente es de fácil conceptualización, en la práctica pueden existir oscuridades o zonas comunes. SSTs 2470/2001 y las en ella citadas, así como 789/2002, 1114/2002, 262/2003, entre otras.

Desde esta doctrina hay que rechazar la tesis del delito personado que se sostiene por el recurrente. Este era confidente policial y según el *factum* si bien es cierto que de acuerdo con el agente policial que fue absuelto tenía previsto reunirse con unos suministradores de droga en Madrid --lo que no llegó a producirse-- y que incluso existió otra operación, en esta ocasión en Alicante, en la que la pretendida operación de compra de droga quedó convertida en compra de cafeína, es lo cierto que con independencia de estas dos operaciones ideadas por el recurrente y el agente policial absuelto, existe otra acción autónoma e independiente, como fue la ocupación cuatro días después de la "operación" de Alicante, en el domicilio de S. N. de diversos paquetes que contenían, ahora sí, cocaína, con un contenido neto total de 737 gramos, además de tres balanzas de precisión, con molinillo con restos de cocaína y otros utensilios y efectos claramente sugerentes de estar dedicados al tráfico de drogas.

Es claro que la ocupación de esta droga, como ya se ha dicho, es un hecho autónomo e independiente y ajeno a toda inducción que pudiera haber llevado a cabo el agente policial absuelto respondiendo a una intención delictiva, libre y espontánea del propio recurrente». (F. J. 2º)

## **DELITO PUBLICITARIO. Exigencias fácticas.**

Recurso: Casación nº 253/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 27/2009 de fecha 26/01/2009

«2.- En este caso se trata precisamente de un delito del art. 282 del C.Penal, que castiga a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos. La estructura del tipo lo es de peligro y no excluye una comisión de estafa cuando exista disposición patrimonial determinada por error relevante derivado de una acción engañosa, que pueda estar en su caso en la falsa oferta o en la mendacidad de la publicidad. Fuera de ese supuesto la misma disconformidad con la realidad de lo afirmado en la oferta o en la publicidad del producto o del servicio integra este delito, pero teniendo en cuenta que no abarca las exageraciones toleradas socialmente en la actividad publicitaria en cuanto dirigidas mas a la motivación del consumidor que a la transmisión de información concreta y creíble, ni las omisiones o insuficientes de lo ofrecido en el anuncio que no tiene normalmente el carácter de información exhaustiva de todo cuanto pudiera interesar al destinatario del producto o servicio; ni tampoco aquellas características en lo anunciado u ofrecido que devienen imposibles o distintas por razones sobrevenidas no dependientes de la voluntad o del control del anunciante.

3.- Con lo dicho es claro que la operación de subsunción de una oferta comercial en este tipo penal pasa necesariamente por el conocimiento preciso, exacto y completo, de la oferta o de la publicidad de que se trate, en sus términos concretos y tal y como éstos integraron el anuncio o el ofrecimiento. En efecto, una frase o una afirmación aislada que por sí sola pudiera valorarse como disconforme con lo verdadero, puede ser en el seno del texto total algo irrelevante o suficientemente aclarado en términos de veracidad.

4.- En este caso la repetida lectura de la Sentencia no permite conocer el íntegro contenido de la oferta en que la Sala de instancia sitúa la disconformidad entre lo ofertado por el acusado y la realidad. La Sala en su Sentencia elabora unos hechos probados que solo y muy parcialmente recogen algo o algunos extremos de lo ofrecido. Luego en la Fundamentación, destinada a razonar la apreciación de este delito, en principio sobre la base de lo relatado en el Hecho probado, y sólo sobre esa base, aparecen numerosas y muy distintas citas y referencias a otros particulares de la oferta realizada. Al terminar la Fundamentación se tiene otro conocimiento del contenido de aquella, que no coincide con el que resulta del hecho probado, con la particularidad de que, como la Fundamentación se estructura en un hilo conductor acomodado al orden de las consideraciones de la Sala, que siguen el de las distintas alegaciones de los querellantes, vienen a resultar sucesivas y distintas afirmaciones de hecho -no sentadas en los Hechos Probados- en forma totalmente desordenada. No corresponde a esta Sala reconstruir el texto de la oferta comercial uniendo los particulares que del mismo se van citando en el curso de la Fundamentación. No sabemos si el total de esas afirmaciones de hecho agotan el total del contenido de la oferta, ni si en ella existen o no otras frases o datos no recogidos en la Sentencia; ni tampoco si en él figuran en ese orden o en otro.

En resumen: la lectura del hecho probado y de los Fundamentos permiten conocer algunos extremos de la oferta. Pero se trata de particulares aislados, desarticulados, separados entre sí, y cuyo sentido, significado y alcance es de

imposible precisión sin la lectura de la íntegra oferta tal y como ésta se hizo, que no fué obviamente mediante mensajes o frases aisladas desarticuladas y sucesivas, sino con unidad de texto y en unos términos que los destinatarios sí conocieron, pero que esta Sala ignora, porque la Sentencia no la recoge tal y como la oferta realmente se hizo. Se trata pues de un relato histórico que, desde la perspectiva de la calificación jurídica del delito por el que se castiga al recurrente, resulta impreciso e indeterminado». (F. J. 3º)

## **DELITO SOCIETARIO. Modalidades.**

Recurso: Casación nº 2243/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menendez de Luarca

Sentencia: nº 623/2009 de fecha 19/05/2009

«3. La jurisprudencia de esta Sala respecto del delito societario del artículo 295 del Código Penal, comenzó señalando que, como decía la jurisprudencia anterior al Código vigente, en el artículo 535 se yuxtaponían dos modalidades. La clásica de apropiación de cosas muebles ajenas y la que llamó en la STS 224/1998 “gestión desleal”, denominada según el propio Código, “distracción”, que comete, entre otros, el administrador cuando da al dinero recibido para su administración, un destino distinto del procedente causando así un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Se sostenía entonces que el artículo 295 “ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario...”. Y, acudiendo a la figura de los círculos secantes, añadía que “será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente”.

Esta línea jurisprudencial, que fue seguida por otras sentencias, entre ellas la STS nº 1965/2000, de 15 de diciembre; STS nº 1040/2001, de 29 de mayo, en parte, y STS nº 37/2006, de 25 de enero, entre otras, convive con otra línea iniciada en la STS nº 867/2002, de 29 de julio, en la que, acudiendo a la figura de los círculos secantes, se distinguía más precisamente entre ambas figuras delictivas. Y se decía que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de ambos círculos, puede actuar en uno o en otro, incurriendo en apropiación indebida por distracción de dinero, o bien en delito societario por administración desleal. Línea que fue seguida y ampliada en la STS 915/2005, de 11 de julio, luego reiterada en la STS nº 565/2007, de 21 de junio, en la que, diferenciando entre las acciones del administrador de una sociedad que dentro del ámbito de sus funciones ejecuta fraudulentamente actos de disposición de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, de aquellas otras en las que, superando las facultades atribuidas, realiza actos sobre el patrimonio administrado que suponen apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiendo por esto último, actos de disposición de significado equivalente al acto de apropiación, en cuanto separan definitivamente el dinero recibido del destino fijado al realizar la entrega, en tanto

que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad. Y así se decía que la distracción tiene lugar “cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”.

Podría decirse, en este sentido, que en el primer caso, administración desleal del artículo 295, se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración (actos de disposición sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo) fraudulentamente adoptados, mientras que en el caso de la distracción de dinero, (artículo 252), lo característico es el abuso de las facultades del administrador, que aprovecha su posición para ir más allá de aquello a lo que está autorizado, causando también un perjuicio al titular del patrimonio administrado, pero no como consecuencia de la adopción de actos auténticos de la administración encomendada, sino a causa del desvío del dinero recibido hacia un objeto o finalidad distintos de los prefijados en el título de recepción, y consiguientemente, fuera de los límites establecidos por su competencia como administrador.

Para esta segunda línea de interpretación de los tipos no puede afirmarse que el artículo 295 tipifique conductas ya antes sancionadas en el anterior artículo 535, asignándoles ahora menor pena en atención a su comisión por un administrador en el ámbito societario, pues tal entendimiento de la ley carece de justificación posible. En consecuencia, deberá tratarse de conductas distintas de las que se comprendían entonces en aquel artículo y ahora en el artículo 252. La cuestión, pues, es el criterio diferencial que permita, además, justificar la menor pena para el delito societario, lo cual no ocurre en todas las legislaciones (a estos efectos, artículo 266 del Código Penal alemán). Criterio que, para la línea jurisprudencial citada en segundo lugar, tiene en cuenta que en la distracción de dinero del artículo 252, el autor realiza actos que implican un abuso de sus facultades de carácter extensivo, operando más allá de las facultades atribuidas, ejecutando aquello que de ninguna forma podría ejecutar, al situar los caudales administrados definitivamente fuera del control de quien se los encomendó sin que éste reciba contraprestación alguna, mientras que en la administración desleal del artículo 295, el abuso requerido por el tipo es solo intensivo, actuando dentro de lo permitido por las facultades que le corresponden, pero de forma desleal, traicionando el deber de fidelidad con la sociedad titular de los bienes o caudales que administra, al realizar fraudulentamente, en cuanto se separa de los fines sociales, actos de disposición o al contraer obligaciones a cargo de aquella, de los que se deriva un perjuicio para los socios o demás sujetos a los que se refiere el tipo. Sin duda existirán supuestos dudosos, en los que la apariencia de la acción pueda ajustarse más a la administración desleal aunque el resultado lo acerque a los casos de distracción. Un criterio de distinción útil sería la admisibilidad de la operación según criterios aceptados dentro del funcionamiento normal del mercado de que se trate, concepto necesariamente indeterminado. La jurisprudencia ha señalado (STS nº 949/2004) en este sentido, que el tipo de la infidelidad del administrador del artículo 295 “se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad”». (F. J. 1º)

## **DELITO SOCIETARIO. Naturaleza.**

Recurso: Casación nº 1052/2008

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 863/2009 de fecha 16/07/2009

«El delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc...). Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción. Caso de que se llegare a causar el perjuicio económico se aplicará el subtipo agravado que también viene incorporado al mencionado artículo 290 del Código Penal». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia letrada: renuncia.**

Recurso: Casación nº 11374/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 757/2008 de fecha 21/11/2008

«2. La Audiencia Nacional en el fundamento jurídico 1º rechaza la alegación que el recurrente hizo sobre la causación de indefensión, analizando el escrito en el que instrumenta el letrado la renuncia de 11 de septiembre de 2002, en el cual se hace constar como causa las desavenencias entre defensor y cliente sin más explicaciones. Después adujo la coincidencia con otras actuaciones procesales preferentes que debían ser atendidas.

Pues bien, antes de resolver, el tribunal efectúa una certera delimitación del alcance del derecho que se consideraba vulnerado, haciendo referencia al art. 6.3 c) del Convenio de Roma y al 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los que se establece el derecho a designar abogado de la elección del acusado, derecho que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia constitucional. Sin embargo hace constar la posibilidad de imponer limitaciones a la designación de letrado de confianza, cuando deban también ser atendidos otros intereses en conflicto constitucionalmente relevantes, especialmente la no provocación de dilaciones indebidas, sobre todo cuando sobre otros procesados en la misma causa pesa una medida de prisión preventiva.

Admite que a pesar de no aparecer tal causa de suspensión del juicio (renuncia de letrado) como una de las previstas en los arts. 745 y 746 L.E.Cr., esta Sala (véanse STS de 23-diciembre-96 y 23-marzo-2000) en una interpretación extensiva ha permitido por razones constitucionales incluir también esta causa de

suspensión. Como contrapunto el derecho referido no debe entenderse ilimitado y el tribunal antes de acordar la suspensión debe ponderar los motivos por los que el acusado (por extensión el letrado recurrente de la defensa) ha decidido cambiar de letrado o cesar en la defensa respectivamente. Siempre sería factible rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, fraude de ley o procesal, según el art. 11.2 L.O.P.J., por cuanto la indefensión tiene un contenido material y no meramente formal.

La Audiencia, en suma, rechaza la renuncia del letrado y permite la asistencia sucesiva de tres sin ser aceptados por el acusado por las siguientes razones:

1) La pretendida renuncia por desavenencias se acompaña después de la existencia de unos señalamientos que no son enteramente coincidentes con las fechas o no poseen criterio preferencial alguno, ya que tuvieron lugar con posterioridad al señalamiento de esta causa.

2) No consta en actuaciones que tal renuncia fuera comunicada por el letrado a su cliente a fin de que éste hubiera contado con el tiempo necesario para la designación de un nuevo profesional o para interesarlo de oficio.

3) Desde el nombramiento de letrado hasta el inicio de las sesiones del juicio oral, e incluso en éstas, en ningún momento el interesado ha hecho manifestación alguna rehusando la defensa de su letrado por desavenencias personales o por pérdida de confianza.

4) Aceptó la defensa de un letrado que venía en sustitución del inicialmente suyo, recurrente en su momento, Sr. T., y la defensa de éste en la última sesión del juicio, pues no consta en acta la renuncia a dicho abogado.

...

5. Planteado en sus pormenores el conflicto sobre el sagrado derecho a la defensa de letrado, conviene antes de adoptar la decisión última tener presentes ciertos principios interpretativos extraídos de la doctrina constitucional que deberán ser referencia para esta Sala.

Según la S.T.C. 178/91 la prohibición constitucional a indefensión reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para preservar los derechos de las partes, cuestión que se agudiza en el proceso penal, por cuanto el mencionado derecho tiene como finalidad objetiva la protección de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que eviten desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que puedan causar como resultado indefensión. Consiguientemente corresponde a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, de que posean idénticas posibilidades de alegar y probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (S.S.T.C. 226/1988, 162/1993).



Ese deber de los jueces que procuran la adecuada defensa de las partes lo ha proclamado esta Sala (véanse, por todas, las de 6 de marzo y 28 de septiembre de 1995) al afirmar que dentro de la tutela judicial efectiva se comprende el derecho al letrado, como realización efectiva de los principios de igualdad y contradicción, que impone a los jueces el deber de evitar desequilibrios jurídicos manifiestos entre las partes, bien en el ejercicio de la acusación o de la defensa.

6. Dicho lo anterior y descendiendo al caso concreto, hemos de dar acogida a la tesis del M<sup>o</sup> Fiscal, que apoya el motivo, el cual, haciendo gala de los principios de imparcialidad y objetividad que rigen su actuación ha hecho notar y esta Sala se percata de ello, que al rechazar la renuncia del letrado designado la Audiencia no ofreció una motivación expresa que evidenciase la sinrazón de la misma, manteniendo contra su voluntad la designación existente, cuando el letrado, sin perjuicio de sus responsabilidades disciplinarias, e incluso civiles, si la renuncia fraudulenta ha perjudicado a tercero, tiene pleno derecho a no seguir en la misma, aunque sea por una cuestión tan prosaica como pueden ser el incumplimiento de las obligaciones crematísticas del cliente, pactadas como provisión de fondos del Procurador y Letrado.

Después, cuando intervino en la tercera de las sesiones (4 de octubre de 2005), consintió la Audiencia la actitud pasiva del defensor.

En suma, la presencia obligada de los letrados en las tres sesiones del juicio no puede considerarse "defensa", ya que el derecho a la no indefensión no es teórico ni ilusorio, sino concreto y efectivo; de ahí la expresión del art. 6.3 c) del Convenio de Roma que habla de "asistencia letrada" y no de presencia letrada.

La Sala argumenta que el afectado no fue informado para que interesara la designación de otro abogado o solicitar el nombramiento de uno de oficio, cuando debió ser la Sala de instancia la que requiriera al acusado, pero lo cierto es que no se dio ocasión alguna al recurrente de hacer cualquier manifestación sobre los letrados que en realidad se le imponían sin consentimiento ni iniciativa propia.

Ciertamente en la radical postura de la Sala se advierte un intento de cubrirse de maniobras dilatorias, si no fraudulentas, tendentes a procurar la suspensión del juicio u obstaculizar su continuación. Pero aunque fuera así o pudiera sospecharse, lo cierto es que la Audiencia no adujo argumento alguno que desacreditara la renuncia efectuada tan próxima al juicio. La Audiencia Nacional no razonó ni motivó la continuación de la vista oral y de esa guisa no puede afirmarse que fuera respetado el contenido esencial del derecho de defensa y asistencia letrada que garantiza el art. 24-2 C.E.

7. Consecuentes con todo lo hasta ahora dicho debe decretarse la nulidad del juicio, para que el tribunal de instancia, con Magistrados distintos, proceda a su nueva e inmediata celebración con respecto a este recurrente, ya que a los otros dos acusados no afecta esta decisión al no atacar la sentencia de instancia que alcanzó firmeza para ellos». (F. J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Convenios internacionales: estupefacientes.**

Recurso: Casación nº 10999/2007 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 40/2009 de fecha 28/01/2009

«**A)** Por lo que atañe al primer aspecto, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, especifica en su art. 2.2 que *"las partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados".* Y, en su art. 2.3 se añade que *"una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno".* Y, el art. 7.3, sobre la asistencia judicial, indica que *"las partes podrán prestarse cualquier forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida".* Además, el art. 12 también dice que *"se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida".*

Es decir, que tanto en este texto como en los demás tratados internacionales pertinentes al caso, la previsión no es otra que la de que la actuación procesal ha de adecuarse, por supuesto, a los Tratados en los que España sea parte, pero conservando cada Estado la dirección y control de las actuaciones en su territorio, conforme a su derecho interno. Lo que constituye doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia (Cfr. STS de 24-5-2004, nº 699/2004). Con arreglo a ello no podrían enjuiciarse por las normas españolas los procedimientos llevados a cabo en una nación extranjera. Pero, independientemente de ello, en el caso -como apunta el Ministerio Fiscal- las diligencias judiciales que dan lugar al proceso que estamos tratando no se inician por una información de la Policía colombiana, sino por actuaciones de la Policía española, quien da cuenta al Juzgado de Instrucción (fº 2 a 9) de sus indagaciones sobre una organización internacional de distribución de cocaína, facilitando nombres de los sospechosos, sus antecedentes, propiedades y relaciones, tras contrastar y comprobar la inicial información colombiana con sus propias investigaciones». (F. J. 1º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Abordaje de buque por el servicio de vigilancia aduanera.**

Recurso: Casación nº 10864/2008 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 641/2009 de fecha 16/06/2009

«(...) **En segundo lugar**, hay que precisar que convenios tales como el de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, el de Viena de 20 de diciembre de 1988 de represión para el tráfico de estupefacientes o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982, ratificados por España, que forman parte de nuestro ordenamiento interno, conforme al art. 96.1 CE, en modo alguno tienen como finalidad la protección o tutela de derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del artículo 11.1 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Se ocupan de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas (Cfr. STS de 23-1-2007, nº 55/2007).

El art. 4 de la Convención de las Naciones Unidas, de Viena de 20 de diciembre de 1988 de represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevé, que cada una de las Partes:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo I del artículo 3:

I) Cuando el delito se cometa en su territorio;

II) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito.

Y el art. 17 del mismo texto: Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

Y, como se ha reiterado **jurisprudencialmente**, tampoco cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de las tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas (Cfr. STS de 20-2-2006, nº 151/2006).

Consecuentemente, el abordaje estaba autorizado por lo dispuesto en el art. 553 de la LECrim., pudiendo compartirse, por ello, la conclusión a que llega el Tribunal de instancia, sobre que: *"la regularidad en la práctica de la inspección e interceptación de la sustancia ilícita ante la flagrancia del delito percibido con evidencia por la Policía Judicial, resultó correcta al no haber precisado mandato judicial previo para proceder a su abordaje e interceptación, excluyendo toda vulneración del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1998 y 13 de marzo de 1999), y sí procederse al día siguiente, una vez llegada la nave a puerto, al registro con todas las formalidades legales, habilitado por auto de 17 de marzo de 2006 (a folio 426), como ahora se examinará".*

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado». (F. J. 5º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación del IMSI.**

Recurso: Casación nº 10542/2008 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 940/2008 de fecha 18/12/2008

«...Esta tema ha sido abordado por recientes Sentencias de esta Sala, y con especial profusión por la Sentencia 249/2008, de 20 de mayo, en la que se expresa lo siguiente: “La determinación de si ha existido o no la vulneración constitucional que denuncia el recurrente, impone hacer algunas consideraciones previas que nos permitirán definir el verdadero significado del IMSI, sus características técnicas y su funcionalidad en el marco de las comunicaciones telefónicas. Sólo así estaremos en condiciones de delimitar el régimen jurídico de su captación y subsiguiente incorporación al proceso penal. A) El término IMSI es el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity*. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular. A partir de esa descripción técnica, no parece existir duda alguna de que el IMSI integra uno de los diferentes datos de tráfico generados por la comunicación electrónica, en nuestro caso, la comunicación mediante telefonía móvil. Su configuración técnica y su tratamiento automatizado por parte del proveedor de servicios son absolutamente indispensables para hacer posible el proceso de comunicación. Tampoco resulta cuestionable que la comunicación mediante telefonía móvil ha de encuadrarse en el ámbito de las llamadas comunicaciones en canal cerrado, caracterizadas por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros del proceso de comunicación. En el presente caso, incluso, el empleo de tarjetas prepago -cuya adquisición, al menos por ahora, puede realizarse sin ofrecer datos precisos de identidad personal-, es bien expresivo del deseo de los comunicantes de mantener a toda costa el secreto de la comunicación. En el actual estado de la jurisprudencia, la necesidad de proteger la inviolabilidad de las comunicaciones, con independencia del formato en el que aquéllas se desarrollen, representa un hecho ratificado por numerosos precedentes. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la especial protección que dispensa el art. 18.3 de la CE se produce “...con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –eléctrico, electromagnético u óptico, etc.- de la misma” (STC 123/2002, 20 de mayo). Aquel precepto “...contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas”, pues es preciso caminar hacia “...un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos” (STC 70/2002, 13 de abril). En la misma línea, esta Sala ha proclamado que “...el ámbito de protección de este medio de comunicación –la telefonía- no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas se encuentran bajo la tutela judicial” (STS 137/1999, 8 de febrero). Más recientemente, la STS 130/2007, 19 de febrero, afirmó que “...el umbral de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones tiene carácter rigurosamente preceptivo. Por tanto, es el ordenamiento el que establece sus términos y su alcance mismo. Así, como espacio de intimidad garantizado al máximo nivel normativo, no podría quedar, y no queda, a expensas de la evolución de los avances de la técnica, lo que supondría un riesgo permanente de eventual

*relativización, con la consiguiente degradación de lo que es una relevante cuestión de derecho a mero dato fáctico*". En consecuencia, a falta de autorización judicial, cualquier forma de interceptación del contenido de la comunicación verificada por telefonía móvil, incluida su modalidad de tarjeta prepago, determinaría una flagrante vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 de la CE, con la inevitable consecuencia de la nulidad probatoria sancionada por el art. 11 de la LOPJ. En el presente caso, todas las conversaciones intervenidas lo fueron en virtud de autorización judicial. No sucedió lo propio con la captación del IMSI, obtenido por los agentes de la Guardia Civil mediante la utilización de un escáner en las proximidades del usuario. Una vez lograda aquella serie alfanumérica, se instó de los respectivos operadores –ahora sí, con autorización judicial- la identificación de los números de teléfono que se correspondían con esos IMSI y su consiguiente intervención. B) A partir de esos datos, resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional, tomando como inspiración la STEDH de 2 agosto de 1982 –*Caso Malone*–, ha venido insistiendo en que la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los *elementos externos del proceso de comunicación* (cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 281/2006, 9 de octubre).

...

Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI –también en los casos de telefonía móvil mediante tarjeta prepago–, hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato –no su cesión– puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa. La primera idea que sugiere la lectura de la Ley 25/2007 es que sus preceptos se centran en ofrecer un casuístico régimen jurídico de la conservación y cesión por las operadoras de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas –en nuestro caso, del IMSI–, pero no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular. Cobra todo su significado el régimen jurídico del acceso a los ficheros contemplado por la LO 15/1999, 13 de diciembre, de protección de datos. Y es que frente al silencio de la nueva regulación, esta ley dispone que *“la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2)*. Además, *“la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del*

*artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales” (art. 22.3).* Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal –nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999). Hecha la anterior precisión, está fuera de dudas que el IMSI, por sí solo, no es susceptible de ser incluido en alguna de esas dos categorías. Ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos. Como ya se razonó *supra*, ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración IMSI brinde a los investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador. Y es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia.

Con similar criterio se expresa la Sentencia de esta Sala 55/2007, de 23 de enero, en la que se declara que el recurrente cuestiona el método de “monitorización” empleado por el Servicio de Vigilancia Aduanera, con unas sospechas de irregularidad que, en realidad, han quedado plenamente despejadas por la Audiencia cuando entra en el análisis de lo efectivamente realizado, para concluir en que ese procedimiento tan sólo sirve para identificar las claves alfanuméricas (IMSI e IMEI), ni tan siquiera el número de uso telefónico y, por supuesto, menos aún su titularidad, respecto de los terminales usados por determinadas personas, para, sólo ulteriormente, obtener a través de la propia autoridad judicial, los datos identificativos necesarios para solicitar la correspondiente autorización de intervención telefónica. Por lo que no cabe hablar de las referidas vulneraciones constitucionales, toda vez que la actividad

investigadora, en este caso, no llega a afectar al núcleo protegido por los derechos fundamentales que se citan». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia.**

Recurso: Casación nº 10388/2008 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 838/2008 de fecha 12/12/2008

«...Como dijimos en nuestra Sentencia 331/2008, de 9 de junio y reiteramos en las 625/2008, de 21 de octubre y en la 797/2008, de 27 de noviembre, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, *lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

*Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados **válidos** y el debate se someta a las condiciones de **contradicción** y **publicidad**.*

*Por razón de b) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las **afirmaciones** que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**.*

*Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.*

*Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, **además**, se requiere que las **objeciones** oponibles se muestran ya **carentes de motivos racionales que las justifiquen** de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.*

*Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. **Sin necesidad, para la consiguiente absolución**, de que, más allá, **se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad**». (F. J. 3º)*

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Diligencias procesales posteriores al Auto de transformación en Procedimiento Abreviado. Irregularidad no invalidante.**

Recurso: Casación nº 1685/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 559/2009 de fecha 27/05/2009

«..Mucho se ha discutido sobre si las diligencias procesales a partir del Auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, forman parte de la fase de instrucción del proceso o de la fase intermedia del mismo, y, en particular, respecto a los escritos de acusación solicitados por el Juez a estas partes. A tenor de lo preceptuado en el art. 790 L.E.Cr. puede considerarse que con el Auto de transformación finaliza la fase de instrucción, pues lo inmediato es el traslado de las diligencias practicadas al Fiscal y acusación particular para que formulen sus escritos de acusación. En realidad, puede entenderse que es un trámite equivalente al Auto de conclusión del sumario en el procedimiento ordinario, cuando la instrucción se da por terminada. Ciertamente es que en ambos casos las actuaciones pueden volver al Juez de Instrucción, recobrando entonces su carácter de diligencias instructoras, en el caso de que el Auto de conclusión sea revocado para practicar nuevas diligencias, o en el caso previsto en el art. 790.2 cuando el Fiscal o las acusaciones personadas solicitan la práctica de otras diligencias indispensables para formular acusación. Pero en el supuesto examinado, ello no ha tenido lugar, por lo que desde que se dictó el Auto de transformación debe considerarse concluida la fase de instrucción y, por consiguiente, las diligencias posteriores ya no se encuentran sometidas a lo dispuesto en el invocado art. 210 de la Ley Rituaria.

Pero, al margen y con independencia de esta cuestión puramente procesal, el motivo debe ser desestimado, por cuanto, como viene declarando el Tribunal Constitucional y esta misma Sala del Tribunal Supremo de manera repetida y pacífica que, por conocida excusan de la cita, no toda irregularidad procesal supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino únicamente aquélla que haya ocasionado un menoscabo real y efectivo del derecho a la defensa ocasionando una auténtica situación de indefensión, constatada y verificada. En nuestro caso, no sólo el motivo omite toda mención a tal supuesta indefensión, sino que esta Sala tampoco la advierte. El Fiscal ya había acusado cuando la acusación particular (véanse los Antecedentes de Hecho de la sentencia) formuló la misma acusación calificando los hechos como constitutivos de los mismos delitos imputados por el Fiscal y, en concreto, en el delito de abandono del menor, único que ha sido objeto de condena, por lo que no cabe sostener que el acusado se haya visto sorprendido e indefenso ante esta imputación, oportunamente conocida y sin traba o dificultad ninguna para articular su defensa». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Inasistencia justificada de letrado de la acusación al juicio.**

Recurso: Casación nº 1861/2007



Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 566/2008 de fecha 02/10/2008

«...como hemos dicho en la STS. 802/2007 de 16.10, la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos fundamentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

...

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95, 91/2000, 109/2002).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

...

Pues bien el propio Tribunal Constitucional ha destacado, STC. 198/2003 de 10.11, la interdependencia existente entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, "derecho que tiene como finalidad al igual como todas las demás garantías que conforman el derecho en que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE." (STC. 47/87).

Por ello, centrándonos en la defensa técnica la STC. 199/2003 de 10.11, FJ 4, señalaba: " ha de recordarse, por una parte que este Tribunal ha reconocido la especial proyección que tiene la exigencia de asistencia letrada en el proceso penal por la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten y por la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados (SSTC. 18/95 de 24.1, 233/98 de 1.12, FJ. 3, 162/99 de 27.9, FJ. 3), y por otra, que la exigencia de la asistencia letrada no tiene un alcance único ni un contenido unívoco en todos los supuestos en que está reconocida constitucionalmente, sino que está vinculada a la diferente función que como garantía constitucional ha de cumplir en cada uno de los dichos supuestos".

Como corolario de lo hasta aquí expuesto debemos reiterar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa "*que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses*" (S.S.T.C. número 112/ 87 de 2.7, 114/88 de 10.6, 237/88 de 13.12, 143/2002 de 18.6), por si mismo (autodefensa) o con la asistencia de letrado, si optasen por esta posibilidad, a la misma fuese legalmente impuesta (STC. 29/95 de 6.2, 143/2001 de 18.6).

Precisamente, la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC. 226/88 de 28.11), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases de todo el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Juez predeterminado por la ley. Incompetencia territorial.**

Recurso: Casación nº 46/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 757/2009 de fecha 01/07/2009

«a) aún cuando la aplicación de las normas sobre competencia no fue ajustada a Derecho, no cabe predicar que se hizo de manera arbitraria en el presente caso en la medida en que la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz cuando decidió la cuestión, no estimó tal arbitrariedad. Por ello no estimamos vulnerada la garantía constitucional de predeterminación legal del juez ordinario;

b) tampoco cabe derivar del mero exceso en la autoatribución competencial motivos suficientes para estimar justificada la sospecha sobre la imparcialidad del Juez de Instrucción de El Puerto, por lo que tampoco cabe estimar vulnerada la garantía constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, concretamente, la del derecho a un juez imparcial;

c) finalmente, la infracción procesal predicable de la instrucción por el Juzgado de El Puerto no rebasa la de falta de competencia territorial. Esto no acarrea la sanción de nulidad que el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva para los casos de falta de competencia objetiva y funcional. Al contrario, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la subsistencia y validez de lo actuado por Instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión al efecto. Menos aún cabe calificar dichas actuaciones como incursas en la ilicitud que, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide la utilización de lo así sabido como medio de prueba. (F. J. 2º)

El Ministerio Fiscal denuncia en su motivo único, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 852 de la misma, que la decisión del Tribunal de Instancia cercena su derecho a la tutela judicial efectiva.

Justifica su pretensión en la **indefensión** sufrida, en cuanto parte del proceso, al excluirse la toma en consideración de medios probatorios, cuya validez resulta indemne pese a las actuaciones seguidas en el Juzgado de El Puerto, al no poder afirmarse la pérdida de imparcialidad objetiva por el titular de dicho Juzgado de Instrucción.

Efectivamente la decisión de la instancia excluye la concurrencia del presupuesto procesal de la competencia del órgano judicial interviniente en el procedimiento. Y esa exclusión determina que la resolución, aún siendo de fondo, no lo es plenamente ya que su contenido viene predeterminando por la decisión sobre un presupuesto procesal.

Además, y tal como se formula la queja, hemos de convenir en que la improcedente declaración de invalidez de medios probatorios, a consecuencia de esa decisión de tener por no concurrente el presupuesto procesal del juez ordinario e imparcial, origina una clara indefensión, parangonable, en sus consecuencias, a las previstas en el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el supuesto análogo de la denegación de prueba pertinente.

Dado que, por lo que hemos dejado dicho en el anterior fundamento, estimamos que, efectivamente, la exclusión de pruebas, que no fueron tomadas en consideración, era injustificada, debemos declarar la nulidad de lo actuado y la reposición del procedimiento al momento anterior a la celebración del juicio oral que deberá reiterarse por el Tribunal con composición diversa de la que integró el que dictó al sentencia que casamos». (F. J. 3º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales. Vulneración.**

Recurso: Casación nº 1317/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 381/2009 de fecha 14/04/2009

«..Es principio general el de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales. Así lo expresa el apartado primero del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *“Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan”*. Estas aclaraciones pueden hacerse de oficio o a instancia de parte, dentro de los dos días siguientes a su publicación. En cambio, si se tratase de sentencias que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el plazo es de cinco días desde la notificación, si lo interesa una parte, o del mismo plazo de cinco días desde que “se dicten”, si lo hace el Tribunal de oficio.

En el caso, nos encontramos con un supuesto del párrafo sexto del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal “a quo” ha “completado” la resolución dictada con una pena que no había consignado en su fallo, pero que había sido solicitada por la acusación particular, y por consiguiente, se trataba de una pretensión oportunamente deducida y sustanciada en el proceso. Nadie le solicitó tal “complemento”, sino que fue el Tribunal de oficio quien lo incorporó mediante dicho Auto de Aclaración, “subsánándose la omisión que en este extremo adolece la sentencia de autos” (F.J. 4º del Auto 7-5-2008). Para ello, el Tribunal contaba con el plazo de cinco días, desde que se *dictó* la sentencia recurrida (15-4-2008), durante el cual, de oficio, podía haber realizado tal “complemento”, y no lo hizo, dejando transcurrir más de 20 días. Ello infringe no solamente el aludido art. 267.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino la tutela judicial efectiva y el proceso debido, en su vertiente de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, de manera que el motivo ha de ser estimado, dejándose sin efecto tal pena, en segunda sentencia que ha de dictarse, poniéndose de manifiesto que tal Tribunal dejó de decretar, oportunamente, una pena que era legalmente imponible por el Código penal y que claramente viene consignada en el art. 391 del propio texto legal». (F. J. 16º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con garantías. Escuchas telefónicas. Falta de notificación sin previa declaración del secreto sumarial.**

Recurso: Casación nº 2413/2008  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 704/2009 de fecha 29/06/2009

«..la jurisprudencia de esta Sala en los supuestos de descuidos o inadvertencias en la adopción de la medida del secreto, ha considerado que, como elemento esencial implícito a la misma y presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia de intervención telefónica, y no sólo por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación le privaría de practicidad a la misma, y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad, y el juez no puede contradecirse dictando una medida inútil, que por tal razón sería improcedente e inadecuada hasta el punto de arrastrar la nulidad de la misma y un instructor no dicta conscientemente una medida nula. La sentencia nº 889/2000 de 8-6-2001 claramente expresa esta idea en los siguientes términos: *"para la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones que pudieran ser conocidas por el interesado, mediante el acceso a los autos en que la suspensión debió ser acordada, contituiría paradójicamente una violación del derecho fundamental garantizado en el art. 18-3 C.E., toda vez que la restricción del derecho sería en la práctica absolutamente inútil y no estaría justificada...."*.

El segundo de los argumentos nos lo suministrarían los preceptos procesales que se dicen infringidos. En ambos subrayamos la legitimación establecida para ser beneficiario del derecho a tener conocimiento de las actuaciones.

El art. 302 nos habla de las partes personadas y el art. 118 menciona a toda persona a quien se impute un acto punible, o aquella contra la que se dirija una denuncia o querella imputando un delito, y la persona sospechosa que es sometida a una medida de investigación, sin conocer el resultado final de las escuchas y sin hallarse en posesión de todo el material preprobatorio no ha sido declarada imputada, como es el caso que nos ocupa y por ende tampoco tendría posibilidad de personarse en la causa.

En suma la aplicación estricta de los arts. 302 y 118 L.E.Cr. no atribuye el derecho a conocer el procedimiento, porque se dio un requisito (la adopción de una medida cautelar) pero no concurría el otro "imputación de un acto punible", lo que no puede hacerse sin conocer el resultado final de las escuchas o incluso valorando otros datos incriminatorios de la investigación. No teniendo, pues, el investigado la condición de denunciado, querellado o imputado ni estando personado en la causa carece del derecho a ser notificado de la medida investigadora adoptada». (F. J. 4º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.**

Recurso: Casación nº 684/2008  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 937/2008 de fecha 22/12/2008

«La parte recurrente se ajustó estrictamente a las precisiones del artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y propuso la prueba que ahora se debate como refuerzo de su tesis absolutoria. El escrito de calificación pone de manifiesto que la prueba iba encaminada a buscar una base para declarar la inimputabilidad del acusado.

**10.-** El artículo 728, en su redacción original, todavía vigente, establece que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. No cabe hacer una interpretación literal diciendo que no se solicitó por la parte la petición de prueba porque va en contra de la realidad procesal que se desprende del contenido de calificación. Esta regla no es rígida, establece una excepción en el artículo 729.2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al facultar al tribunal de oficio para ordenar diligencias de prueba no propuestas por las partes e incluso faculta a éstas para ofrecer cualquier diligencia, en el acto de comienzo del juicio oral, y en sus sesiones que puedan influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el tribunal las considera admisibles.

**11.-** Esta última limitación de la excepcionalidad de la prueba para valorar exclusivamente las pruebas testificales ha sido superada por el principio de defensa contenido en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos suscritos por España.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de siembre de 1988, ya lo puso de relieve en el caso Barberá, Messegué y Jabardo y corroborada por la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1994. Por ello, estimamos que el rechazo por extemporaneidad de la prueba solicitada en un caso con los perfiles personales del acusado que ya han quedado reflejados cercena el derecho de defensa. No existía ningún obstáculo procesal para su práctica. Se trataba de contrastar una única prueba pericial forense con otra prueba también de otro médico forense lo que facilitaba su práctica al tratarse de una pericial oficial, fácilmente realizable en el período de un mes que restaba hasta el comienzo del juicio oral y que más adelante se prorrogó hasta 6 meses. En consecuencia, estimamos que la prueba fue indebidamente denegada con detrimento del principio de defensa». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Falta de motivación de las escuchas.**

Recurso: Casación nº 10662/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 629/2009 de fecha 10/06/2009

«..la solicitud de intervención de las líneas telefónicas se basa en desnudas afirmaciones policiales de que se están realizando actividades delictivas de tráfico de drogas, pero sin aportar dato indiciario alguno que sustente tales aseveraciones. Es por ello por lo que las meras afirmaciones categóricas, efectuadas por la Policía, acerca de la comisión del ilícito y de la intervención en el mismo de la

persona investigada, deben considerarse insuficientes (STS de 13 de noviembre de 2007), haciéndose precisa la exposición de las bases con las que los funcionarios, en este caso los guardias, contaron para tener conocimiento de las actividades ilegales, pues sólo valorando el fundamento de éstas y la racionalidad de sus conclusiones puede el Inspector cumplir adecuadamente con la función jurisdiccional que la Ley le encomienda (SSTS de 8 de julio de 2.00 y 11 de noviembre de 2.004). Y el Juez ha actuado de modo mecánico como mero expendedor de la resolución habilitante, como se infiere del contenido del Auto, en el que no aparece más que un muy sintético resumen del Informe Policial y en cuya fundamentación jurídica motivadora o justificativa de la medida, únicamente se hace alusión al "imputado" (masculino y singular) siendo así que las personas cuyos teléfonos se intervienen son tres mujeres y la razón que aduce el Auto son "las continuas visitas al domicilio del imputado de numerosos consumidores habituales de sustancias tóxicas ....." lo que, al margen de ser una afirmación no avalada por dato indiciario alguno parece hacer referencia al domicilio de la imputada (sic) Carmen Barragán, pero nada, absolutamente nada, se menciona en esta resolución que pudiera justificar la intervención de los teléfonos de las otras dos mujeres (Raquel Lobato y María del Mar Jiménez Motos).

No se puede confundir a efectos de la exigible motivación de una medida lesiva de un derecho constitucional la aportación al Juez de auténticos indicios que racionalmente sustenten la posibilidad de una actuación delictiva y que la autoridad judicial pueda analizar para formar juicio sobre la entidad de esos datos indiciarios para fundamentar la medida, con la mera y simple imputación de un delito carente de elementos o datos objetivos contrastables que fundamenten esa afirmación. Es preciso diferenciar y distinguir el "dato objetivo" y el "delito" de cuya existencia el primero sería el indicio, por la razón de que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento de su existencia".

Confirmada, pues, la inconstitucionalidad de la resolución judicial habilitante por falta de indicios o fundadas sospechas que justifiquen el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones, el motivo debe ser estimado, declarándose la nulidad radical e insubsanable de las pruebas obtenidas con esas intervenciones, así como las derivadas de las mismas que quedan contaminadas también de inconstitucionalidad, pues se trata de elementos probatorios conseguidos con las informaciones allegadas por la Policía de aquellas escuchas ilegítimas, y sobre lo cual no es necesario insistir en exceso, dado que la propia sentencia señala reiteradamente que las pruebas de cargo que fundamentan la declaración de culpabilidad de todos los acusados se obtuvieron como consecuencia de las escuchas llevadas a cabo.

Esta estimación del motivo conlleva, asimismo, la declaración de que ha sido vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los acusados al no haber quedado desvirtuada por prueba de cargo lícitamente obtenida y no existir otras pruebas jurídicamente desconectadas de éstas. Por lo que, sin necesidad del examen de los restantes motivos, la sentencia de instancia debe ser casada, dictándose una nueva por esta Sala en la que se absuelva a todos los acusados del delito que les venía siendo imputado, con todos los pronunciamientos favorables». (F. J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Intervenciones previas en otro procedimiento.**

Recurso: Casación nº 10898/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 326/2009 de fecha 24/03/2009

«...**A)** En cuanto se refiere a la falta de incorporación a la presente causa de las actuaciones practicadas en el otro proceso anterior sobre la intervención telefónica a través de la cual se conocieron los indicios de la posible implicación de los acusados aquí recurrentes en el tráfico de drogas, los cuales sirvieron de fundamento para las intervenciones telefónicas ahora cuestionadas, hemos de poner de manifiesto que el derecho al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18.3 de nuestra Constitución, es uno de los derechos fundamentales de la persona, integrante de su derecho a la intimidad, el cual se halla reconocido igualmente en los Convenios y Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España [la Declaración Universal de los Derechos Humanos –art. 12-, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –art. 17-, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –art. 8-, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –art. 7- (v. art. 9.3, 10.2 y 96.1 CE)], por lo que únicamente puede ser restringido mediante resolución judicial motivada.

Como quiera que el art. 11.1 de la LOPJ establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, y, por otra parte, las resoluciones judiciales restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones -por razones obvias- no son notificadas a las personas afectadas por ellas hasta el cese de las mismas, por lo cual éstas no pueden recurrirlas hasta ese momento, recae fundamentalmente sobre las autoridades judiciales la grave obligación de velar escrupulosamente por el pleno respeto de las garantías legales y constitucionales de las medidas restrictivas de estos derechos.

Llegados a este punto, hemos de reconocer que la iniciación de un proceso penal partiendo de testimonios deducidos de otra causa, sobre la base de unos indicios de delito obtenidos en el curso de una intervención telefónica previa, plantea problemas respecto de los cuales no existe una jurisprudencia consolidada y pacífica, como prueban claramente, entre otras resoluciones que podrían citarse al respecto, las sentencias de esta Sala de 29 de diciembre de 2003 y la de 30 de octubre de 2008, dado que, en la primera, se defiende una absoluta dependencia de la nueva causa respecto de las intervenciones ordenadas en la anterior, hasta el punto de imponerse al juzgador el deber de controlar, en todo caso y por propia iniciativa, la plena validez jurídica de aquéllas a la hora de llevar a cabo la valoración de las pruebas practicadas en el segundo proceso, en tanto que, en la segunda, se justifica una razonable autonomía entre ambos procedimientos.

Mas dicho esto, es preciso reconocer también que la tesis de la plena dependencia de la intervención telefónica ordenada en la segunda causa respecto de las practicadas en la primera y que le han servido de fundamento para ordenar la nueva intervención telefónica cuestionada parte de una premisa –implícita, pero



evidente- que no puede admitirse, cual es la de que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse siempre su inocencia, en tanto no se pruebe su culpabilidad (art. 24.2 CE), a los jueces y tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las leyes, en tanto no se pruebe que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio “in dubio pro reo”, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.

La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes a los principios de la buena fe y de la lealtad procesales en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (v. art. 11.1 LOPJ, debiendo significarse que, en presente caso, no ha existido petición alguna a este respecto». (F. J. 2º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones postales. No ampara el envío de paquetes.**

Recurso: Casación nº 10629/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 766/2008 de fecha 27/11/2008

«3.-. Cuestión nuclear en el análisis de la demanda es, por consiguiente, si el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales protegido en el art. 18.3 CE incluye el envío del paquete postal o si la protección de este precepto queda limitada a alguna clase de envíos postales, singularmente, a los que tienen por objeto la correspondencia.

a) Pocas son las resoluciones dictadas por este Tribunal en las que nos hayamos referido a las comunicaciones postales como objeto de la protección constitucional que el art. 18.3 CE brinda, a salvo de las que tienen por objeto las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios, que tienen un régimen constitucional autónomo, dado que el art. 25.2 CE contempla la posibilidad

de limitación expresa de los derechos fundamentales de los reclusos en la Ley penitenciaria y el art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, establece una regulación específica y en su apartado quinto autoriza la suspensión o intervención de las comunicaciones de forma motivada al director del establecimiento dando cuenta de la misma a la autoridad judicial (por todas SSTC 188/1999, de 25 de octubre; 169/2003, de 29 de septiembre).

En primer término, hemos de recordar que el art. 18.3 CE literalmente “garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Varias circunstancias derivan de dicho tenor literal: que el art. 18.3 CE no alude al secreto postal sino al secreto de las comunicaciones postales y que identifica de forma individualizada las comunicaciones postales diferenciándolas de las telegráficas. Por consiguiente, no todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal pues, de un lado, no se refiere al secreto postal y, de otro, también las comunicaciones telegráficas se mencionan expresamente en este precepto constitucional, siendo el servicio de telégrafos uno de los servicios prestados por los propios servicios postales. La noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que el término “comunicaciones” al que se refiere el art. 18.3 CE, sirve para denotar el objeto de protección de este derecho constitucional sea cual sea el medio a través del cual la comunicación tiene lugar —postal, telegráfico, telefónico...—; de modo que la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación.

Pues bien, si el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos. Aunque en la jurisprudencia constitucional no encontramos pronunciamientos directos sobre el ámbito objetivo del concepto constitucional de “comunicación”, sí existe alguna referencia indirecta al mismo derivada del uso indistinto de las expresiones “comunicación” y “mensaje”, o del uso de términos como “carta” o “correspondencia” cuando de la ejemplificación del secreto de las comunicaciones postales se trataba (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

De otra parte, es de señalar que los convenios internacionales sobre derechos humanos tampoco protegen el secreto de toda comunicación postal ni su inviolabilidad. Así, de un lado, el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Y el art. 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos prevé que “1. [n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

De todo ello deriva que la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, 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 es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia.

Varias precisiones son aún necesarias a los efectos de la delimitación de la noción constitucional de correspondencia del art. 18.3 CE. De un lado, en la medida en que los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no solo en papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan —cintas de *cassette* o de vídeo, CD's o DVD's, etc.— la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional. Por ello, se ha de estar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que al efecto atiende a ciertas características externas y físicas —tamaño— del objeto de envío —sobre, paquete—, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes —papeles, cintas, CD's ... Desde esta perspectiva, no gozan de la protección constitucional aquellos objetos —continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional. Ni tampoco gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE 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.

Además, si lo que se protege es el secreto de la comunicación postal quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido.

(...)

d) La delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de correspondencia establecido tanto en la legislación internacional como interna. De un lado, en las normas internacionales de la Unión Postal Universal —Actas del Congreso de Beijing de 1999, cuya ratificación fue publicada en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005— se incluyen dos reglamentaciones diferentes, el Reglamento relativo a los envíos de correspondencia y el Reglamento relativo a encomiendas postales —anexo al BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005. De otro, también reconoce dicha diferencia la normativa de la Unión Europea, cuya Directiva comunitaria 97/67/CE, relativa a las

normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1997, distingue entre el envío postal —art. 2.6— y el envío de correspondencia —art. 2.7. Finalmente, regulan de forma separada ambas clases de envíos la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales —art. 15.2.B, a) y b)— y el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1998 —art. 13.2-.

4. (...) El paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad con lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el art. 18.3 CE, pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: una caja de cartón con un peso aproximado de mil quinientos gramos, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie. Por consiguiente, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del art. 18.3 CE se ha producido (...) ». (F. J. 3º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. La captura de los números de IMEI o IMSI no precisa autorización judicial**

Recurso: Casación nº 10265/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 777/2008 de fecha 18/11/2008

«...En relación a la investigación y captura del IMEI antes referido --petición policial efectuada el 4 de Diciembre de 2006, folio 149-- y autorizante en el auto de 5 de Diciembre de 2006 --folio 153--, ya tiene esta Sala diversas resoluciones coincidentes todas en el sentido de que la captura de los IMSI o IMEI de los teléfonos portátiles en sistema de prepago no exigen una previa autorización judicial, pudiendo ser localizados por la policía científica dadas las posibilidades técnicas existentes.

El código IMSI es un código de identificación único para cada teléfono móvil que se integra por una serie de números, este número puede ser capturado pero su hallazgo no facilita ni permite conocer ni el número de teléfono concernido ni menos su titular. Estos datos solo pueden ser cedidos por la operadora correspondiente.

El código IMEI, acrónimo de International Mobile Equipment Identity, es un código pregrabado que identifica el aparato telefónico, viene a equivaler al número de bastidor del vehículo. Tampoco permite conocer ni el número de teléfono ni el titular, lo que solo es posible si la operadora cede estos datos.

Pues bien, sin desconocer que la STS 130/2007 citada por el recurrente extiende el secreto protegido en el art. 18-3 de la Constitución a la captura de los datos externos, este criterio ha sido modificado en las sentencias posteriores

249/2008 de 20 de Mayo y 630/2008 de 8 de Octubre, pudiéndose citar la sentencia 55/2007 anterior a todas.

Así pues puede estimarse que actualmente la doctrina de la Sala no incluye dentro del secreto protegido por la Constitución, la captura de los números IMEI o IMSI, precisándose solo autorización judicial para que la operadora ceda a la policía los números del teléfono y en su caso el titular del aparato correspondiente al IMEI o IMSI capturado, y esto es lo que ocurrió en el caso actual». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa.**

Recurso: Casación nº 10432/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 816/2008 de fecha 02/12/2008

«...Sin necesidad de reiterar la precisa cita jurisprudencial con la que el Tribunal Superior de Justicia respalda su decisión, conviene recordar nuestra reciente sentencia 486/2008, 11 de julio, en la que apuntábamos el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un *proceso justo*. Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado. En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo. La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar, en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso. Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho. La capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

Estas ideas latén en la jurisprudencia de esta Sala en relación con el problema suscitado. En efecto, la STS 1989/2000, 3 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos del abandono por parte del Letrado de la defensa de su representado. Razona la Sala Segunda –proclamando un criterio interpretativo que ya ha sido acogido con posterioridad, entre otras, por las SSTS 173/2000, 10 de noviembre, 327/2005, 14 de marzo y por el auto 24 de abril de 2003- que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho -ha dicho esta Sala- no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la Vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que

el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.

En definitiva, la decisión del Magistrado-Presidente, cuando acordó no aceptar la extemporánea petición de cambio de Letrado, no vulneró, en modo alguno, el irrenunciable derecho a la defensa que nuestra Constitución otorga a todo imputado (art. 24.2 de la CE). Es más, quien asumió la compleja función de la Presidencia en un supuesto como el que es objeto de examen, lo hizo de modo más que certero, ponderando todos los intereses convergentes y adoptando, en cada caso, la solución precisa para la vigencia de los principios estructurales que informan el proceso penal». (F. J. 1º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Acusado Letrado. Petición extemporánea de cambio de letrado.**

Recurso: Casación nº 1117/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 768/2009 de fecha 16/07/2009

«..Una cosa es que cualquiera que sea parte en juicio pueda cambiar la persona de su letrado en el momento que estime oportuno, dado el principio de confianza básico en la relación profesional entre abogado y cliente, y todo ello con independencia de que en un principio y para el caso de coincidir la condición de imputado junto con la profesional de abogado en ejercicio, se posibilite a través del art. 50 del Estatuto de la Abogacía el ejercicio de la autodefensa, posibilidad contemplada como un derecho del imputado y no como una imposición, obligación o mandato, y no sometida a preclusión alguna, lo que implica que asumida en un primer momento la autodefensa, pueda con posterioridad renunciarse a la misma y valerse de letrado de su libre elección, y otra muy distinta que ese derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 CE, sea ilimitado, pues como se dice en la STS. 985/2006 de 17.10, está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso del derecho, fraude de Ley o procesal, según el art. 11.2 LOPJ.

En efecto el Tribunal Constitucional recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emanada al aplicar e interpretar el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que el derecho de defensa "garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita", sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STC 37/1988, fundamento jurídico 61).

(...)

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1766/2003, de 26 de diciembre, recuerda que "(...) el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado está reconocido como un derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución e implica la posibilidad del interesado de encomendar el asesoramiento técnico en el proceso a un Letrado que merezca su confianza o, en su defecto, a otro que le sea designado de oficio. Es un derecho que también viene expresamente reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro derecho procesal penal, en determinados momentos del proceso, es un derecho de la parte que se convierte al tiempo en un requisito de validez de las actuaciones procesales, pues el legislador ha entendido que, para el correcto desarrollo de las mismas en condiciones adecuadas para una efectiva defensa del acusado, o en general de las partes, es precisa la presencia de un profesional que ostente la dirección jurídica de sus intereses. Así ocurre en el momento del plenario en las causas por delito, en las que la defensa de las partes debe estar necesariamente encomendada a un abogado...En este sentido, es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudulento del derecho con el consiguiente perjuicio para el proceso, reflejado negativamente en los intereses en juego. En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del artículo 11.2 L.O.P.J. siempre que no se acredite una razón objetivamente atendible".

(...)

El acusado, por su condición de letrado en ejercicio, cuando se auto designó para la asistencia jurídica y defensa como Abogado –como acertadamente precisa la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo- “expresamente se acogió a la habilitación que para su propia defensa autoriza el Estatuto de la Abogacía, con los derechos, los deberes, las prerrogativas y las facultades que a éste corresponden. En esa condición ha estado presente en la fase instructora, ha tenido oportunidad de libre intervención en la totalidad de las diligencias practicadas, ha conocido las pericias emitidas y las declaraciones de los testigos, ha tenido conocimiento de los escritos de acusación, ha formulado su escrito de defensa, ha designado procurador que le represente, ha propuesto prueba y, en general, y con rotundidad, se ha visto asistido de todas las garantías que nuestra legislación prevé para el acusado. Y todo ello, además, con la especial circunstancia de que, siendo el acusado letrado en ejercicio, no puede caber duda alguna sobre su pleno conocimiento de la trascendencia de sus actuaciones que, como acusado conoce y, como letrado, libremente realiza en orden, a su propia defensa. Siendo igualmente significativo, e incluso paradójico, que habiendo pretendido cambiar de letrado en el acto de la vista, sea el mismo acusado quien continúa llevando su propia defensa en la formalización del presente recurso de casación.

Consecuente no se aprecia situación alguna de indefensión material, el acusado ha estado en todo momento en situación de poder legítimamente

defenderse y su petición de designación de nuevo letrado fue de todo punto extemporánea y efectuada en fraude de Ley y abuso de derecho, sin que, además, se justifique o explique con alguna razón o dato que pudiera dar credibilidad a su alegación». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Renuncia del letrado de la acusación en la vista oral que equivale a retirada de la acusación.**

Recurso: Casación nº 2529/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar

Sentencia: nº 872/2009 de fecha 23/07/2009

«...Esta Sala ha reconocido en algunos precedentes (STS nº 1149/1992; STS nº 396/2002) el derecho de las partes a cambiar de letrado, si bien, y en relación con el derecho de los demás interesados a un proceso sin dilaciones indebidas, ha resaltado que tal decisión, cuando supone la suspensión del juicio oral, ha de estar especialmente justificada, de manera que quede excluido el uso fraudulento del derecho con la finalidad de retardar la celebración del juicio y, consiguientemente, el final del proceso mediante la sentencia. En este sentido, además de las sentencias ya citadas, se decía en la STS nº 1989/2000, de 3 de mayo de 2001, FJ 1º., que “4. La facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho –ha dicho esta Sala– no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la Vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.

2. De los argumentos del recurrente puede entenderse, tal como hace el Ministerio Fiscal, que viene a alegar que el Tribunal debió suspender el juicio oral y atender a su petición de que le fuera designado un letrado del turno de oficio, ante la renuncia del letrado hasta entonces designado. La renuncia se justificó en la apreciación por parte del letrado de manifiesta parcialidad en el Presidente respecto del mismo. No se trató en definitiva de una retirada de la acusación particular, sino de una renuncia justificada al letrado que hasta entonces ostentaba la dirección técnica.

La cuestión, por lo tanto, es si es admisible la renuncia al letrado en el mismo acto del juicio oral. Partiendo de que se trata de una situación excepcional, es claro que no se puede excluir que pueden plantearse, incluso en ese momento,



diferencias entre el letrado y quien lo ha designado o es asistido por él que podrían justificar esa renuncia. Pero ha de tratarse de aspectos no solo graves, en el sentido de que impidan objetivamente una asistencia letrada efectiva, sino también verificables por el Tribunal, como única forma de evitar el fraude. La renuncia presentada en ese momento del proceso, más si se trata de una causa compleja, solo puede ser aceptada por el Tribunal cuando aparece objetiva y plenamente justificada.

En el caso, la única razón alegada fue la percepción del letrado de cierta posición contraria, de “prevención y rechazo” se dice, por parte del Tribunal, y especialmente de su Presidente. Se trata de una cuestión de gran subjetividad, que parece estar basada en la intervención del Presidente en una fase anterior de los interrogatorios.

Pero es claro que una indebida actuación por parte del Presidente del Tribunal encuentra en la ley suficientes vías de impugnación de la sentencia. Por lo tanto, la renuncia del letrado al tiempo en que se celebra el juicio oral por razones como las alegadas, no es la solución adecuada. Esta Sala ya había advertido (STS nº 1989/2000, ya citada) que el letrado que pretende abandonar la defensa por discrepancias con el Tribunal actúa incorrectamente.

Al no ser necesario que el Tribunal aceptara tal renuncia, el juicio oral debió continuar, sin perjuicio de las consecuencias de la pasividad de la acusación, que, además fue advertida de la necesidad de dictar sentencia absolutoria en aplicación del principio acusatorio en caso de que abandonara los estrados, lo que debería ser entendido como una retirada de la acusación.

El Presidente del Tribunal pudo rechazar la renuncia y acordar que el letrado continuara en estrados hasta el final del juicio, anudando las consecuencias pertinentes en su caso. Si no lo hizo así, fue, sin duda, porque advirtió a la parte de que su abandono se interpretaría como una retirada de acusación, a pesar de lo cual fue llevado a cabo.

En consecuencia, la decisión del Tribunal fue la correcta al rechazar la renuncia presentada en el mismo acto del juicio oral, por lo que los dos motivos se desestiman». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal**

Recurso: Casación nº 11279/2007 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 607/2008 de fecha 03/10/2008

El motivo octavo, al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, y, concretamente, al derecho a una segunda instancia en vía penal, recogido en el art. 14.5 del Pacto Internacional (PIDCyP), según el cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá

derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley”.

Se pone de manifiesto en el motivo que, en la Exposición de Motivos de la reforma de la LOPJ operada por la LO 19/2003, se destaca “la generalización de la segunda instancia penal”, “si bien –se reconoce- es cierto que nuestra legislación procesal no se ha modificado todavía para el reconocimiento pleno, efectivo y real del derecho a la segunda instancia penal, no es menos cierto que el espíritu de esta reforma de la LOPJ confirma la intención de acoger tal derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello por lo que se solicita a esa Sala tener en cuenta estos avances en el reconocimiento de la segunda instancia penal a la hora de tramitar el presente procedimiento”.

El motivo no puede prosperar porque, aunque el art. 10.2 de la Constitución proclama que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y el art. 96.1 del propio texto constitucional establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, es incuestionable que el art. 14.5 del PIDCyP no impone a los Estados firmantes de dicho Pacto la obligación de establecer en sus ordenamientos jurídicos la segunda instancia en el proceso penal. El texto del Pacto lo único que dice es que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”, y esta exigencia la cumple en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de casación penal, que permite a la Sala Segunda del T.S. revisar las sentencias penales condenatorias en cuanto al fallo y a la pena. El Pacto, de modo evidente, no habla de “segunda instancia” ni, en forma alguna, precisa si ésta, en su caso, sería un “novum iudicium” o simplemente una “revisio prioris instantiae”, ni, en el primer supuesto, si ello implica la repetición todos los medios de prueba de la primera instancia, o solamente la de los que no se pudieron practicar en ella o se han descubierto posteriormente, o se puedan considerar procedentes a la vista de la fundamentación de la resolución recurrida.

A este respecto, es preciso destacar también que, según establece el art. 5.1 de la LOPJ, “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, razón por la cual el recurso de casación, tal como actualmente de desenvuelve ante la Sala Penal del T.S., al tener que respetar estas exigencias y teniendo en cuenta que, en la Constitución, se recogen sustancialmente todas las garantías procesales establecidas en los distintos tratados internacionales sobre la materia, ha ensanchado el estrecho marco de la regulación legal, para dar cumplimiento a las referidas exigencias, contando, además, a este respecto con el apoyo legal del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim., en los que se establece que “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”. Ello ha determinado que el Tribunal

Constitucional haya reconocido reiteradamente que el recurso de casación –tal como actualmente se desarrolla, con pleno respeto de las exigencias constitucionales- cumple adecuadamente las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. STC nº 136/2006, FJ 3º), y ello se desprende igualmente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al declarar que la regulación de la segunda instancia compete en buena medida al legislador interno (v. STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Kombrach c/ Francia).

En todo caso, es preciso destacar igualmente que, pese a la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se generaliza la segunda instancia en nuestro proceso penal, al establecerse el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencia Provinciales (v. art. 73.3.c) LOPJ), es lo cierto que, hasta el momento, no se han publicado las necesarias normas procesales complementarias y que, por ello, tampoco es posible denunciar en el trámite casacional la falta de dicho recurso, teniendo en cuenta además que, en todo caso, las leyes procesales no tienen efecto retroactivo (v. STS de 11 de diciembre de 2006).

Por las razones expuestas, procede la desestimación de este motivo». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones: captación del IMSI.**

Recurso: Casación nº 10999/2007 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 40/2009 de fecha 28/01/2009

«**B)** En cuanto a la obtención del nº *IMSI* el recurrente tan sólo afirma que se obtuvo sin autorización judicial, y no concreta a qué terminal telefónico afectó tal operación o qué comunicaciones telefónicas fueron afectadas, ni tampoco con relación a qué titulares y usuarios. Siendo así habrá que efectuar determinadas y necesarias precisiones:

**a)** En primer lugar que el *IMSI* no es sino el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity* (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (*Subscriber Identity Module*) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (*Mobile Station Integrated Services Digital Network*), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.

Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214, que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil.

**b)** Es posible obtener el *IMSI* de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar.

**c)** La Doctrina especializada suele entender que el *IMSI*, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el *IMSI* equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o *International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil)*, que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando "asterisco, almohadilla, 06, almohadilla", y pulsando la tecla verde "llamar".

Tanto con el **IMSI** como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

**d)** Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Así, se suele decir que, como se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo), la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del **IMSI**, mediante estos "prismáticos especiales inalámbricos".

Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o "pinchazos" telefónicos». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto del sumario y derecho de defensa. Jurisprudencia del TEDH.**

Recurso: Casación nº 10386/2008 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 618/2008 de fecha 07/10/2008

«...El manejo del secreto del sumario tiene que ser ponderado en cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los hechos, al peligro que representan para la paz social, a las características personales de los investigados y a la mayor o

menor complejidad de la investigación atendiendo al número de implicados y a las dificultades intrínsecas de lo que se trata de investigar. Por todo ello, no dudamos en afirmar que la declaración de secreto de las actuaciones está ajustada a las previsiones de la legalidad, constitucional y procesal.

**15.-** Lo que debemos dilucidar es si esta duración incidió de forma efectiva y concreta, no abstracta, sobre el derecho de defensa de los implicados y sí, de alguna manera, el examen de la actividad procesal, nos lleva a la convicción de que efectivamente los acusados y sus defensas pudieron disponer de elementos efectivos de defensa sobre todo encaminados a desvirtuar aquellas pruebas que a la postre han servido para dictar la sentencia que ahora se recurre.

**16.-** Acudiremos a la jurisprudencia asentada y homogénea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), respecto del artículo 5. 4 CEDH, conforme al cual deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española por remisión expresa del artículo 10.2 CE. Como es sabido, el artículo 5. 4 CEDH establece:

*"Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie un breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y orden supuesta en libertad si fuera ilegal".*

**17.-** El TEDH tiene declarado que la efectividad de este derecho sólo puede garantizarse en la medida en que la persona afectada por la privación de libertad se encuentre en condiciones de impugnar tal medida cautelar y sólo se darán tales condiciones cuando se le haya permitido acceder al material acumulado durante la investigación, para así contradecir cualquier indicio en su contra, en situación de igualdad de armas con la acusación pública.

**18.-** La doctrina al respecto del TEDH es nítida y reiterada. Podemos resumirla con la siguiente cita de su Sentencia dictada en el asunto Shishkov c. Bulgaria (no. 38.822/97, de 9 de enero de 2003, & 77):

*"A la vista del dramático impacto que la privación de libertad supone sobre los derechos fundamentales de la persona afectada, el procedimiento que se siga de acuerdo con el artículo 5. 4 del Convenio debe respetar el principio, en el mayor grado posible que permitan las circunstancias de la investigación en marcha, los requisitos básicos de un juicio justo.*

*La igualdad de armas no resulta asegurada si se niega a la defensa el acceso a aquellos documentos contenidos en el expediente que resultan esenciales para poder combatir efectivamente la legalidad -entendida ésta en el sentido del Convenio- de la privación de libertad de su defendido. El concepto de legalidad de la prisión provisional no se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos procesales previstos en la ley interna, sino que también afecta a la razonabilidad de los indicios que fundamentan la detención, la legitimidad de los objetivos perseguidos por la detención y la justificación de la subsiguiente prisión provisional".*

*El Tribunal entiende la necesidad de que las investigaciones criminales se practiquen de forma eficiente, lo que puede implicar que una parte de la información adquirida durante las mismas sea mantenida en secreto para evitar que las personas investigadas puedan interferir con las pruebas y perjudicar la acción de la justicia. Sin embargo, este objetivo legítimo no puede conseguirse a expensas de una restricción sustancial del derecho de defensa. Por ello, la información que resulte necesaria para comprobar la legalidad de la privación de libertad de una persona debe ponerse a disposición de manera apropiada al abogado del imputado (ver entre otros precedentes Lamy c. Bélgica, Sentencia de 30 de marzo de 1989, Serie A no. 151, pp 16-17, & 29, Nikolova, citado más arriba, & 58 y García A. c. Alemania, no. 23541/94, 13 de febrero de 2001, && 39-43)".*

**19.-** A la vista de lo que se desprende de estas actuaciones y otras de igual naturaleza, estimamos que la redacción originaria del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (año 1882) que establecía un plazo máximo de un mes para mantener el secreto de las actuaciones con prórrogas limitadas por necesidades del derecho de defensa, ha quedado desbordada por la necesidad de afrontar modalidades de delincuencia organizada que por su peligrosidad y por la opacidad de su entramado organizativo aconsejarían extender el período mínimo más allá del mes que se contempla actualmente. Ahora bien, en ningún caso se deben admitir períodos de duración que afecten a derechos tan fundamentales como el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de armas en el proceso.

**20.-** En el caso presente, desde la perspectiva de la defensa efectiva, los letrados de la defensa dispusieron de tiempo suficiente para articular pruebas contradictorias, solicitar nuevas traducciones e impugnar, como realmente lo han hecho, la validez de determinadas pruebas. En todo caso, no se niega la realidad de los textos transcritos en el hecho probado, cuya fuerza inculpatoria es la base del debate». (F. J. I)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tipo privilegiado del art. 376 CP.**

Recurso: Casación nº 10999/2007 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 40/2009 de fecha 28/01/2009

«El art. 376.6 CP dispone que: *"en los casos previstos en los arts. 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de la organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido"*.

La reforma introducida en el precepto por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cuanto que suprimió la exigencia de *"presentarse a la autoridades*

*confesando el hecho*", facilita mucho la toma en consideración de este supuesto de atenuación de la pena en un caso como en el que nos ocupa, bastando para ello el abandono de las actividades y la colaboración prestada». (F. J. 26º)

### **DESISTIMIENTO. Diferencia entre desistimiento "activo y tentativa".**

Recurso: Casación nº 10272/2008 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 867/2008 de fecha 15/12/2008

«..Los Jueces "a quibus" consideraron que, en esta ocasión y hasta donde ha sido posible acreditar con la debida suficiencia lo acontecido, nos hallamos ante un supuesto de desistimiento activo con consecuencias de impunidad, descrito en el apartado 2 del artículo 16 del Código Penal, en tanto que quien recurre afirma que el aplicable, en este supuesto, es el apartado 1 de dicho artículo 16 y, por ende, que la conducta del acusado se hace merecedora de la correspondiente sanción como tentativa de Asesinato.

Por consiguiente, la primera cuestión a dilucidar, antes de pasar a decidir sobre la corrección de la aplicación o inaplicación de la norma por el Tribunal "a quo" a los hechos declarados como probados, y aquí intangibles dado el cauce casacional utilizado, es la verdadera diferencia entre las hipótesis contempladas por nuestro Código en esos dos apartados, 1 y 2, del artículo 16, es decir, entre los actos que han de contemplarse como tentativa de delito y aquellos otros que integran, tan sólo, la figura del "desistimiento activo" con efectos absolutorios. Distinción que, como ha tenido ocasión de decir ya esta Sala (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de Febrero de 2002, por ejemplo), estriba en razones de estricta política criminal, como opción legislativa, tendente a favorecer las actitudes de evitación de la lesión efectiva del bien jurídico por la voluntaria renuncia y decisión de desistimiento del autor mismo de la conducta ilícita cuya ejecución ha dado comienzo.

De este modo la semejanza entre uno y otro supuesto, la forma imperfecta de ejecución del delito y el desestimiento impune tan sólo sancionable respecto de la responsabilidad que al autor le incumba en relación con los actos ya ejecutados en sí mismos constitutivos de un delito o falta, estriba en la realización de hechos integrables en la fase externa del delito tanto como en la ausencia final del resultado no alcanzado.

Mientras que la diferencia entre ambas figuras consiste en la razón causal de esa ausencia de producción del resultado que, mientras que en la tentativa se encuentra *"...en causas independientes de la voluntad del autor"*, en el desestimiento responde a la voluntaria evitación de la consumación del delito.

Evitación que, según la literalidad del precepto, puede producirse *"...bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado..."* y, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que le interpreta y sirve de complemento, *"tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando él mismo desencadena o provoca la*

*actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen”* (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 15 de Febrero de 2002).

En estos casos nos encontraríamos, desde el fundamento dogmático de la solución de impunidad, ante una causa de exclusión de la tipicidad de la tentativa (SsTS de 9 de Junio de 1992 y 24 de Febrero de 2005) o una excusa absolutoria incompleta (según el Acuerdo del Pleno que se acaba de citar), justificada en la desaparición de la situación de peligro y el cese de la intranquilidad social, en la pérdida de la intensidad en la voluntad delictiva o en el voluntario retorno del autor al orden jurídico.

Y, evidentemente, esa decisión de desistir no debe ser consecuencia de la aparición de obstáculos insuperables para la ejecución del ilícito, que eliminarían el carácter voluntario de la misma (STS de 24 de Febrero de 2005), aunque por otro lado resulta irrelevante su motivación (STS de 17 de Febrero de 2001).

Ante semejante doctrina, la valoración probatoria llevada a cabo en esta ocasión por la Audiencia, que no admite aquí cuestionamiento alguno, condujo a la declaración como probados de los siguientes hechos:

*“El acusado entonces se sentó en el asiento trasero del vehículo y, desde detrás, y mientras aquella se hallaba atada, le cogió la cabeza con las dos manos, y le tapó con ellas la nariz y la boca durante un tiempo cuya duración no ha quedado determinada, con la intención inicial de acabar con su vida. Consta asimismo que el taponamiento de la nariz y la boca descrito no llegó a impedir totalmente la respiración de la Sra. L.*

*Trás unos instantes el acusado dejó de presionarla con las manos, momento en que la Sra. L. comenzó a toser y llorar, y en que el acusado empezó a decir que lo sentía mucho y que no sabía lo que había hecho.”*

Posteriormente, ya en el Fundamento Jurídico Primero de su Resolución, el Tribunal “a quo” motiva pormenorizadamente la justificación probatoria de esa narración fáctica, argumentos en los que, como ya se ha repetido, no podemos entrar, dado el cauce casacional en el que nos hallamos (art. 849.1º LECr), pero que, en cualquier caso, han de reputarse como plenamente razonables y lógicos, entre los que, no obstante, sí que hay que destacar, por su indudable vocación fáctica y carácter complementario favorable al reo, expresiones tales como la de que “...la obstrucción de las vías aéreas de la víctima no fue total, de modo que la víctima, pese al taponamiento de la boca y de la nariz, podía seguir respirando parcialmente...” o que “...el Sr. (sic) G. dejó de tapar la nariz y la boca de la Sra. L. cuando era evidente que todavía estaba viva.”

Nos hallamos, por consiguiente, ante el comienzo de la ejecución de un delito de Asesinato, cometido mediante asfixia de la víctima, en el que, indudablemente, no llegan a realizarse todos los actos necesarios para su consumación, lo que, no obstante, podría constituir inicialmente un supuesto de tentativa.



Pero en el que esa ausencia de resultado, por incompleta ejecución de los actos necesarios para su producción, deviene precisamente de la decisión voluntaria del autor que, sin presentarse obstáculo alguno impeditivo para la culminación de su inicial propósito criminal, ya que contra las hipótesis esgrimidas en este sentido por la recurrente lo cierto es que no consta circunstancia de esa clase en el relato de hechos probados, desiste de culminar su originario designio homicida.

De modo que la base fáctica responde en esta ocasión, de forma concluyente y precisa, a la previsión legal del apartado 2 del artículo 16 del Código Penal, correctamente aplicado, con sus consecuencias de impunidad, por la Sentencia recurrida». (F. J. 1º)

### **DETENCIÓN ILEGAL. Actuaciones preventivas de la Fuerza Policial.**

Recurso: Casación nº 2317/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lurca

Sentencia: nº 677/2009 de fecha 16/06/2009

«La Ley Orgánica 1/1992 permite determinadas actuaciones preventivas a los agentes policiales. Así, el artículo 19.2 2, permite a los agentes, para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. Y en el artículo 20 se autoriza a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y a realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la Ley. Igualmente, el apartado segundo, en el caso de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

Igualmente, su función de averiguación de los delitos e identificación y aseguramiento de los delincuentes les permiten imponer a los ciudadanos determinadas restricciones momentáneas en sus derechos. Así, por ejemplo, las derivadas del cacheo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven afectados

por las diligencias de cacheo e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de la Policía. Pero es claro que quedan excluidas de esa cobertura las actuaciones injustificadas.

Así pues, tales restricciones pueden deberse al establecimiento de controles, que deben estar justificados en su consideración como medida general en cada caso, y solo en relación al control superficial de los efectos personales, salvo que su resultado aconseje otra cosa; o, en otros supuestos, cuando se refieren a personas concretas fuera de los referidos controles y exceden de las diligencias imprescindibles de identificación, deben encontrar una justificación en una sospecha razonable de la comisión de un delito, y solo se justifican cuando, además, se emplea el tiempo imprescindible. Pero, en todo caso, las sospechas que mueven la actuación policial no pueden ser ilógicas, irracionales o arbitrarias y debe respetarse el principio de proporcionalidad.

3. Debe concluirse, por lo tanto, que en el caso, la obligación impuesta a los denunciantes de permanecer a disposición de los acusados recurrentes en las inmediaciones de la explanada de la gasolinera durante más de una hora, cuando no existían razones previas y, además, el registro superficial de sus efectos no había arrojado resultado alguno y no existían otras razones para sospechar de la comisión de un delito que pudiera justificar la prolongación de la investigación en aquellas circunstancias, integra un delito de detención ilegal por cada persona detenida, del que son autores los acusados». (F. J. 2º)

#### **DETENCIÓN ILEGAL. Acuerdo del Pleno de 27/01/2009: interpretación del art. 167 y 163.4 CP.**

Recurso: Casación nº 454/2008

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 197/2009 de fecha 03/03/2009

*«A pesar de la generalidad de la expresión del artículo 167 del Código Penal englobando la comisión de todos los hechos descritos en los artículos anteriores, no parece posible que entre ellos pueda incluirse la figura del número 4 del artículo 163, **que parece sólo podrá cometer un particular, aunque, tal vez, cabe la comisión por autoridad o funcionario** cuando sus funciones incluyan la detención de personas para presentarlas inmediatamente a otra autoridad.»*

A su vez, la STS de 29 de Marzo de 2006, junto con un análisis de otras Resoluciones partidarias de la compatibilidad entre ambos preceptos, concluye en la solución negativa para el caso analizado, en los siguientes términos:

*Pues bien, la conclusión que se deriva de las dos sentencias analizadas más in extenso es clara en el sentido de que por un lado cuando con plena consciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado*

*del párrafo 4º del art. 163, y por otro lado, en orden a la autoría es evidente que ésta se concentra en el que decide la detención y que ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo las instrucciones de aquél la lleva a cabo presentando al detenido en la Comisaría.*

...

Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a **“El particular....”**, lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a **“El particular que encerrare o detuviere a otro...”**

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje “contra reo”, excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aún cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el “plus” en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga

sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

Y así, como quiera que basta leer la narración fáctica contenida en la Resolución recurrida para comprobar que la conducta del recurrente fue precisamente coincidente con la previsión legal establecida en el repetido apartado 4 del artículo 163, ya que se limitó a conducir a la víctima a las dependencias policiales, donde le presentó, siendo puesto en libertad algún tiempo después por los funcionarios que prestaban servicio en esas dependencias, una vez decidida la posibilidad de remisión al referido supuesto atenuado de los actos de privación ilegal de la libertad cometidos por funcionario público, a los que se refiere el artículo 167, resulta obviamente de aplicación, con estimación del presente motivo, el aludido supuesto, debiendo proceder a continuación al dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias derivadas de esta estimación y de la nueva calificación jurídica de los hechos enjuiciados». (F. J. 3º)

#### **DETENCIÓN ILEGAL. Distinción con el delito de coacciones.**

Recurso: Casación nº 10318/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lurca

Sentencia: nº 935/2008 de fecha 26/12/2008

«1. En algunos precedentes (STS nº 2/2003, de 9 de enero) hemos señalado que “Tanto el delito de detención ilegal (art. 163 C. Penal) como el delito de coacciones (art. 172 C. Penal) son delitos “contra la libertad” (Título VI del Libro II del Código Penal). El bien jurídico protegido por ambos tipos penales lo constituye, por tanto, la libertad individual. Se distinguen, no obstante, porque el segundo delito, consistente en impedir a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sin estar legítimamente autorizado para ello, viene a constituir el género dentro de este tipo de conductas injustamente restrictivas de la libertad del individuo, y el primero, consistente en encerrar o detener a otro, privándole de su libertad, es una conducta específica dentro de aquel género, pues afecta concretamente a la libertad deambulatoria de la persona”.

En el caso de las coacciones puede producirse una cierta restricción de la libertad de movimientos, pero no se anula de forma total. Sin embargo, en la detención ilegal se produce una privación de la libertad ambulatoria, mediante acciones consistentes en encerrar o detener, de forma que la víctima queda imposibilitada para abandonar el lugar donde se encuentra». (F. J. 4º)

#### **DETENCIÓN ILEGAL. Elementos del subtipo atenuado descrito en el art. 163.2 CP.**

Recurso: Casación nº 10318/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lurca

Sentencia: nº 935/2008 de fecha 26/12/2008

«1. El artículo 163.2 del Código Penal establece la pena inferior en grado para el delito de detención ilegal del apartado primero, cuando el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Se trata de un subtipo atenuado para cuya aplicación han de concurrir las circunstancias previstas legalmente. El tipo básico de la detención es el previsto en el apartado primero, de manera que el ahora examinado solo es aplicable cuando se acredite la concurrencia de los requisitos que exige la ley. Una vez producida la detención, pues, no es procedente argumentar que no se ha probado el propósito de mantener la detención más allá de los tres días cuando la liberación se ha producido por causas ajenas a la voluntad del autor antes de los tres días.

El precepto exige tres condiciones. De un lado, que sea el autor quien da libertad al detenido o encerrado, lo que excluye los casos en los que sea la actividad de la víctima lo que ocasiona la cesación de la situación de detención. La STS 74/2008, de 30 de enero, recuerda que la “STS 574/2007, recogiendo nuestra Jurisprudencia precedente (SSTS 695/2002, 674/2003 ó 628/2004), señala que la aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal exige que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto activo, y, consecuentemente, niega la atenuación cuando ha sido el sujeto pasivo o terceras personas quienes, sin concurso del responsable del delito, han hecho cesar la situación ilegal. Es decir, la liberación del sujeto pasivo del delito, que premia una especie de arrepentimiento durante el iter criminis, en su fase comisiva, tiene que ser absolutamente espontánea por parte de su autor, sin venir mediatizada en modo alguno por el comportamiento del sujeto pasivo, de modo que los actos de liberación de éste, aun conocidos por quien le priva de libertad, no obedecen a su propia determinación, sino a la iniciativa de la víctima. Véase en este sentido también la Sentencia 674/2003, de 30 de abril. Esta es la doctrina jurisprudencial que se ha seguido hasta el momento, sin perjuicio de la existencia de algún fallo aislado, que se basa en situaciones fácticas no completamente asimilables a este caso, y sin perjuicio de la Jurisprudencia que aplica dicho tipo atenuado en supuestos de negligencia en la captura para mantener la privación de libertad”. En sentido similar, la STS nº 574/2007, de 30 de mayo.

No obstante, en algunas ocasiones se ha apreciado la voluntariedad en la puesta en libertad cuando la conducta del autor, objetivamente, implica de forma clara la puesta a disposición del detenido o encerrado de los medios necesarios para recuperar la libertad, aun cuando para ello fuera precisa alguna clase de actividad, de índole menor, por su parte. Así, se decía en la STS nº 1108/2006, de 14 de noviembre, que “esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención”, (...) “sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata”.

2. De otro lado, como segundo requisito, el precepto exige que el autor no haya conseguido su propósito. El subtipo atenuado no es aplicable a los casos en los que el autor haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues entonces ya la privación de libertad de la víctima carece de interés

para él, desapareciendo la necesidad de reconocer una conducta teñida de un cierto arrepentimiento que el tipo pretende privilegiar, en cuanto redundaría en beneficio de los derechos antes atacados. No obstante, en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días. En la STS nº 601/2005, de 10 de mayo, no se excluía, con cita de otras, “que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS 1400/2003 de 28.10, 421/2003 de 10.4, 1499/2002 de 16.9)”.

3. La tercera exigencia legal se refiere al plazo dentro del cual ha de producirse la liberación de la víctima. Las resoluciones jurisprudenciales que se acaban de citar contemplaban también la posibilidad de aplicar este subtipo en los casos en los que la libertad no se produjera por un acto del autor, siempre que estuviera absolutamente claro que en ningún caso, dadas las circunstancias, la detención se prolongaría más allá del plazo de tres días, siempre que además no persiguiera ningún propósito identificable más allá de los propios efectos de la detención. Se trata de supuestos muy excepcionales, aunque ello no ha impedido su reconocimiento puntual. No puede entenderse, sin embargo, que tales resoluciones impliquen el establecimiento de una doctrina general en el sentido de que tal voluntad del autor debe presumirse en todo caso en que no exista una precisa determinación de las características de su propósito ulterior o de su pretensión de mantener la detención por un determinado periodo de tiempo». (F.J. 3º)

## **DETENCIÓN ILEGAL. Elementos del tipo básico descrito en el art. 163 CP.**

Recurso: Casación nº 10318/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Larcía

Sentencia: nº 935/2008 de fecha 26/12/2008

«1. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que “el delito de detención ilegal supone la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo mediante conductas que puedan ser comprendidas en el significado de los verbos encerrar o detener. Es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante” (STS nº 812/2007, de 8 de octubre). En sentido similar, se decía en la STS nº 790/2007, de 8 de octubre, que “los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son “encerrar” y “detener”. En ambos casos, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica

también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994). Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro". Y que esa privación de libertad sea ilegal. 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia"». (F.J. 2º)

### **DROGADICCIÓN. Configuración como eximente completa o incompleta y como atenuante.**

Recurso: Casación nº 1485/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 158/2009 de fecha 17/02/2009

«..La sentencia parte de que la exención ha de afectar también a la facultad de comprender y supone un deterioro de la personalidad importante y significativo. Y, dado que no concurre esa premisa, excluye la exención.

Aun aceptando la diversidad de las facultades volitivas respecto de las intelectivas, no cabe olvidar que lo que en definitiva ha de valorarse es el resultado sobre la capacidad de autodeterminación cuya plena anulación es posible incluso desde la específica afectación de una de aquellas dos clases de facultades. En efecto si la capacidad volitiva es anulada, por muy consciente que permanezca el sujeto, es obvio que no se la podría exigir una conducta contraria a la observada bajo tal supuesto de anulación de su libre voluntad.

Pero lo que no puede ignorarse es la diversidad de supuestos de que parten las causas de exención por toxicomanía -artículo 20.2 y 21.1, en relación a aquél, del Código Penal- respecto de la atenuante específica -artículo 21.2 también del Código Penal- actuación a causa de drogadicción..

La exención -completa o incompleta- deriva de la producción de un "estado" de intoxicación plena -o menor, si se trata de exención incompleta- o de actuación bajo el denominado "síndrome de abstinencia". Tal estado ha de producir unos efectos sobre la capacidad de culpabilidad del autor. Ésta debe aparecer anulada -o muy mermada, en la exención incompleta- porque se anulen, o mermen las facultades de comprensión de ilicitud del acto y de que el comportamiento se acomode a dicha comprensión.

La atenuante se funda por la concurrencia de un doble requisito: **a)** la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser "grave", calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma y **b)** que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiendo por tal, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción.

En dicha hipótesis, la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo.

Lo que la sentencia toma en consideración, pese al discurso de los hechos probados, es, como dice al justificar la atenuante aplicada, que la toxicomanía de la acusada ha sido "elemento configurador de la acción llevada a cabo por la misma". Es decir que la venta de la droga no es más que el recurso al que acude para poder obtener la que utiliza para aplacar los efectos de su propia adicción.

Sitúa pues con acierto la toxicomanía detectada en el ámbito de la atenuante específica. La del artículo 21.2 del Código Penal. Pero yerra al acudir a criterios de ponderación propios de la eximente, completa o incompleta. Porque lo relevante es la fuerte **intensidad de la influencia** de la adicción para conducirla a la delincuencia **funcional**. En ese sentido, proclamada como probada la importante intensidad de la misma debió considerar la atenuación como muy cualificada. Con las consecuencias establecidas en el artículo 66.2º del Código Penal. Y, solamente en esa medida es estimable el recurso. Como también estima el Ministerio Fiscal que apoya el recurso en este particular, considerando que estamos ante un caso extremo (sic) de adicción a la droga, al tratarse de una adicta desde los 16 años que cuenta en la actualidad con 46, proclamando incluso que se trata de candidata a la aplicación del artículo 80 del Código Penal para penados con padecimientos graves e incurables, ya que padece infección por VIH con desarrollo SIDA en estado C3 y hepatopatía crónica por virus C». (F. J. 5º)

### **ENSAÑAMIENTO. Agravante específica y circunstancia que cualifica el homicidio como asesinato.**

Recurso: Casación nº 11271/2008 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 690/2008 de fecha 25/06/2009

«1.- En el ordinal segundo cuestiona este penado la aplicación de la agravante de ensañamiento. Y lo hace por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 140 y 139.3º del Código Penal, lo que obliga a mantener el más absoluto respeto a los hechos tal como son declarados en la sentencia de instancia.

2.- Dos son los lugares en los que el Código Penal aborda la agravación de la responsabilidad por razón del sufrimiento de la víctima o del ofendido por el delito. De manera genérica en el artículo 22.5ª y de manera específica, utilizando solamente, en este caso, la denominación de ensañamiento, en el artículo 139.



La Jurisprudencia no ha puesto un especial cuidado en deslindar las consecuencias que pudieran derivarse de la diversidad de descripción que, de sus requisitos, hace el legislador en uno y otro de esos lugares. Pueden consultarse entre las Sentencias más recientes núms. 99/2009 de 2 Febrero, 949/2008 de 27 Noviembre y 713/2008 de 13 Noviembre.

De manera general, puede decirse que este Tribunal ha perfilado como elementos de la agravación los siguientes:

**1º.-** La entidad del daño causado. Respecto de éste se ha dicho, sin matizar las diferencias entre agravación genérica y específica, que ha de evaluarse desde una perspectiva relativa, de suerte que la *medida* necesaria para la agravación exigiría una *comparación*.

Ahora bien, el término de comparación es, sin duda, en la agravante genérica del artículo 22.5 el padecimiento *necesario* para poder ejecutar el delito. En la agravante específica de ensañamiento del artículo 139, por el contrario, no se expresa tal término de comparación para establecer que se rebasa el canon que da lugar a la cualificación del delito. Aunque parece presuponer la necesidad de parangonar, dado que requiere que el daño implique un *aumento*, concepto que implica dos medidas, de las que una supone entidad *mayor* que la otra. En todo caso el objeto del aumento lo ha de ser el *dolor del ofendido*. Concepto de escasa diferencia respecto al *sufrimiento de la víctima* de que habla la agravante genérica.

Donde la asimilación de discurso, el del artículo 22.5 y el del 139, es más difícil, es en el *criterio de referencia para la comparación*.

En la agravante genérica se sitúa claramente en el ámbito "económico" de la dinámica de comisión. Lo relevante es que la diferencia de entidad del dolor **sea inútil por innecesaria** para obtener los objetivos que busca la acción típica.

Pero esa perspectiva no está explícita en la agravante específica del artículo 139. De ahí que en alguna resolución este Tribunal haya estimado la agravante cualificadora de asesinato, aunque el daño causado por el sujeto activo se mostró insuficiente para conseguir la muerte de la víctima. Como en el supuesto de la Sentencia nº 1089/2007 de 19 Diciembre, rec. 10301/2007, siquiera en ella se insista en que los actos que dan lugar a la agravación son los que se realizan además de los necesarios objetivamente para causar la muerte con el deseo de incrementar el sufrimiento.

Por otra parte no cabe olvidar que la **consecuencia agravatoria** en la medida de la pena de la agravante de ensañamiento en el delito de homicidio **es diversa** de la que reporta la concurrencia de la agravante genérica. Así ésta, conforme al artículo 66 del Código Penal, incluso si concurre con otra, solamente da lugar a la imposición de la pena en la mitad superior, determinando la imposición de la superior en grado solamente si concurre como tercera agravante. Por el contrario, en el homicidio, si concurre sola, ya da lugar a la diversidad de tipo con superior pena (asesinato) y agrava aún más la pena de éste nuevo tipo si concurre con la alevosía o con la agravante de precio recompensa o promesa. Lo

que, si bien lleva a una interpretación más estricta, sugiere que la **naturaleza del supuesto que la determina es diverso de la del que da lugar a la genérica.**

En consecuencia, por un lado, los supuestos en que se causa dolor a la víctima gratuito por disfuncional darán lugar a la cualificación del homicidio como asesinato si revisten suficiente intensidad como para justificar la importante consecuencia en la medida de la pena, pero, por otro lado, cuando ese dolor adquiere ese canon de crueldad de especial intensidad, al que luego nos referiremos, deberá estimarse el ensañamiento aunque todos los actos sean funcionales para el objetivo de privar de vida a la víctima, se consiga o no dicho resultado letal.

Y es que resulta fácil comprender que la elección de un método torturante cruelmente doloroso no puede excluir la agravante cualificadora del asesinato, por más que los singulares actos, en que aquel método se dispone en la estrategia criminal, sean todos funcionales y objetivamente necesarios al cumplimiento de sus previsiones.

En conclusión la funcionalidad de acto crueles no es necesaria, pero tampoco suficiente, a los efectos del art. 139 del Código Penal.

**2º.-** Que el daño implique un dolor o sufrimiento, lo que requiere que el ofendido o la **víctima se encuentre en condiciones de experimentar** ese daño, por lo que la agravación no es posible si, por ejemplo, ya ha fallecido cuando el sujeto comete los actos por los que se cuestiona la posibilidad de agravar su responsabilidad. Lo que ocurre en este caso sólo respecto de los intentos de estrangulamiento de la víctima, porque ésta, en ese momento, ya había fallecido.

**3º.-** Que el daño merezca ser calificado como **inhumano**. Lo que quiere decir que supone *crueldad*, calidad que, si bien referida al autor connotaría complacencia en el daño, en el contexto de la descripción legal de la agravante, que relaciona esa nota con el resultado de la acción, predica únicamente *intensidad* del padecimiento en medida tal que cabe tildarlo de *insufrible* para el común de los seres *humanos*.

**4º.-** Que el sujeto activo *perciba* que causa, y se *proponga* precisamente obtener, ese incremento de dolor o sufrimiento. Eso y no otra cosa supone la exigencia típica de la **deliberación**, que más connota *tiempo* en la formación de la decisión que referencias a estados *emocionales* en el autor, los cuales, por ello, son irrelevantes, salvo en la medida que justifiquen la exclusión de aquella demorada reflexión, que la deliberación implica.

**5º.-** En los hechos probados se afirma: que, tras el fracaso de la primera búsqueda del objeto a sustraer, este recurrente y D. Adolfo, comenzaron a golpearle indistintamente por todo el cuerpo con el bate y a patadas; le ataron las manos, le colocaron un saco en la cabeza, que anudaron al cuello con una cuerda, lo arrastraron y volvieron a golpear a patadas tras el segundo fracaso de la búsqueda de lo que deseaban robar, dirigiendo los golpes de bate y patadas contra la cara, la espalda, las piernas y el pecho, mientras el anciano suplicaba clemencia, saltaron sobre su pecho y le pisotearon la cara. De tal suerte que el cuadro de

lesiones predicaba la entidad de la agresión: luxación de ambas articulaciones mandibulares, fractura nasal abierta, heridas diversas en zona frontoparietal, mano derecha, múltiples focos contusos en ambos pulmones, fisura de tercio medio de esternón, y múltiples fracturas de costillas desde la 2ª a la 9ª en lado derecho y que en varias era dobles y las costillas de la 2ª a la 12ª del lado izquierdo. El fallecimiento se produjo como consecuencia de shock hipovolémico.

Ninguna duda se nos alcanza sobre: **a)** la enormidad del sufrimiento que acarrea la estrategia lesiva acometida, que, sean funcionales o gratuitos los citados golpes para causar la muerte, ha de calificarse de cruel e inhumano y **b)** que el tiempo invertido implica, no solo ausencia de improvisación, sino persistencia en la adopción de la decisión de producir el dolor a la víctima, a lo que no se opone el estado de ánimo, "encolerizado", de los autores.

Por ello, al compartirse la calificación de ensañamiento de la recurrida, el motivo se rechaza». (F. J. 2º)

### **ERROR DE HECHO. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 2084/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 604/2008 de fecha 10/10/2008

«..La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna». (F. J. 5º)

### **ESTAFA. Concepto de “especial gravedad”: cambio jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 2464/2007

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 662/2008 de fecha 14/09/2008

«..El tercer motivo, por la vía del *error iuris* denuncia como indebida la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad del nº 6 del art. 250 C.Penal y su incompatibilidad con la continuidad delictiva y con las concurrencias penológicas derivadas del art. 74 C.Penal. Se estima que la doble aplicación efectuada supone una vulneración del principio *non bis in idem*.

En relación a esta cuestión hay que referirse al reciente cambio jurisprudencial operado a través del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de Octubre de 2007.

Para una mejor comprensión de la relación existente entre la estafa agravada por su especial gravedad y la continuidad delictiva y el respeto al límite de no sancionar dos veces una misma situación, hay que referirse a la doctrina de la Sala antes de ese Pleno y con posterioridad a él.

Antes de dicho Pleno, de una manera sintética se contemplaban dos situaciones:

a) Pluralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías que aisladamente consideradas, ninguna de ellas superaba los 36.060'73 euros --seis millones de ptas.--. En tal caso la doctrina de la Sala era la de aplicar exclusivamente la continuidad delictiva del art. 74, pero solo el párrafo segundo dada su especialidad al tratarse de infracciones contra el patrimonio, lo que suponía la posibilidad de recorrer en toda su extensión la pena correspondiente al delito que en relación a la estafa era la pena de seis meses a tres años, con independencia de aplicar --motivadamente-- la pena superior en uno o dos grados en los casos de que revistiese notoria gravedad y afectase a una generalidad de personas (delito masa).

b) Pluralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías pero una o varias de esas cuantías es superior a 36.060'73 euros --seis millones de ptas.-- aunque otras no lo alcancen. En tal caso la respuesta era la de aplicar conjuntamente el subtipo de especial gravedad del párrafo 6º del art. 250-1º C.Penal y además la continuidad delictiva con aplicación, también, del art. 74-2º, de suerte que en tal caso la pena sería la prevista en el art. 250-1º C.Penal, prisión de uno a seis años y multa, y por la continuidad se podría recorrer en toda su extensión la pena de prisión, es decir, podría imponerse hasta los seis años siempre teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pero no aplicándose el art. 74-1º con lo que no sería vinculante en todo caso la imposición de la pena en su mitad superior. También aquí quedaba abierta la posibilidad de agravación en los supuestos de delito-masa antes referido.

El origen de los 36.060'73 euros se encuentra en el párrafo 7º del art. 529 del C.Penal 1973 que se refería a la especial gravedad que para su estimación como muy cualificada a la que se refería el art. 528 C.Penal, inicialmente se fijó en cantidades superiores a los 2.000.000 ptas. y posteriormente a los 6.000.000 ptas., lo que se mantuvo en relación al actual 250-1-6º del vigente C.Penal pero traducido a euros, si bien ya sin el valor de muy cualificada porque esta hiper-agravación no se recogió en el actual Código --SSTS de 16 de Septiembre de 1991, 16 de Julio

de 1992, 13 de Mayo de 1996, 12 de Diciembre de 1996, 22 de Enero de 1999, 21 de Marzo de 2000, 6 de Noviembre de 2001 y 864/2002, entre otras--.

Ya en relación al actual Código Penal el presupuesto para la doble y sucesiva aplicación del subtipo de especial gravedad más la continuidad delictiva con aplicación del art. 74-2º sin riesgo de vulneración del *non bis in idem* era que en casos de continuidad delictiva, alguna de las partidas defraudadas, aisladamente consideradas supera los 36.060'73 euros.

En tal sentido y entre otras muchas se pueden citar las SSTS 1444/2002 de 14 de Septiembre, 206/2002 de 5 de Diciembre, 142/2003 de 5 de Febrero, 238/2003, 27i6/2005 de 2 de Marzo, 356/2005 de 21 de Marzo, 1019/2006 de 16 de Octubre, 1245/2006 de 17 de Noviembre ó 548/2007 de 12 de Junio, entre otras». (F. J. 4º)

### **ESTAFA. Engaño bastante. Circulación de letras de cambio.**

Recurso: Casación nº 1758/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver

Sentencia: nº 630/2009 de fecha 19/05/2009

«..En este caso, aparentar que unas letras han sido aceptadas por quien figura como librado de ellas, simulando que la entidad aceptante existe, con la artimaña de usar una designación social análoga a otra perteneciente a una verdadera sociedad mercantil y mediante la estampación de la firma del acepto en las cambiales, constituye un idóneo engaño capaz por sí mismo de hacer creer que se trataba de letras libradas y aceptadas por el librado. Como lo es también diferenciar entre una entidad libradora y otra entidad librada, de existencia verdadera, ocultando que las administraba una misma persona que sin intención de hacer frente al débito cambiario al vencimiento se vale de la extensión de las letras para obtener del tenedor el valor de su importe pagado en contrato de descuento.

A partir de esa idoneidad objetiva del engaño capaz por su misma naturaleza de inducir de error a los Bancos que pagaron por la adquisición de tales títulos, no es admisible el argumento de que aquellos omitieron los deberes de vigilancia y comprobación que hubiera permitido detectar el fraude. No es admisible porque reiterando el criterio ya expuesto en la reciente Sentencia 419/2009 de 31 de marzo, supone elevar directamente a la categoría de imprudencia o desidia de las entidades bancarias adquirentes lo que no es más que observancia de la buena fe, es decir confianza en la decencia y honestidad del librador. Cuando se presentan al descuento títulos valores destinados a la circulación, como las letras de cambio, con eficacia basada en su literosuficiencia, y en las sucesivas declaraciones cambiarias que se contienen en su expresión facial confiar en su apariencia lícita es un normal comportamiento mercantil salvo excepciones casos en que se justifique desconfiar del documento. El hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el librador simulaba aceptaciones inexistentes o falsas intenciones de pago, no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño sea ineficaz. El engaño era adecuado porque contaba con la confianza de los Bancos fundada en la buena fe que sigue siendo principio fundamental del

tráfico mercantil. Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fé y la confianza del engañado». (F. J. 6º)

### **ESTAFA. Engaño bastante. Principio de autoprotección.**

Recurso: Casación nº 2314/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 585/2008 de fecha 24/09/2008

«...En cuanto al engaño bastante, considera el recurrente que el perjudicado, profesional del mundo empresarial, actuó con negligencia por cuanto no desplegó actividad alguna tendente a confirmar la solvencia de la sociedad que le encargó el trabajo, habiendo tenido oportunidades suficientes para hacerlo. Estos argumentos tampoco pueden ser reconocidos teniendo en cuenta el hecho probado. En relación con el principio de autoprotección, la reciente S.T.S. 425/2008 delimita su alcance con cita de abundante Jurisprudencia precedente, (S.T.S. 1024/2007, 161/2002, 880/2002 o 449/2004, entre otras) en el sentido de que solo puede negarse el juicio de tipicidad que define el delito de estafa en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal constituyen el origen del acto dispositivo. El engaño bastante como elemento normativo de la estafa debe ser objeto en cada caso concreto de la adecuación correspondiente para establecer el juicio de idoneidad, de forma que *“no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño”*. Esta doctrina, en todo caso, debe ser aplicada con la debida cautela pues en principio la idea de desprotección de la víctima es una excepción que sólo puede ser achacada a una incuria grave de la víctima. En el caso de autos nada de esto sucede si nos atenemos no sólo a los principios sino a las reglas de experiencia por las que se rige el tráfico mercantil en el contexto relatado, de forma que llevar la diligencia de la parte que debe realizar la obra hasta extremos no usuales en el mismo no puede llevar consigo su desprotección desde el punto de vista de la tutela penal. Además, es evidente que el recurrente concibió su artificio engañoso desplegando diversas acciones sucesivas que incluso hicieron desistir al perjudicado del derecho de retención del artículo 1600 CC». (F. J. 3º)

### **ESTAFA. Estafa agravada por abuso de relaciones personales. No concurre.**

Recurso: Casación nº 1655/2008

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 813/2009 de fecha 07/07/2009

«2. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas

claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4).

Y también ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de ; y 383/2004, de 24-III).

También tiene dicho esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11; 785/2005, de 14-6; y 9/2008, de 18-1).

**3.** La traslación de la doctrina precedente al caso ahora enjuiciado nos lleva a estimar el motivo de casación y a excluir la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.7º del C. Penal. Y ello porque en el “factum” de la sentencia recurrida, que no ha sido cuestionado en este extremo, se señala únicamente que el acusado José V. E. remitió las facturas falsas al contable de la empresa O., Carlos B., quien abonó a la entidad M. la suma correspondiente a las dos primeras facturas, es decir, 5.220 euros.

Por lo tanto, el acusado no se valió de una relación especial de confianza con la persona a la que remitió las facturas falsas con el fin de engañarla y conseguir así su abono. En la narración fáctica no se habla de una relación previa personal ni laboral entre el acusado y la persona que por parte de O. pagó el importe de las facturas, sino que se trató simplemente de la relación laboral entre

una persona que está a cargo de la dirección de la empresa en Madrid y un contable que atiende los pagos que se realizan en la central.

(...)

Siendo así, y todo indica que ello fue lo que sucedió, no resulta factible apreciar una relación de confianza entre el autor de la estafa y el sujeto pasivo del delito que no se solape con el engaño propio de la estafa y que presente por tanto una autonomía propia que justifique el plus de ilicitud que requiere el subtipo agravado. Si el contable de la empresa resulta engañado por el hecho de que quien presenta la factura es un directivo de la empresa en Madrid y es esa la circunstancia que determina que se la abone en la creencia de que está ante un acto lícito, no se aprecia ese doble desvalor de la conducta que exige el subtipo agravado. A no ser que se considere que el ser director de la oficina en Madrid entraña un plus de confianza empresarial que incrementa de por sí la antijuridicidad del hecho.

Entendemos que ello no es así. Del simple dato de que una persona sea nombrada para un cargo de cierta responsabilidad en una empresa no puede colegirse que se dé necesariamente una relación de confianza o credibilidad que incremente el desvalor de la conducta defraudatoria. Pues cabe perfectamente que esta persona acabe de ser nombrada para el cargo por su valía profesional o por su currículum como trabajador especializado en la materia, sin que exista una relación previa de confianza ni un vínculo con la empresa que acentúe la facilidad para engañar a las personas que lo nombraron. Y ese plus de confianza o de credibilidad derivado de una relación precedente no aparece plasmado en modo alguno en la sentencia recurrida. Es más, no debía de gozar de mucha confianza el acusado cuando la empresa denunciante ya no atendió el pago de la tercera factura que les giró, a pesar de tratarse de una cantidad que sólo ascendía a 1.044 euros.

(...)

A tenor de todo lo que antecede, ha de estimarse el motivo de impugnación y excluir el subtipo agravado de estafa previsto en el art. 250.1.7º del C. Penal. La conducta de los acusados quedará pues subsumida en la estafa básica del art. 249 del C. Penal». (F. J. 5º)

### **ESTAFA. Manipulación informática o artificio semejante.**

Recurso: Casación nº 92/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 860/2008 de fecha 17/12/2008

«...Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco.



En este extremo de la cuestión de cuales son los artificios semejantes las SSTs. 369/2007 de 9.5 y 1476/2004 de 21.2, precisan que debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, la acusada carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio de la Empresa.

El tipo penal del art. 248.2 CP. "tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP. pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, "sin error....".

Asimismo no resulta ocioso recordar *La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre "la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo", de fecha 28 de Mayo de 2001*, dispone en su art. 3º que "Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad.

- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos. (F. J. 2º)

..Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado, la conducta de quien, sin tener autorización para utilizar el servicio BBVA net Office para realizar transferencias para realizar pagos, accede al mismo aprovechando que tal servicio no tenía clave para realizar transferencias de fondos, dirige a la entidad bancaria el preceptivo y habitual fax firmado por un administrador autorizando una transferencia a favor de un proveedor real y por una operación también real y valida, pero enviándolo en primer lugar, a un numero inexistente para que la operación quedase inicialmente frustrada, y a continuación a través del servicio BBVA net office realizar la transferencia a su propia cuenta, esto es está alterando o modificando el numero de las cuentas corrientes a las que debía ir a parar el dinero, aparentando ser las cuentas corrientes de los proveedores de la empresa, no cabe duda de que está empleando un artificio ante el banco o entidad de crédito a quien suministra los datos requeridos para que se produzca una transferencia de fondos a sus propias cuentas, y no solo finge unas operaciones realmente autorizadas, sino que consigue que las mismas pasaran inadvertidas en la cuenta de la empresa, en la que aparecen realizados los cargos a favor del cliente designado en el fax, con la consiguiente disminución de su patrimonio, ha

de considerarse como constitutiva del “artificio semejante a la manipulación informática” que consigue la transferencia in consentida de fondos.

Consecuentemente el delito cometido es la estafa del art. 248.2 CP. en cuanto ha habido animo de lucro, engaño integrado por el artificio semejante a los informáticos y transferencia indebida de fondos, y no el delito de apropiación indebida que propugna la Sala de instancia, por cuanto en este delito la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte, y en este caso la acusada no estaba en posesión legítima ni ilegítima de los fondos en cuanto no estaba autorizada para efectuar pagos». (F. J. 3º)

#### **EXCUSA ABSOLUTORIA. Aplicación de oficio del art. 268 CP.**

Recurso: Casación nº 1533/2008

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 493/2009 de fecha 08/05/2009

«No se ha planteado, pero resulta con toda claridad de los hechos probados que los implicados en ellos, en la época en que acontecieron —julio de 2003— eran cónyuges que aún no estaban separados legalmente y ni siquiera de hecho, pues, la ruptura se sitúa a finales de ese verano, esto es, en un momento posterior. Por tanto, en lo relativo al delito patrimonial, es de aplicación la excusa absolutoria del art. 268 C.Penal. Y en tal sentido, por imperativo legal, que impide una condena sin respaldo de esta índole, la sentencia debe casarse en este aspecto; es decir, por lo que se refiere al delito de estafa. No así en lo que hace al de falsedad, que, según se ha visto, está plenamente acreditado». (F. J. 2º)

#### **EXIMENTES. Enajenación mental. Art. 20.1ª CP.**

Recurso: Casación nº 306/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 268/2009 de fecha 10/03/2009

«..El art. 20.1º del CP proclama que está exento de responsabilidad criminal “el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. El art. 21.1ª del mismo Código, por su parte, considera circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal “las causas expresadas en el capítulo anterior (es decir las eximentes), cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

Para la apreciación de la citada eximente, como es notorio, es preciso que el sujeto no pueda comprender la ilicitud de su conducta o, en otro caso, no sea capaz de actuar con arreglo a lo que de su comprensión sería obligado. En uno y otro caso, como exige la jurisprudencia, es menester que el sujeto sufra una perturbación absoluta y completa de sus facultades mentales, una abolición plena de su voluntad, o de ambas facultades. La apreciación de la correlativa atenuante

demanda un estado intermedio, difícil de precisar, en el que el Tribunal necesita, para pronunciarse fundadamente sobre el particular, disponer de un conjunto de circunstancias, cuanto más rico mejor, sin que, de modo patente, pueda cumplirse esta exigencia disponiendo únicamente del dato del coeficiente intelectual del acusado y de su condición de adicto al consumo de cocaína, circunstancia, ésta, que, por lo demás, ya ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para apreciar en la conducta del acusado la atenuante de drogadicción, en cuanto le ha afectado a sus facultades intelectivas y especialmente a las volitivas, por lo que su valoración a los efectos aquí pretendidos implicaría un *bis in idem*.

De lo expuesto se desprende que el motivo carece del necesario fundamento y que, por ende, no puede prosperar». (F. J. 8º)

#### **EXIMENTES. Estado de necesidad.**

Recurso: Casación nº 11153/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 287/2009 de fecha 17/03/2009

«...En efecto, la eximente de estado de necesidad, deberá apreciarse – según establece el Código Penal en el artículo 20.5º- en los casos en los que, para evitar un mal propio o ajeno, se lesiona un bien jurídico de otra persona o se infringe un deber, siempre que: 1º) el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2º) la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, 3º) el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En el presente caso, es evidente que el mal causado es mayor que el que se trataba de evitar, en cuanto el derecho a la vida es el primer derecho fundamental de la persona y el derecho a la libertad deambulatoria es de rango inferior, sin que, por lo demás, se haya declarado probado, en forma alguna, que el agresor hubiese corrido realmente peligro de perder la vida en el contexto de la conducta aquí enjuiciada». (F. J. 2º)

#### **EXIMENTES. Legítima defensa: elementos**

Recurso: Casación nº 11153/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 287/2009 de fecha 17/03/2009

«..La legítima defensa es una conducta conforme a Derecho y, por tanto, constituye una causa de justificación que deberá ser reconocida por el Tribunal para exculpar al que se defiende, siempre –claro es- que concurran en su conducta los requisitos legalmente previstos en el art. 20.4º del Código Penal, es decir: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para la defensa; y, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Una ojeada al panorama jurisprudencial sobre la materia nos lleva a destacar: 1) que esta eximente es aplicable tanto a la defensa de la persona como a la defensa de sus derechos; 2) que la agresión ha de ser objetiva y deberá suponer una efectiva puesta en peligro, con carácter de inmediatez, del bien jurídico protegido de que

se trate; 3) que la agresión deberá provenir de una conducta humana ilegítima, es decir, jurídicamente injustificada; 4) que la defensa ha de ser necesaria (*“necessitas defensionis”*) y proporcionada a la agresión, para lo cual habrá de ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa (*“exceso intensivo”*) podrá apreciarse una eximente incompleta (art. 21.1ª CP); y, 5) que no exista provocación por parte del que se defiende que haya sido suficiente para desencadenar la agresión sufrida por el mismo, de modo que, cuando pueda considerarse suficiente la provocación, podrá apreciarse también la eximente incompleta (art. 21.1ª CP), siempre, claro está, que no se trate de una provocación intencionadamente causada, pues, en tal caso, desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador». (F. J. 2º)

### **EXIMENTES. Miedo insuperable. No concurre.**

Recurso: Casación nº 11215/2007 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 802/2008 de fecha 05/11/2008

«..A continuación abordamos la pretensión revisora de la sentencia por la concurrencia de la exención de miedo insuperable. La desestimación de este motivo es procedente. En primer lugar porque desde el hecho probado, del que debe partirse en la impugnación, no es posible su declaración de concurrencia pues el hecho probado carece de una referencia fáctica que permita la exención que postula.

Por otra parte, como dijimos en la STS 143/2007, de 22 de febrero «la doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: **a)** La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. **b)** Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. **c)** Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes y **d)** Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción -Sentencias de 6 marzo y 26 octubre 1982, 26 mayo 1983, 26 febrero y 14 marzo 1986, 16 junio 1987, 21 septiembre y 16 diciembre 1988, 6 marzo y 29 septiembre 1989 y 12 julio 1991».

En el mismo sentido la STS 183/2003, de 16 de febrero, que la recurrente recoge en su impugnación, la aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. En el caso de autos, pese a la existencia del maltrato, la recurrente gozaba de libertad que se concretaba en el hecho de llevar a las mujeres a los clubes, recoger el dinero y vigilarlas y controlarlas. En cualquier momento pudo realizar una conducta adecuada a la norma, denunciar los hechos de coacción a la prostitución de varias

mujeres, y sustraerse, a su vez, de la situación de maltrato que, se afirma, existía. Sin embargo, la recurrente pudiendo actuar de una forma adecuada a la norma decide actuar coactivamente, o como dice la sentencia, participar en la coacción a la prostitución mediante actos de indudable contenido coactivo. Por ello el tribunal, aunque de forma extremadamente sintética, argumenta la no probanza de los presupuestos de la exención, concretamente sobre el móvil de su conducta.

En otro orden de cosas, aunque la redacción del art. 20.6 del Código penal ha suprimido del tipo de la exención la referencia a la comparación de males, el que se trata de evitar y el que se realiza, exigiendo que el causado sea inferior al que se trata de evitar, no por ello ha de prescindirse de esa valoración y de la comparación de la situación para la conformación de la eximente, pues esa comparación facilita el examen de la proporcionalidad referida al hecho concreto. En este caso se trata de un atentado a la libertad y dignidad de unas mujeres que son determinadas coactivamente a la prostitución, mediante vejaciones, privaciones de libertad y obligadas a la prostitución, es decir, una agresión a bienes básicos de la persona cuya lesión no admite justificación en una situación de maltrato que pudo obviar para sí y que, en todo caso, no guarda proporción con la agresión en la que participa». (F. J. 1º)

#### **EXIMENTES. Trastorno mental transitorio.**

Recurso: Casación nº 99/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 247/2009 de fecha 12/03/2009

«El trastorno mental transitorio se caracteriza normalmente por una situación de alteración psíquica que la ciencia psiquiátrica denomina de cortacircuito y, que de forma súbita, anula la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión. La Sala explica, con razonamientos suficientes, las causas por las que descarta la aplicación de la eximente completa de trastorno mental transitorio. El trastorno mental transitorio no puede ser clasificado, como es lógico, entre las patologías mentales, por lo que su pervivencia obedece a una inercia histórica no superada, pero que hay que encuadrar en su propio entorno actual, que no es otro que esa pérdida del control le impide reflexionar sobre la ilicitud del hecho.

Ello nos lleva a considerar que la circunstancia tiene un más estrecho parentesco con un miedo insuperable súbito y más cercanamente con el denominado clásicamente arrebató que tiene la afinidad de la explosión súbita repentina e inesperada ante un situación que justifique o explique tal situación de descoordinación y valoración.

**4.-** La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la anterior afinidad al considerar que el trastorno mental transitorio puede tener su origen en un acontecimiento exógeno atribuyendo su aparición a un choque psíquico ante situaciones múltiples, evaluables en cada caso concreto, que puedan perturbar la razón humana. En definitiva, a pesar de las oscilaciones jurisprudenciales ante un hecho que siempre se ha observado con reservas ya que no sólo produce la

exención de la responsabilidad criminal sino que impide la aplicación de medidas de seguridad alternativas ya que persiste la teoría de que el trastorno mental, una vez desaparecido, hacer reaparecer a un ser normal que no necesita atención psiquiátrica. Faltan criterios, científicamente rigurosos, que admitan que existe una conformación del carácter o de la personalidad, es decir, trastornos de la personalidad que lleven a una persona a la explosión incontrolada de su comportamiento en un instante comparado a un relámpago.

5.- Tal concepción no es admisible, por lo que, ajustándonos a los parámetros legales y jurisprudenciales, debemos mantenernos en el requisito de la breve duración y de la respuesta instantánea, lo que es incompatible con una actuación mas o menos sopesada que lleva al sujeto, como en este caso, a reaccionar de forma controlada dirigiéndose hacia su caravana tomando un arma, disparando indiscriminadamente contra la caravana de su oponente y, pasado un tiempo, cuando lo visualiza personalmente, le dispara de forma que éste no puede reaccionar. Esta valoración de conducta nos lleva a considerar que la situación en la que se encontraba era la de un desajuste de su personalidad emocionalmente desequilibrado por la creencia de que su hijo había muerto y a la puesta en escena de una reacción de venganza, matando al que consideraba como homicida de su hijo. La apreciación de la sentencia está perfectamente ajustada a la características de los hechos y no pasa de ser un estímulo emocional, atenuante en este caso, muy cualificada». (F. J. 5º)

#### **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Existencia de contradicción, antes de decidirla.**

Recurso: Casación nº 1111/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 648/2009 de fecha 23/06/2009

«...El segundo motivo, también al amparo del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia infracción del artículo 89 del Código Penal, so pretexto de que la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión no fue precedida de solicitud de parte acusadora ni ésta seguida de debate.

Como destaca el Ministerio Fiscal en su impugnación, basta la lectura del folio 119, en el que se recoge el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, para constatar que éste incluyó en su conclusión 5ª lo siguiente: "De conformidad con lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal procede aprobar la sustitución de la pena por **la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo** por un periodo de 10 años desde la fecha de la expulsión".

Y este pedimento no resultó afectado por la parcial modificación que de dicha calificación efectuó al formular la definitiva en el juicio oral.

En consecuencia quedó abierta la posibilidad de debate sobre el particular. La defensa en sus calificaciones provisional y definitiva negó la responsabilidad y

no expresó particulares pedimentos en relación con la sustitución de la pena instada por el Ministerio Fiscal.

Se satisface de este modo la exigencia de contradicción que requiere la aplicación de la sustitución de pena mediante la medida de expulsión. La contradicción exige la **posibilidad de debate** cualquiera que sea el efectivamente desenvuelto que solamente depende ya de las opciones de las defensas de las partes.

*En la reciente Sentencia de 25 de marzo pasado, llegamos a decir la modificación legal hace pensar sobre la naturaleza de la medida, más próxima a una pena de extrañamiento, en cuya adopción no aflora la necesidad de favorecer la contradicción por no exigirlo la ley. En este punto es ilustrativa la reciente sentencia dictada por esta Sala (nº 165/2009, de 19 de febrero). 4. Consecuentes con tal doctrina resulta que la configuración del objeto material del proceso penal se produce de la conjunta consideración de las pretensiones definitivas de las partes, que de forma inconcusa e inalterable fijan el espacio resolutorio del tribunal.*

*El Fiscal interesa la medida en las conclusiones definitivas, que la defensa ni las ataca ni combate. De haber mostrando disconformidad, con apoyo en preceptos constitucionales de no indefensión, a los que se refiere la sentencia de instancia y de modo análogo a lo establecido en el art. 788-4 L.E.Cr., la defensa pudo contradecir la pretensión y solicitar un periodo extraordinario de prueba para ello.*

*Y en la ahí citada Sentencia nº 165/2009 dijimos la Sala entiende que el tenor literal de la ley contempla la sustitución de la pena por la expulsión como la regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo cual es coherente con las previsiones que, para otras sustituciones de la pena impuesta, prevé el artículo 88 del Código Penal.*

En el caso no solamente existió esa posibilidad de debate por la precedente solicitud al efecto del Ministerio Fiscal, sino que la sentencia, huyendo de cualquier automatismo, abundó en las razones que justifican la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión que, por ello, confirmamos». (F. J. 2º)

**FALSEDAD DOCUMENTAL. Atipicidad. Las facturas falsas son elemento necesario para el engaño.**

Recurso: Casación nº 1867/2008

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 785/2009 de fecha 22/05/2009

«1. Respecto del delito de estafa el motivo carece de fundamento (art. 885.1º LECr). En efecto, es claro que el recurrente presentó cuatro facturas mendaces que le fueron abonadas. Es cierto también que la Comunidad podría haber realizado comprobaciones más cuidadosas de las pretensiones del recurrente. Sin embargo, la exigencia de una adecuada autoprotección del patrimonio, que nuestra jurisprudencia ha exigido en diversos precedentes, no

opera con la misma intensidad cuando las relaciones personales se dan en un marco de especial confianza, como ocurre entre el abogado y su cliente. Por lo tanto, el engaño era bastante para producir el error en el que se basó la disposición patrimonial.

2. Distinta es la cuestión en lo concerniente al delito de falsedad documental. Las facturas presentadas son documentos mercantiles (privados) y contienen, en todo caso, la mentira escrita y suscrita por el acusado, que es, precisamente, constitutiva del elemento necesario para el engaño. En la medida en la que la Audiencia no ha establecido que el documento sea totalmente falso y en la que la supuesta falsedad no se subsume en ninguno de los tres primeros apartados del art. 390.1. CP, el hecho no resulta típico y no permite la aplicación del art. 77 CP». (F. J. 3º)

### **FALSEDAD DOCUMENTAL. Autoridad o funcionario que comete el delito en el ejercicio de sus funciones.**

Recurso: Casación nº 442/2008

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 412/2009 de fecha 23/04/2009

«..El precepto jurídico penal aplicado, art. 390.1.4º CP, supone que "se comete falsedad, faltando a la verdad en la narración de los hechos, por parte de la autoridad o funcionario público **en el ejercicio de sus funciones**". En nuestro caso, el relato fáctico, en relación con las diligencias documentadas, sólo revela las manifestaciones falaces de los acusados, y lo demás que se describe no es sino una actuación extraña al ejercicio de sus funciones, siendo un tercer funcionario el legítimamente actuante dentro de las mismas, aunque estuviera desbordado por la abusiva actitud de quienes no debían -ni podían- ser más que simples manifestantes.

En el supuesto que nos ocupa, los acusados no son los autores del documento, y sus exposiciones falaces no afectan a la función probatoria de tal documento.

Fijémonos en que el art. 292 de la LECr. señala que "los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común un atestado de las diligencias que practiquen en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito...".

Y, por su parte, el art. 293 LECr. prevé que "el atestado será **firmado por el que lo haya extendido**... las personas presentes, peritos y testigos que hubieren intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado, serán invitadas a firmarlo en la parte a ellos referente. Si no lo hicieren se expresará la razón".

Consecuentemente, no existe ninguna falsedad en la confección del atestado, y, en particular, en la documentación de las declaraciones, en cuanto que



estas recogen lo que los declarantes habían dicho (Cfr. STS nº 626/2007, de 5 de julio)». (F. J. 5º)

## **FALSEDAD DOCUMENTAL. Competencia de los órganos judiciales españoles.**

Recurso: Casación nº 1985/2008

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 602/2009 de fecha 09/06/2009

«..En **motivo único** el Fiscal se alza contra la sentencia que absuelve al acusado Iaia Djau por el delito de falsedad en documento oficial, entendiendo inaplicable el art. 392 en relación al 390.2 C.Penal, todo ello a través del cauce previsto en el art. 849-2 L.E.Criminal.

1. Las razones del recurso se asientan en el cambio jurisprudencial operado respecto a la competencia para conocer de delitos de falsedad de documentos identificativos, cometidos en el extranjero, que el art. 23.3 f) LOPJ., reforzado por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de marzo de 1998 establecía, dejándolos fuera de la competencia jurisdiccional española por entender que no se daban las dos condiciones exigidas por el precepto citado: presentación en juicio de tal documento o hacer uso de él para perjudicar a otro. Faltando, por tanto, ambas circunstancias la jurisdicción española tenía que abstenerse de conocer del asunto por manifiesta incompetencia.

Ahora bien, el principio real o de protección ha merecido otra interpretación del Tribunal Supremo, considerando que las situaciones en que un sujeto residente en España, dispone de un documento falso para identificarse, sí pueden afectar el interés de España y consiguientemente tener competencia para su enjuiciamiento y castigo, aunque los hechos se hayan cometido en el extranjero.

2. La Audiencia Provincial, en principio, actuó correctamente, al excluir de su conocimiento esta infracción. Mas, es cierto que las falsedades de documentos oficiales destinados a identificar a una persona, conforme a los Convenios Europeos suscritos por España, en especial dentro del marco de la Unión Europea, debe considerarse afectantes al interés del Estado.

El acusado, no disponía de pasaporte o del equivalente al D.N.I. español. La prueba pericial había acreditado la falsedad del soporte del permiso de conducir al que se incorpora una fotografía del acusado, sin que la República de Guinea Bissau de la que es súbdito pudiera confirmar su regularidad. Ciertamente que no se trataba ni del equivalente del D.N.I. ni de su pasaporte, pero era el único documento identificativo oficial con que contaba el acusado. Prescindir de él, es dejar sin posibilidades identificativas a una persona, frente a las autoridades españolas que así lo exijan.

Por su parte la Audiencia Provincial a lo que en principio no puede achacársele una interpretación incorrecta, se apoyó en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27-3-98, para absolver. En este sentido es quizás la pasividad del

Tribunal Supremo la que ha contribuido a confundir al tribunal inferior. Si la Sala II ha cambiado de criterio lo lógico es que deje sin efecto el acuerdo plenario que teóricamente debía seguir vigente, cuando lo que ha hecho en los últimos años es modificar la línea jurisprudencial hasta entonces aplicada y de forma generalizada ha considerado conveniente cambiar de orientación, como se puede colegir de las sentencias T.S. 975/2002, de 29 de junio; 1295/2003 de 7 de octubre; 1089/2004 de 24 de septiembre; 66/2005 de 19 de enero; 476/2006 de 5 de abril; 431/2008 de 5 de abril; 139/2009 de 24 de febrero; etc. En ellas esta Sala de casación ha entendido que la falsificación de documentos identificativos siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Shengen y porque en definitiva no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos de identidad falsos, por cuanto ello afecta a las políticas de visados, inmigración y seguridad en general.

Así pues, el motivo debe estimarse en base a la consideración de que la falsedad de un documento oficial indentificativo afecta al interés del Estado a tener en todo momento la posibilidad de controlar, a través de la documentación personal, la identidad de los residentes en el país». (F. J. 1º)

#### **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de documento mercantil.**

Recurso: Casación nº 148/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 111/2009 de fecha 10/02/2009

«Y la STS nº 900/2006, de 22 de setiembre, en la misma dirección señalaba 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”.

2. En el caso, se declara en los hechos probados que el recurrente falsificó dos cartas, con fecha 4 de marzo y 5 de abril de 2004, a nombre de Winterthur, apareciendo como firmadas por empleados de ésta, dirigidas a Caixa Galicia, en las que se requería a Elisardo P., cliente del acusado y perjudicado por los hechos, para el reintegro de las sumas que le habían sido abonadas por error, todo ello en relación a las cantidades que correspondían a aquel como asegurado. Por lo tanto, aun cuando se restringiera el ámbito de los documentos mercantiles a los que estrictamente acreditaran una operación de esa clase en el marco de actuación de quien lo emite, en el caso se trata de requerimientos efectuados dentro de la operativa propia de la compañía aseguradora, a la que se hace figurar falsamente como emisora, orientados a la recuperación de cantidades que se dice abonadas por error en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles. No se trata, por lo tanto, de una mera comunicación interna o dirigida a los asegurados, sino de un requerimiento formal, de manera que los documentos falsificados podrían acreditar la reclamación de la compañía frente al asegurado, por lo que deben ser considerados documentos mercantiles». (F. J. 2º)

## **FALSEDAD DOCUMENTAL. Exige mendacidad.**

Recurso: Casación nº 172/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 353/2009 de fecha 02/04/2009

«La tesis del Ministerio Fiscal consiste en calificar el hecho de la supresión de la palabra "dispensado" en el documento protocolizado como modificación de **documento oficial**.

Olvida el recurrente una consideración también ausente en la recurrida: señalar si la expresión eliminada reflejaba la **verdad**. Porque la falsedad exige que el contenido resultante de la actuación del sujeto del supuesto delito sea **mendaz**.

La declaración de hechos probados no resuelve si efectivamente el acusado había dispensado o no los honorarios cuyo devengo acreditaba el cajetín que recogía la liquidación. Por lo que no cabe establecer si la supresión de la palabra dispensados restauraba un mensaje verdadero o eliminaba el que tenía tal condición.

Si eso excluye por sí solo la eventual comisión del delito falsario que el recurso pretende, también lleva al rechazo de éste el argumento de la recurrida: la absoluta intranscendencia en el tráfico jurídico de una anotación irrelevante. Irrelevante para el usuario de los servicios notariales que cuenta con la minuta como documento acreditativo del nacimiento y extinción de los derechos que constituyen su deuda. Irrelevante en relación a la Hacienda que cuenta con los específicos instrumentos documentales para las comprobaciones de los actos de que nace la obligación fiscal: el cajetín en el instrumento protocolizado y los libros de contabilidad fiscal cuya llevanza corresponde fuera del protocolo notarial». (F. J. 11º)

## **FALSEDAD DOCUMENTAL. Falsedad en documento mercantil. Ausencia de ataque a los bienes jurídicos protegidos.**

Recurso: Casación nº 1115/2008

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 377/2009 de fecha 24/02/2009

«..No cabe duda sobre que los cheques y pagarés son documentos mercantiles, sin más que atender a que están incluidos como tales en la Ley Cambiaria y del Cheque.

Asimismo debemos partir de que, más allá de la distinción entre los términos material e ideológico, y a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 26.2.1999, la confección completa de un documento mendaz que incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada como falsedad comprendida en el art. 390.1.2º CP y no en el número 4º de ese art. 390.1, de manera que cabe enlazar el tipo del art. 392 de falsedad en documento mercantil

cometido por particular con el art. 390. Véanse las sentencias de 7.2.2005 y 14.3.2004 TS.

Ahora bien, el factum viene a dejar traslucir, de un lado, que los cheques y los pagarés a que se refiere reunían todos los requisitos extrínsecos a que se refiere la Ley Cambiaria y del Cheque en sus artículos 106 y 94; de otro, que en la expresión formal de esos requisitos no se había producido alteración alguna de la verdad; y, de otro, tras los títulos, no existía un negocio subyacente, aunque sí, en los casos de los cheques, el pacto de disponibilidad y la provisión de fondos a la entidad librada.

3. Llegados a este punto conviene poner de relieve que:

a) Los bienes jurídicos protegidos son la fe y la seguridad en el tráfico jurídico. Sentencias de 26.6.1999 y 26.9.2002, TS.

b) Dada la diversidad funcional entre los cheques o pagarés y una factura, no cabe aplicar a aquellos la doctrina jurisprudencial sentada en torno a la factura – como en las sentencias de 25.1.2006 y las que cita, TS -, puesto que la segunda es un título causalmente ligado por lo general a un negocio subyacente, que trata de acreditar, mientras que cheque y pagaré, aunque respectivamente instrumento o promesa de pago, tienden, al menos en determinadas relaciones, a la abstracción respecto al negocio subyacente.

Así las cosas, y atendiendo, insistamos, a la función propia de la clase de títulos valores objeto de nuestro examen, no puede reputarse, en el caso específico, que su elaboración encerrara en sí daño alguno de los indicados bienes jurídicos protegidos en los delitos de falsedad.

4. Sin embargo es preciso dilucidar si las actuaciones contables derivadas de aquellos títulos encerraron, en el supuesto singular, una alteración transcendente de la verdad. Y, tal y como aparecen relatados en el factum, los hechos las anotaciones contables relativas a los títulos-valores no hicieron sino reflejar fielmente la imagen propia de ellos.

Es más, los libramientos inmediatos de las órdenes de movimientos de Fondos, por los importes nominales de los títulos, cerrando el círculo operativo, y las correspondientes anotaciones tampoco desfiguraban la realidad ligada a los cheques y pagarés en sí.

Y, prescindiendo de un campo que aquí y ahora no nos ocupa cual es el del delito contra el patrimonio y ateniéndonos al factum, no cabe aseverar que dicho circuito operativo encerrara en alguna de sus fases, potencial o actuadamente, la afectación de los bienes jurídicos que la punición de la falsedad documental trata de proteger. Aunque lo expuesto no descarte la existencia de cualesquiera otras clases de perjuicios para las entidades de crédito». (F. J. 2º, 3º y 4º)

**FALSEDAD DOCUMENTAL. No falsedad ideológica.**

Recurso: Casación nº 48/2008  
Ponente: Sr. Marchena Gómez  
Sentencia: nº 641/2008 de fecha 10/10/2008

«..El delito de falsedad en documento mercantil por el que la Sala de instancia ha formulado condena es plenamente aplicable a los hechos denunciados. En efecto, el factum describe cómo el acusado, amparado en su condición de interventor de la entidad *Bandesco*, actualmente integrada en *Banesto*, convenció a varios amigos y familiares para que le entregaran sucesivas cantidades en metálico, con la promesa de una retribución en forma de intereses del 11 al 13%. A cambio, el acusado les hacía entrega de unos documentos confeccionados por él mismo, simulando los verdaderos, en el que figuraba el nombre comercial, el anagrama del banco, el sello, la fecha y la firma.

No es ésta la idea a la que se acomoda la llamada falsedad ideológica. En efecto, La STS 2201/2008, 5 de mayo, con cita de la STS 145/2005, 7 de febrero repasa el estado de la jurisprudencia en esta materia. Como señaló la STS 1647/1998, 28 de enero, la diferenciación entre los párrafos 2 y 4 del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en si mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS 1/1997, 28 de octubre y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999, en el que se acordó que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2 CP (SSTS 1302/2002, 11 de julio, 1536/2002, 26 de septiembre, 2017/2002, 3 de febrero, 71/2002, 2 de febrero y 325/2004, 11 de marzo).

Éste es el verdadero ámbito de la falsedad ideológica. Nada de ello acontece en el presente supuesto. De entrada, las operaciones que reflejaban esos documentos existieron en la realidad. Se trataba de negocios jurídicos cuya cobertura formal, sólo aparente, permitía al acusado engañar a sus víctimas, obteniendo así la entrega de importantes cantidades de dinero que aquél incorporaba a su patrimonio.

Por otra parte, los resguardos mediante los que M.A.A. fingía actuar en nombre de la entidad *Bandesco*, eran documentos de pago en los que constaba el nombre comercial, el anagrama del Banco para el que el aquél trabajaba, la fecha y la firma, con indicación de los importes y vencimientos de los intereses. La simulación, pues, se proyectaba, mediante la inclusión del nombre comercial y del anagrama de la entidad, a la intervención de una persona jurídica que, en modo alguno, estaba al corriente de lo que allí se negociaba. De hecho, algunos de los resguardos falseados por la el imputado son documentos matrices de carácter original, que luego M.A.A, rellenaba a su antojo. Así se desprende del examen visual de esos documentos (art. 899.2 LECrim) y del fragmento del factum en el

que se describe que el acusado, a pesar de abandonar la entidad bancaria en el mes de abril de 1996, “...siguió utilizando, con negligencia de la entidad bancaria que no los custodió debidamente, la documentación referente al Banco hasta el año 1998”.

No existió, pues, error jurídico alguno y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 de la LECrim)». (F. J. 2º)

## **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Detención de tarjetas de crédito falsas.**

Recurso: Casación nº 16/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 50/2009 de fecha 22/01/2009

«..la STS 559/2008, de 22 de septiembre de 2008, declaró que la mera detención de tarjetas de crédito falsas **sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición**, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3. Ese destino, es un elemento subjetivo del injusto que deberá ser acreditado por prueba directa o indiciaria a partir de elementos objetivos que permitan afirmar el destino al tráfico de las tarjetas falsas detentadas.

Como vemos, esta última línea jurisprudencial, entiende, sin embargo, que los hechos serán típicos en el caso de que exista esa finalidad, que no es otra que la detención de tarjetas falsas para ser entregadas a otras personas rellenando el requisito tendencial de la expendición o distribución. En consecuencia, la mera detención de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición, será atípica, a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3.

La cuestión fue sometida al Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 16 de diciembre de 2008, que unificó esta doctrina, bajo el siguiente Acuerdo: “*La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión*”.

De modo que concurriendo tal finalidad de transmisión, la tenencia de tarjetas falsas puede ser subsumible en el expresado precepto del Código penal. En realidad, la jurisprudencia de esta Sala Casacional, ya había destacado esa “voluntad acreditada de su distribución o expendición”, de la que será exponente interpretativo el **número o cantidad** de tales tarjetas en poder del acusado con tal finalidad.

En efecto, este delito lo es de tenencia preordenada al tráfico (naturalmente, de la moneda falsa en poder del sujeto activo del delito), pues en él se castiga la tenencia de moneda falsa *para su expendición o distribución*. Los requisitos relacionados como el *valor* de la moneda o el *grado de connivencia* con los autores

mencionados en los números anteriores no son elementos del tipo, sino criterios de individualización penológica, que pueden o no estar presentes a la hora de llevar a cabo esta operación jurídica, pero que no forman parte del tipo, por condicionarles exclusivamente ley penal a la hora de imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Los elementos del tipo son, pues, tres: 1) **tenencia de moneda**; 2) **que ésta sea falsa**; y 3) **un elemento tendencial o sea, la finalidad de expendición o distribución**. Desde luego, que en todos ellos late la idea de castigar tal posesión preordenada a la circulación de la moneda falsa, como actividad de grado inferior a la fabricación o introducción, pero que cierra el círculo jurídico de la punición de los atentados contra la moneda, bien sea ésta nacional, de la Unión Europea o incluso de la moneda extranjera, por afectar a bienes jurídicos de indudable trascendencia para la economía mundial. La protección de los sistemas de pago, es esencial en una economía globalizada, y garantiza los medios mediante los cuales se adquieren bienes o servicios. No creemos necesario insistir sobre esta idea, por ser elemental.

Sobre el requisito de la tenencia, es pacífico que se corresponde con la posesión, concepto asentado en la jurisprudencia de esta Sala, sobre las ideas del *corpus* y del *animus*. Con relación a la moneda, hay que acudir indudablemente al art. 387 del Código penal, pues en él se ofrece una definición auténtica de lo que “*se entiende por moneda*”, que lo es “la metálica y papel moneda de curso legal”, pero añadiéndose por el legislador que “a los mismos efectos, se *considerarán* moneda **las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas** que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”. De modo que la posesión de una tarjeta de crédito satisface las exigencias del tipo, siempre que ésta sea falsa, y lo será siempre que se haya manipulado un elemento esencial de tal moneda, de donde pueda predicarse que se trata de una moneda apócrifa, por imitación de sus características sustanciales. En el papel moneda, será necesaria su apariencia de legalidad o autenticidad; en las tarjetas, la manipulación de su banda magnética, lo que permitirá su introducción en un lector, con apariencia de autenticidad, y correlativamente obtener el funcionamiento del mismo. Finalmente, se requiere que tal posesión esté orientada a su *expendición o distribución*. Ya hemos indicado más arriba que conforme a nuestro Acuerdo Plenario lo que se precisa acreditar es una finalidad de transmisión, término que comprende en consecuencia el elemento tendencial de expendición o distribución.

De lo expuesto resulta que ambas finalidades se contemplan en los hechos probados de la sentencia recurrida, pues éstos dicen que el acusado lo que pretendía hacer es “**hacerlas circular como tales**”». (F. J. 1º)

**FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Equiparación de falsificación de tarjetas de crédito. Acuerdo del Pleno.**

Recurso: Casación nº 1156/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 202/2009 de fecha 03/03/2009

«1. El artículo 387 del Código Penal dispone que a los efectos del artículo anterior se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 junio 2002, sobre la base de la anterior disposición legal, equiparó la fabricación de tarjeta de crédito a la fabricación de moneda, si bien debe entenderse que tal equiparación lo era sólo en relación a aquellas conductas que fueran posibles tanto respecto de la moneda como en relación con la tarjeta de crédito. En este sentido, se consideró comprendida en el tipo del artículo 386 la fabricación de tarjetas de crédito falsas y se excluyó, sin embargo, la tenencia para su uso fraudulento. El artículo 386.2º considera conducta típica la introducción de moneda falsa en el país, sin exigir ningún requisito añadido, conducta que es igualmente posible en relación a las tarjetas, pues nada impide su fabricación en otro país y su introducción para su uso ilícito en España. En relación con el tipo subjetivo es exigible que el autor conozca la procedencia y que su conducta implica la introducción en el país.

2. En el caso, el recurrente no es condenado en atención a la tenencia de las tarjetas, sino por su introducción en España de acuerdo con otras personas que le remitían las tarjetas falsificadas desde Londres. Como hemos dicho esta es una conducta típica que no presenta dificultades para hacer efectiva la equiparación legal entre la moneda y las tarjetas de crédito». (F. J. 2º)

**FALSIFICACIÓN DE MONEDA. La mera tenencia de una tarjeta de crédito falsa no constituye delito. Acuerdo del Pleno.**

Recurso: Casación nº 1283/2008

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 507/2009 de fecha 28/04/2009

«...centrándonos en conductas como las que son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, en la que el Tribunal de instancia ha apreciado un delito de falsificación de moneda por el hecho de estar en posesión de tarjetas de créditos para su expendición o distribución, esta Sala tiene declarado, como son exponentes las Sentencias 559/2008, de 22 de septiembre y 58/2007, 31 de enero, que la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expedición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expedición del art. 386.3. del Código Penal.

Y esta modalidad de falsificación de moneda fue sometida a la consideración del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 16 de diciembre de 2008, en el que se tomó el siguiente acuerdo: *“La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión”*.

Y de este último acuerdo se ha hecho eco la Sentencia de esta Sala, antes mencionada, 559/2008, de 22 de septiembre, en la que se declara que



concurriendo tal finalidad de transmisión, la tenencia de tarjetas falsas puede ser subsumible en el expresado precepto del Código penal. En realidad, la jurisprudencia de esta Sala ya había destacado esa "voluntad acreditada de su distribución o expendición", de la que será exponente interpretativo el número o cantidad de tales tarjetas en poder del acusado con tal finalidad.

Pues bien, ninguno de los supuestos típicos relacionados con las tarjetas de crédito, a los que hemos hecho referencia, puede aplicarse a la conducta del ahora recurrente.

Ciertamente, no se declara probado que el recurrente hubiese sido quien incorporó a la "banda magnética" de uno de esos instrumentos de pago, (tarjetas de crédito o de débito que el artículo 387 equipara a la moneda), unos datos obtenidos fraudulentamente, lo que hubiera constituido un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal, esto es, como falsificación de moneda, como se acordó en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 28 de junio de 2002.

Tampoco se declara probado que el recurrente hubiese proporcionado a los autores materiales de la falsificación de las tarjetas los datos de identidad que en ellas se plasmaron y que habrían de coincidir con los obrantes en los documentos de identidad, con fotografía incorporada, del sujeto enjuiciado, ya que la tarjeta de crédito falsificada de que era portador no correspondía a su nombre sino al de otra persona y su fotografía fue incorporada a un documento falso en el que aparecía como titular el de la tarjeta previamente falsificada. De modo que sus datos no se utilizaron en la falsificación de la tarjeta, por lo que no se puede declarar su cooperación necesaria a esta última falsificación.

Y por último, tampoco se recoge en el relato fáctico que el recurrente estuviese en posesión de un número de tarjetas de crédito falsificadas que permitiera afirmar que las tenía con la finalidad de su distribución o expendición. La mera posesión de una tarjeta, sin esa finalidad, no es constitutiva de un delito de falsificación de moneda y el motivo debe ser estimado». (F. J. 1º)

## **HOMICIDIO. Homicidio por imprudencia.**

Recurso: Casación nº 10412/2008 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 186/2009 de fecha 27/02/2009

«3. El *factum* de la sentencia recurrida declara probado que: *"...los acusados no habían provisto al resto de ocupantes de la embarcación de chalecos salvavidas ni de la suficiente agua y comida necesarias para garantizar su seguridad y subsistencia durante la travesía, motivo por el cual se produjo el fallecimiento de dos de los inmigrantes que viajaban a bordo de la citada patera..."*.

Y en el fundamento jurídico primero se añade que: *"...el fallecimiento de dos de los ocupantes se produjo por hambre y frío, tal y como consta en los informes de autopsia obrantes a los folios 93 a 98 de las actuaciones, con lo que el mismo*

hecho de la travesía sin la suficiente comida y agua, fue la causa de los fallecimientos".

4. En el caso que nos ocupa, la muerte de los dos ocupantes del cayuco se produjo, en efecto, *por hambre y frío*, siendo ésta la causa inmediata, según el informe de autopsia obrante a los folios 96 a 98. Según ello, sin duda, también, la causa mediata del deceso fue la *insuficiencia de comida y agua* disponible en la embarcación durante la travesía. La sentencia en el fundamento de derecho primero, recalca que "el mismo hecho de la *travesía sin la suficiente comida y agua* fue la causa de los fallecimientos".

A la pregunta de a quién correspondía el deber de aprovisionar la patera para la travesía el *factum* responde indicando que a los acusados. Así dice que: los acusados no habían provisto al resto de los ocupantes de la embarcación la suficiente agua y comida necesarias para garantizar su... subsistencia durante la travesía, motivo por el cual se produjo el fallecimiento...".

Es claro, que se atribuye la infracción grave del deber de cuidado a los acusados, y entre ellos al ahora recurrente, en cuanto que se declara probado que: *"estos patroneaban una embarcación de madera de color blanco tipo cayuco... en la que transportaban, a cambio de dinero, a cuarenta y seis varones de origen subsahariano"*.

Por si hubiera alguna duda, los jueces a quibus en su fundamento de derecho tercero señalan que los acusados *"infringieron el deber de evitar el riesgo claramente representado del posible resultado letal... asumiendo y aceptando el riesgo implícito de que se produzca alguna muerte, al no haberse pertrechado... con la cantidad de comida, agua y abrigo necesarios, habiendo manifestado todos los ocupantes y los propios acusados que la comida y el agua se terminaron al tercer día de navegación"*.

Y aún precisan que: *"Los tres acusados sabían y admitían que iban a realizar una travesía en alta mar muy peligrosa y con una duración indeterminada, ya que dependía del estado del mar y de la capacidad de orientación, al no constar que en este caso contarán con aparato alguno, tipo GPS, que les sirviera de guía fiable"*.

Y, esta misma Sala ha precisado (Cfr. STS 4-7-2003, nº 966/2003) que para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de *imputación objetiva*, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o "conditio sine qua non", relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado

se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

Como ha indicado también esta Sala, esta vez en un caso de naufragio de patera (Cfr. STS de 16-7-2002, nº 1330/2002), la reprochabilidad a título de culpa del recurrente deriva de estar en todo momento al tanto del desarrollo de los acontecimientos y participando en ellos, y porque las condiciones en que se desarrollaba el viaje eran ciertamente imprudentes, por las condiciones de la embarcación, la capacidad sobrepasada de la misma, la falta de medidas de seguridad, etc., siendo a título de culpa, individualmente responsable, de los delitos de homicidio por imprudencia, con culpa grave, a los efectos del art. 142 del Código Penal, que han sido sancionados en concurso ideal pluriofensivo.

Y, con relación a un supuesto en el que el delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros se produjo, no mediante el viaje en una embarcación, sino en una furgoneta carente de las mínimas dimensiones y respiraderos oportunos, produciéndose, además, el fallecimiento por asfixia de tres inmigrantes, nuestro Tribunal (Cfr. STS nº 886/2008, de 19 de diciembre), confirmó la condena hecha en la instancia contra el *conductor* del vehículo, precisando que la muerte era un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones, la inobservancia de todo tipo de previsiones, y, en las condiciones que relata el *factum*, la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado.

De todo ello, resulta la responsabilidad que les ha sido atribuida a los acusados, y entre ellos al recurrente, tanto hubieran sido ellos los últimos *organizadores* del viaje marítimo, como si no, puesto que aquélla claramente resulta de la asunción de la condición de *patrones* de una embarcación en la que, contraviniendo toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se aventuraron a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes». (F. J. 2º)

## **INDUCCIÓN AL DELITO.**

Recurso: Casación nº 10136/2008 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 813/2008 de fecha 02/12/2008

«... Los requisitos establecidos para la inducción los viene señalando la doctrina de esta Sala, reduciéndolos a los siguientes:

a) la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.

b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.

c) que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto.

d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.

e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.

Es preciso para que pueda hablarse de inducción que concurra lo que se denomina "causalidad psíquicamente actuada", que es tanto como determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

La proposición, llamada también "tentativa de inducción", sólo podría darse cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución. En consecuencia el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:

a) cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.

b) cuando estemos en presencia del denominado "omnimodo facturus", es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción». (F. J. 8º)

## **INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. Atipicidad.**

Recurso: Casación nº 172/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 353/2009 de fecha 02/04/2009

«...El tipo penal imputado describe, formando parte del elemento objetivo, como acción típica, la triple modalidad de la *destrucción*, la *inutilización* o la *ocultación*, conductas que han de ir referidas a un *documento*. Este documento para ser elemento del tipo ha de reunir, no solamente las calidades a que se refiere el artículo 26 del Código Penal, sino la de estar *vinculado al cargo* desempeñado por el sujeto activo del delito, al menos en cuanto a su *custodia*.

El artículo citado se ubica en un capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración pública. Es pues necesario, que dicho comportamiento afecte al bien jurídico protegido. Es decir que la citada acción, del sujeto específico que hace del delito uno de los de la clase de *especiales propios*, sea destructiva, de inutilización o de ocultación, ha de *interferir*, cuando menos dificultándola, en la *actividad administrativa* a la que concierne el cargo desempeñado por el sujeto activo. Es decir, que no podrá entenderse realizado el tipo si el comportamiento del sujeto no está revestido de esa **relevancia**.

Desde el punto de vista subjetivo, el tipo requiere un elemento específico: que el sujeto actúe *a sabiendas*.

Es claro que los hechos probados describen un comportamiento que constituye una acción que no cabe calificar de destrucción -eliminar una palabra no implica destruir el documento que la soporta- ni de ocultación. Se trata de la **inutilización**. Procede en consecuencia determinar si ello se traduce en una afectación -minorándola o eliminándola- de la eficacia del documento, desde la perspectiva de la función atribuida al sujeto activo en relación con la producción y custodia del documento.

Tal cuestión exige determinar cual sea el **contenido jurídicamente exigible y, a la vez, tolerable o posible del documento** al que afectó el comportamiento imputado al acusado recurrente.

Es entonces cuando hemos de acudir a la regulación de dicho contenido. Prescindiendo de aquella parte que permanece indemne tras el comportamiento reprochado al acusado. Es decir del contenido de los diversos instrumentos notariales protocolizados y a los que se unió la parte escrita -cajetín- que recoge el acto de liquidación del arancel. Y ello por la sencilla razón de que la palabra "dispensado", que en todos dichos instrumentos escribió, primero, y mandó borrar, después, el acusado, **en nada afectaba al contenido de dichos instrumentos amparados por la fe publica derivada de la intervención del acusado como Notario**.

En efecto el contenido que, a lo sumo, podría verse afectado es el del acto de liquidación que al acusado le ordenaba practicar la disposición adicional 3ª de la ley de 15 de abril de 1989, reguladora del régimen jurídico de tasas y precios públicos. El contenido de dicho acto liquidador está minuciosamente regulado en dicha disposición. Dicho contenido será: **a)** la base de aplicación del Arancel; **b)** el número del arancel y **c)** el resultado de aplicar esto a aquello, es decir, los honorarios que corresponde al funcionario, en este caso, el fedatario.

**Cualquier otro contenido ni es exigido por la norma citada, ni por la reguladora del otorgamiento de los instrumentos. Ni, por lo mismo, es tolerable que dicho contenido se amplíe a expresiones ajenas a dicho otorgamiento o a aquella liquidación.**

Así deriva también de lo dispuesto en las Normas generales de aplicación, recogidas en el Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre. Allí se reitera la norma legal sobre contenidos de la actuación liquidadora y su ubicación.

Cualquier referencia a la efectividad de la percepción de los honorarios liquidados se traslada por dicha norma a otro documento: **la minuta**. Es ahí donde tiene su lugar la consignación del importe devengado. Y, en su caso, el de los suplidos. Y donde se harán las menciones de la posibilidad de impugnación y la de los plazos para ésta.

De lo anterior cabe ya extraer una consideración esencial: cualquier mención o texto inserto en el soporte del instrumento intervenido a efectos de fe pública por el notario y del acto de liquidación, ajeno al contenido propio de aquel instrumento o de los tres elementos que ésta ha de contener, **solamente cabe tenerla por jurídicamente irrelevante**. En efecto, en relación a esto último no cabe olvidar que la exigencia de mención del acto liquidador en el documento notarial se justifica desde las normas que hacen posible el control de las disposiciones sobre precios públicos. Y no para otra cosa. Singularmente, no tiene por finalidad controlar el cumplimiento de los deberes fiscales del notario como contribuyente.

Por ello, el mantenimiento o la supresión de esa **atípica mención**, ni priva al instrumento público de su cobertura por la fe pública, ni a la liquidación de su trascendencia como tal. Mal cabe decir que, en caso de emisión de copia del instrumento habría de surgir una discrepancia entre el contenido de ésta y el del documento protocolizado. Porque en absoluto habría dicha copia de recoger dicha mención, en caso de subsistir la misma en la forma en que fue incluida en el soporte protocolizado. Y al receptor de la copia se le provee, como hemos dicho, de la minuta, y ese es el instrumento que ha de utilizar a los efectos que le interese para dejar constancia de lo que concierne a la efectividad del pago o no de honorarios y suplidos.

Y el control de cumplimiento de normas sobre precios públicos se satisface con la constancia del cajetín de que hemos hecho mención antes.

Es indiferente que tal sobreañadida mención concierna de manera más o menos directa al acto de liquidación, o que recoja expresiones de voluntad del que la inserta en el ámbito de su vida privada, o se procure con ella mantener viva la memoria de datos, o cumpla cualquier otra finalidad ajena a las que la norma impone como **únicas posibles y exigibles** para el normal desenvolvimiento de la actividad de fe pública o de liquidación de aranceles.

Y eso es lo que nos dicen los hechos probados que ha ocurrido. El fedatario quiso expresar una advertencia sin más destino que el de su personal recuerdo. Esa advertencia podía traducirse en plurales funciones. A modo de ejemplo, para elaborar los documentos contables fiscales del funcionario público titular del derecho a los aranceles devengados, circunstancia ésta que no equivale necesariamente a percibidos. Con la eventual provisionalidad de estar destinados tales recordatorios a ser suprimidos una vez que la memoria fuese ya innecesaria.

Ciertamente la persistencia de la indicación podría frustrar una eventual estrategia de incluir los honorarios, reflejados en los correlativos cajetines, en la alegación de cobros fallidos, para, de tal guisa, eludir su inclusión en la base imponible correspondiente, si se estimase procedente, bien, si se contribuyó fiscalmente por razón de dicho pago, obtener posteriormente la devolución del tributo abonado por el notario. A ello se alude en la declaración de hechos probados cuando se dice que lo que se pretendía era transformar el cúmulo de supuestos de autoconsumo por supuestos de impagados.

Pero tal comportamiento no es ajeno al de cualquier otro comportamiento de autoencubrimiento, eventualmente llevado a cabo por el contribuyente, ajeno a funciones de fe pública y control de precios públicos que, como dejamos dicho, resultan indemnes tanto si persiste la anotación "dispensado" como si ésta se suprime.

Es obvio que no se acusa al recurrente de ninguna figura delictiva relacionada con la contabilidad fiscal del Notario acusado ni, menos aún, con el cumplimiento de sus deberes tributarios. Por ello, siendo inocua la supresión, como lo era antes la inclusión, de la expresión "dispensados", a los efectos de la actividad administrativa de la custodia del documento, el comportamiento citado **ha de estimarse atípico** en relación con los delitos del artículo 413 y siguientes del Código Penal». (F. J. 9º)

### **INSOLVENCIA PUNIBLE. Actual regulación: interpretación jurisprudencial de la Ley Concursal.**

Recurso: Casación nº 1612/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 146/2008 de fecha 18/02/2009

«...En primer lugar, porque esta sentencia citada por los recurrentes se refiere al art. 520 C.P. de 1.973, y el precepto aplicado en la que aquí se impugna es el 260 C.P. de 1.995, al que no cabe aplicar la jurisprudencia que interpretaba el Código derogado, el cual, en el citado art. 520 sancionaba la quiebra fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, mientras que el tipo penal aplicado en la sentencia combatida castiga al que agravare dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia ya causadas.

Conviene tener muy en cuenta que a tenor de la Ley Orgánica 15/2003, de 11 de noviembre, la separación que la Ley Concursal establece entre los ilícitos civiles y penales, ya proclamada en su Exposición de Motivos, se recoge de manera expresa en el art. 163.2 de dicha ley, cuando dice que "el concurso se calificará como fortuito o como culpable", pero que "la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito". Esta afirmación coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 C.P., en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y **la desaparición de la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del C.P. de 1.973**. Ahora, tanto "este delito" como "los delitos singulares relacionados con él" (v. gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.) "podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste". A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora, y ya desde el C.P. de 1.995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), **bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que "la situación de crisis económica o la insolvencia ha**

**sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre".** Esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 LC). Se cierra así el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil e igualmente respecto de la jurisdicción laboral (STS 612/2006, de 2 de junio).

De donde se puede concluir, por un lado, el acierto de la sentencia recurrida al calificar los hechos en la modalidad típica "de agravar dolosamente la situación de insolvencia o crisis económica que presentaba la entidad P. de A." (inicio del F.J. Sexto), pero no en la otra alternativa típica del art. 260 aplicado, pues, como ya se ha dicho no ha quedado demostrado que la situación de insolvencia de la empresa hubiese sido provocada consciente y deliberadamente por los acusados.

En segundo lugar, si de aplicarse el art. 520 C.P. de 1.973 se trata, el tipo penal únicamente exigía una declaración judicial de quiebra fraudulenta "con arreglo al Código de Comercio", constituyendo entonces esa decisión judicial una condición objetiva de perseguibilidad y punibilidad. Pues bien, en el caso presente, esa condición se ha cumplido. Ciertamente es que la declaración judicial que la establece la hace en función de determinados apartados del art. 890 C. de C. y del art. 891 del mismo Texto Legal, ninguno de los cuales se refiere a las disposiciones patrimoniales en beneficio propio o ajeno en perjuicio de la empresa propietaria de esos fondos. Pero no puede olvidarse que en nuestro caso, las razones esenciales para que fuera declarada la quiebra fraudulenta de "P. de A., S.A." consistían en la falta de la documentación contable determinante de que "no ha sido posible conocer la verdadera situación de la quebrada a través de sus libros". El art. 891 del Código de Comercio establece que la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario. La entidad quebrada no ha propuesto prueba que desvirtúe la falta de documentación ordenada y fiable de la que pueda desprenderse su verdadera situación económica. La presentación de los Libros en la Agencia Estatal de Administración tributaria no hace que automáticamente dichos libros reflejen el contenido real de la situación de la empresa quebrada. La entidad "P. A., S.A." ha presentado una documentación que no coincide con las deudas reclamadas, se presenta de forma extemporánea, no se encontraba en las oficinas de la empresa en el momento de la declaración de quiebra y de su estudio no ha sido posible determinar la verdadera situación de la quebrada. A partir de septiembre de 1.994, la quebrada se encontraba en una situación de grave crisis económica, se produce el impago generalizado de todos los créditos y no se formula solicitud de quiebra voluntaria o suspensión de pagos. Todo ello, conduce a calificar la quiebra como fraudulenta"». (F. J. 5º)

## **INSOLVENCIA PUNIBLE. Doctrina (art. 260 CP).**

Recurso: Casación nº 429/2008

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 116/2009 de fecha 04/02/2009



«...El artículo 260, modificado por la L.O. 15/03, que únicamente suprime los términos quiebra y suspensión de pagos para sustituirlos por "*el que fuere declarado en concurso*", castiga, dentro del capítulo de las insolvencias punibles, al que haya alcanzado dicha situación de crisis económica o insolvencia por una conducta dolosa realizada por el propio deudor o persona que actúe en su nombre, añadiendo que para graduar la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. Por último, este precepto desconecta los avatares o conclusión del proceso civil o mercantil de la responsabilidad penal exigible por el mismo, sin que la calificación civil de la insolvencia vincule a la jurisdicción penal. Los requisitos fijados jurisprudencialmente para aplicar el artículo 260 mencionado se refieren, pues, en primer lugar, a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso, en segundo lugar, que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada dolosamente por aquél, y, en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, aunque esta exigencia no aparece mencionada específicamente en el precepto citado. Ahora bien, la Jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, por lo que señalamos más arriba en relación con el apartado segundo, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores (S.S.T.S. 1757/02 o más recientemente 1018/06). Se trata por tanto de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso. Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial». (F. J. 1º)

## **INSOLVENCIA PUNIBLE. Quiebra punible (art. 260 CP).**

Recurso: Casación nº 828/2008

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 392/2009 de fecha 24/04/2009

«8.- El derecho penal busca, por encima de artificios formales, la verdad material y, lo cierto e incontestable es que, situados cronológicamente en la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 la actuación del recurrente incurría de pleno en la declaración de fraudulenta por haber aplicado a usos propios dinero de la masa. El Ministerio Fiscal en su impugnación, acogándose a los datos cronológicos mantiene que, en todo caso, nos encontraríamos ante un delito del artículo 257.1.1º del Código Penal, es decir, de un alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores que considera homogéneo y, por tanto, no vulnera el principio acusatorio.

9.- Sin perjuicio de esta alternativa, el artículo 260.1º del Código Penal no puede ser interpretado en el sentido que pretende la parte recurrente, ya que no condiciona su aplicación a posteriores maniobras fraudulentas del concursado. La Ley exige simplemente una declaración de concurso ahora o de suspensión de pagos, entonces, antes de la entrada en vigor de la Ley concursal y la comprobación, después de esta declaración y mediante los mecanismos de control e investigación, de que la situación de insolvencia o crisis económica había sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. En el caso presente, la declaración de suspensión de pagos se realiza, por Auto del Juzgado de 1ª Instancia, de 6 de Octubre de 1998. En esa fecha ya se sabía y, fue uno de los factores determinantes de la decisión judicial, que la entidad insolvente contaba *entre los escasos activos* como dice expresivamente la sentencia del crédito contra la Hacienda Pública tantas veces mencionado. El crédito sería finalmente pagado. La actitud dolosa del recurrente se pone de relieve por el hecho de que, sabiendo que ese era uno de los activos escasos que podía ofrecer a sus acreedores, actúa de manera dolosa y fraudulenta como había sido su diseño inicial, apropiándose de dicha cantidad en perjuicio de sus acreedores. No se trata de un dolo sobrevenido sino de un hecho que revela la existencia de maquinación dolosa que llevaron, antes de recibir el pago de Hacienda, a una dolosa situación de insolvencia que se objetivaba en lo que la sentencia recurrida denomina "escasos activos" (indicios que permiten calificar el concurso como doloso).

10.- La actuación dolosa o fraudulenta, lo es de la suspensión de pagos en general y, la demostración palmaria de esa intención se constata por la actividad realizada por el deudor al percibir un crédito que todos sabían que pertenecía a la masa de los acreedores. No se trata por tanto de situarse en situación de suspensión de pagos de una manera dolosa y previa a la declaración judicial, sino de constatar esa intención dolosa por actos posteriores que revelan que la petición judicial de suspensión era el designio trazado desde el principio de sus operaciones fraudulentas. La exteriorización del dolo no se pudo producir antes, aunque existe constancia de su existencia por el hecho notorio de que la Hacienda Pública no pagó hasta después de la declaración de suspensión de pagos. No se puede admitir la tesis artificial de que el dolo surgió cuando recibió el pago de la Hacienda Pública. Es evidente que ya se había diseñado en el momento en que acude al juzgado para solicitar la cobertura civil de la declaración de suspensión de pagos. En ese momento, su buena fe y lealtad con los acreedores le hubiera llevado a que la cantidad líquida y pendiente de pago fuese inmovilizada y puesta a disposición de los mismos. Es decir, es absolutamente falso que la crisis sea posterior a la decisión judicial, es el resultado de una actuación desleal hasta sus últimos extremos». (F. J. 1º)

#### **JURISDICCIÓN. Principio de protección o real. Falsificación de documento de identidad.**

Recurso: Casación nº 304/2008

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 222/2009 de fecha 05/02/2009

«...Para regular la atribución de jurisdicción penal a los órganos españoles el art. 23 LOPJ acude en su apartado 3 f) al criterio de protección o real, estableciendo que conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como *“cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de los falsificado”*.

Y, por otro lado, un documento estatal de identidad debe entenderse comprendido entre aquellos a que se refiere el art. 392 CP. Así, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuye, en su art. 9, al Documento Nacional de identidad el valor suficiente para acreditar, por sí solo, la identidad de las personas y le otorga la protección que a los documentos públicos y oficiales es reconocida por el ordenamiento jurídico; y la Ley Orgánica 27/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado, atribuye al Cuerpo Nacional de Policía la competencia para expedir ese documento.

Con ello el quid jurisdiccional viene a radicar en si la falsificación de un documento de identidad perjudicada directamente al crédito o intereses del Estado español.

3. Una puesta al día en las resoluciones de esta Sala viene a señalar que la falsificación de la clase de documentos que nos ocupan (oficiales o de identidad) afecta a intereses del Estado Español. Así la sentencia de esta Sala fechada el 10/11/2004 sienta que aquella falsificación *“afecta al interés del Estado español en conocer la identidad de las personas que se encuentren dentro de su territorio”*; y el auto de 25/3/2003 llega a preguntarse *“¿Qué crédito antes sus propios ciudadanos y ante la opinión internacional puede tener un Estado que no es capaz de poner los medios en principio adecuados para identificar a quienes se encuentran en su territorio o pretenden llegar al mismo a través de sus fronteras?”*. Postura que enlaza con aquella que, en la sentencia del 6/3/1991, llevó a establecer, en relación con la regla de extraterritorialidad que *“no puede discutirse el interés legítimo del Estado en la correcta identificación de las personas, y, de modo especial, de los extranjeros residentes en España”*.

Todo lo cual se compadece con las obligaciones de identificación que, para el Estado, se derivan de Título II del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen». (R. de J. L. S.V)

### **LESIONES. Inaplicación al caso del subtipo agravado de empleo de instrumento peligroso concurriendo con delito de robo.**

Recurso: Casación nº 10146/2009 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 568/2009 de fecha 28/05/2009

«En nuestra jurisprudencia mas reciente, aún destacando esas argumentaciones que reproduce el Ministerio fiscal, sobre todo la distinción en el

presupuesto de agravación para el delito de robo y para las lesiones, bastando en el primero la exhibición y requiriendo en el segundo su efectiva utilización, no se aplica la doble subsunción de los medios peligrosos atendiendo a que "en el fondo la ratio agravatoria es la misma" STS 1572/2003, de 25 de noviembre. En otras ocasiones, casos de concurrencia de delitos de robo con intimidación y de violación, se ha argüido la necesidad de que para la doble incriminación por el empleo de medios peligrosos se requiere una especial motivación sobre la peligrosidad concreta, STS 396/2008, de 1 de julio.

El motivo será desestimado. Ciertamente puede existir una vulneración del non bis in idem en los supuestos de concurrencia de un delito de robo con intimidación y empleo de medios peligrosos y otro de lesiones causadas con el medio peligroso portado, pues si bien es cierta la diversidad de bienes jurídicos afectados, y la distinta conformación típica, en un caso bastaría la exhibición y en el delito de lesiones la tipicidad de la agravación requiere un uso vulnerante, también lo es que en el delito de lesiones con carácter previo a su utilización como instrumento en la lesión, ha existido una previa exhibición, lo que conllevaría que el mismo hecho, la exhibición del arma, sería castigada doblemente como presupuesto de la respectiva agravación, siempre, claro está que se tratara del mismo instrumento peligroso empleado en la acción depredatoria y en la de lesión. En el caso de autos, además, la forma comisiva reflejada en los hechos refiere una simultaneidad del empleo del cuchillo para el desapoderamiento, pues la perjudicada así el bolso tratando de evitar la sustracción, y para las lesiones, de manera que su empleo, lesivo, se corresponde con su empleo exhibiéndolo, razones que justifican, para este supuesto, la desestimación del recurso dada la simultaneidad en el empleo del cuchillo, para potenciar la violencia y para causar la lesión, que hace no procedente la doble incriminación en los respectivos tipos agravados». (F. J. único)

### **LESIONES PSÍQUICAS. Delito autónomo respecto a los delitos de secreto y contra la integridad moral.**

Recurso: Casación nº 10319/2008 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 629/2008 de fecha 10/10/2008

«...Es cierto que, como dijimos en la STS 1928/2003, de 12 de noviembre, en este punto del debate, tanto la doctrina como la jurisprudencia en las pocas ocasiones que le ha sido planteado el problema, han sido un tanto fluctuantes con argumentos pocas veces favorables a la tesis recurrente (nunca de manera muy clara) y otras, la mayor parte, desfavorables a ella. Los argumentos que se emplean en estos últimos supuestos van desde la falta de dolo hasta entender que la acción lesiva se encuentra subsumida en el delito principal de la que ésta trae causa.

La inexistencia de dolo, que el recurrido Q. ha opuesto en la vista del recurso ha de ser deshechada, ya que, en todo caso, a los hechos probados sería de aplicación la figura del dolo eventual.

Se describen una serie de acciones de las que resulta una insanidad mental que se declara probada. El dolo del autor, en el delito de lesiones, debe comprender la acción y el resultado. Respecto a su acreditación, como elemento subjetivo participa de las reglas generales empleadas por la jurisdicción, esto es, a través de inferencias racionales deducidas de los hechos declarados probados. Desde esta perspectiva es razonable pensar que la reiteración de actos agresivos, su continuidad en el mantenimiento de una situación, que desborda los propios del delito de detención ilegal y contra la integridad moral, como los golpes, los encadenamientos, las vejaciones, las condiciones del encierro, privándole de las necesidades básicas de manutención y de aseo personal, han determinado la producción de un resultado típico, lesiones, que eran racionalmente previsibles desde la realización voluntaria de la acción.

Desde la realización de la acción, en los términos que se declara probado la producción del resultado sobre la sanidad mental del acusado era causal, objetiva, al resultado producido. Debemos recordar, por otra parte que la cuestión fue sometido a debate del Pleno de la Sala II que con carácter no jurisdiccional se celebró al diez de octubre 2003 que acordó "Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consumación del artículo 8.3º del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

El relato fáctico, en el particular que interesa a la resolución de este motivo, declara probado que los acusados en este delito realizan diversas conductas sobre el ofendido, parte de las cuales se integran en el delito contra la integridad moral, en tanto que otras exceden de esa subsunción, y que en el hecho probado se concretan en el hecho de oprimir los ojos con los pulgares, someter al detenido a golpes continuos con la cabeza tapada, a continuas vejaciones, golpes, le llevan en el maletero del coche con la cabeza cubierta, le someten a condiciones de privación de libertad duras, describiéndose los habitáculos y las condiciones de sujeción, hechos que, además de innecesarios en la detención y al ataque a la integridad moral, son causales al resultado de lesiones y se traducen en las secuelas que se describen en el hecho probado, estrés postraumático crónico, y durante la ejecución con los deseos e intentos de autolesión que el perjudicado sufrió.

La subsunción en el delito de lesiones ha sido tratada por la jurisprudencia antes y a raíz del mencionado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional. Así la STS1080/2003 de 16 de julio abordó la cuestión relativa a si los resultados psíquicos que pudieran aparecer en los delitos de agresión se consumen, o no, en los de agresión causales de estas conturbaciones, en este caso la agresión sexual, pero que pueden aparecer en otros delitos como los robos con intimidación, amenazas, etc.. En otras palabras, si las consecuencias psíquicas o espirituales de la conturbación psíquica que la psicología y psiquiatría recogen con diversas denominaciones como estrés postraumático, trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso, etc., que son consecuencia de una agresión se consuman en el delito de agresión del que hacen causa, o alcanzan una autonomía típica en el delito de lesiones.

En la Sentencia 1590/99, de 13 de noviembre, dijimos que estas situaciones "son precisamente las consecuencias extratípicas del delito que han impulsado al legislador a poner bajo la amenaza de pena los delitos sexuales, en los que no se trata sólo de proteger la libertad, sino como medio de protección de la personalidad en un sentido mas amplio. Por esta razón... el legislador, aunque no ha exigido ninguna consecuencia psíquica de la víctima en el tipo del delito (de agresión sexual) ha considerado que por regla la comisión del delito las producirá".

Consecuentemente, en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir "normales", correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto subsumible en el delito de lesiones.

Resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad. Lo relevante es la prescripción del tratamiento efectuado por un médico siendo indiferente que la actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (En este sentido, SSTs 355/2003, de 11 de marzo, 625/2003, de 28 de abril, 2463/ 2001, de 19 de diciembre).

En el caso de autos, el informe de los médicos forenses refiere como consecuencia de los hechos que el ofendido sufrió un estrés postraumático crónico y que requiere tratamiento psicológico y psiquiátrico, señalando días de sanidad en un tiempo prolongado que se declara probado. Desde luego, el diagnóstico, la cronicidad de la lesión y el periodo de tratamiento médico que se declara exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo, y tienen

una sustantividad propia y distinta de la propia de la agresión, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos en los que se insta en el recurso.

La estimación del motivo de la acusación particular no resuelve en su integridad los problemas de la cuestión planteada. Es preciso acordar el régimen de concurrencia de los delitos, si concurso ideal o real. Pudiera parecer que, en principio, la producción de los resultados típicos, la privación de libertad y las lesiones psíquicas o entre estas y los atentados a la integridad moral existió una identidad de acción con multiplicidad de resultados, supuesto en el que la concurrencia sería bajo las normas del concurso ideal, pero del hecho probado resulta tal pluralidad de acciones, con dos habitáculos en los que se priva de libertad, con la relación variada de hechos que desbordan y exceden de la consideración de hecho único productor de resultados, lo que aboga por la consideración de una pluralidad de acciones con distintos resultados que concurren realmente». (F. J. 1º)

### **LESIONES PSÍQUICAS. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 5/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 79/2009 de fecha 10/02/2009

«...La subsunción en el delito de lesiones ha sido tratada por la jurisprudencia antes y a raíz del mencionado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 10.10.2003. Así la STS. 1080/2003 de 16 de julio abordó la cuestión relativa a si los resultados psíquicos que pudieran aparecer en los delitos de agresión se consumen, o no, en los de agresión causales de estas conturbaciones, en este caso la agresión sexual, pero que pueden aparecer en otros delitos como los robos con intimidación, amenazas, detenciones ilegales, etc.. En otras palabras, si las consecuencias psíquicas o espirituales de la conturbación psíquica que la psicología y psiquiatría recogen con diversas denominaciones como estrés postraumático, trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso, etc., que son consecuencia de una agresión se consuman en el delito de agresión del que hacen causa, o alcanzan una autonomía típica en el delito de lesiones.

En el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir "normales", precisa la STS. 629/2008 de 10.10, correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión, declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal o real según los casos, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto, subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente a este delito. Será necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de la agresión o si, por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o

especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto, subsumible en el delito de lesiones.

Resulta patente que toda agresión personal produce, además el correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con intimidación, contra la libertad, en el delito de detención ilegal, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El Legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito inicial. Pero también es posible que esos resultados superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito, merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad.

En el caso de autos, los distintos informes médicos que se detallan en el hecho probado refiera como consecuencia de los hechos la ofendida padece un trastorno por estrés postraumático, que requirió tratamiento médico especializado con medicación ansiolítica y psicoterapia de apoyo, señalando los días de incapacidad en un tiempo prolongado, 74 días, que se declara probado. Desde luego, el diagnóstico, la cronicidad de la lesión y el periodo de tratamiento que se declara exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo y tienen una sustantividad propia y distinta de la detención ilegal, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos que realiza la sentencia de instancia». (F. J. 3º)

## **MEDIDAS DE SEGURIDAD. Duración.**

Recurso: Casación nº 11493/2008 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 603/2009 de fecha 11/06/2009

«..Centrándonos, por tanto, en la duración de la medida de internamiento, el principio de proporcionalidad de las medidas (art. 6 CP), exige como presupuesto de la aplicación de una medida de internamiento que la pena señalada al delito sea privativa de libertad. Dicho presupuesto debe distinguirse de la cantidad o gravedad de la pena privativa de libertad que juega como limite temporal del internamiento.

La “pena-presupuesto” y la “pena-limite” tratándose de eximentes incompletas se establece, como regla especial, en el art. 104: la pena privativa de libertad como presupuesto de la medida debe considerarse “concretamente” (el instrumento solo cabe si “la pena impuesta” es privativa de libertad) lo que conduce, obviamente, a su completa determinación. Ello es explicable si se



recuerda que estamos ante un sujeto responsable parcialmente y acreedor de una pena que podría hacerse cumplir sin aplicación de medida alguna.

En cambio, la pena que juega como limite temporal al internamiento de tal eximente incompleta es la pena abstracta señalada al delito (art. 104: su duración no podrá exceder de la “pena prevista” por el Código para el delito). La razón se encuentra en el carácter atenuado de la pena privativa de libertad que, por aplicación de la eximente incompleta habrá resultado en la determinación concreta de la misma. La razón parece clara: la pena se basa en la culpabilidad que aquí estaría disminuida seriamente, lo que aconsejaría una pena –rebajada en uno o dos grados-. La medida se fundamenta en la peligrosidad que, sin embargo, probablemente se haya incrementado, lo que justificaría una duración superior.

Es decir, que el limite máximo en estos casos no es la pena concretamente impuesta por el Tribunal, sino la que el Código prevé con carácter general, pues no hay referencia alguna al resultado de la individualización.

No de otro modo se ha pronunciado esta Sala refiriéndose a la pena prevista en abstracto en todos los casos de eximentes completas o incompletas, pese a la diferente redacción. STS n° 210712001, de 12 de noviembre.

(...)

Criterio éste que, en definitiva, fue el recogido en el reciente Pleno no jurisdiccional de la Sala de 31.3.2009, que adoptó el siguiente acuerdo: “la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate”.

Por último, las alegaciones de la recurrente en su escrito de 13.2.2009 cumplimentando el trámite del art. 882.2 LECrim. en relación a que el pronóstico de peligrosidad es una presunción en contra del reo y agravar la pena con una medida de seguridad implica necesariamente una infracción del principio non bis in idem, pues al fin y al cabo no hay diferencia entre estar en un psiquiátrico y estar en la cárcel, dado que en ambos casos se está privado de libertad, devienen inaceptables. Por varias razones:

a) Supone olvidar la finalidad terapéutica de la medida de internamiento y que los límites de su duración son siempre máximos y, por tanto, no son irreversibles o inmodificables, cesando el internamiento cuando conste la curación o desaparición de la peligrosidad del sujeto (STS. 22.1.2001), por cuanto la gravedad del delito puede ser un dato para el diagnóstico de la peligrosidad y fijación del tratamiento, pero no tiene, necesariamente, que tener el mismo valor decisivo en la fijación de la consecuencia jurídica –la medida- que cuando se trata de aplicar una pena.

Por ello el control que deben ejercer los Jueces y Tribunales, según el art. 3.2 CP, sobre la ejecución de la medida, supone, de una parte, el imperativo de que las medidas no puedan exceder –art. 6.2- el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, y de otra, la lógica precisión de que la medida resulte adecuada al grado y a la índole de la peligrosidad, y como consecuencia de

aquel imperativo y de esta exigencia, la necesidad de individualizar al máximo y permanentemente la medida. De ahí que el art. 97 CP, modificado por LO. 15/2003 de 25.11, obligue al Juez o Tribunal sentenciador –al que incumbe el control de la ejecución de la medida- a acordar mediante procedimiento contradictorio y previa propuesta, que al menos anualmente está obligado a elevarle el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando los informes médicos emitidos por los facultativos y profesiones que asisten al sometido a la medida de seguridad (art. 98 CP) –el mantenimiento, cese, sustitución o dejar en suspenso la medida de seguridad impuesta, de forma motivada, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial y deberá basarse en algún tipo de prueba objetivable-.

b) Y no tener en cuenta que en el supuesto de semi-imputables, el art. 104 CP. establece que en los casos de eximente incompleta de alteración mental, intoxicación plena y alteración de la percepción, el Juez o Tribunal “podrá” imponer además de la correspondiente pena (atenuada) las medidas previstas para los inimputables en los arts. 101, 102 y 103.

Esta posible acumulación de penas y medidas se aplica con el denominado sistema vicarial y prohíbe la aplicación de una medida de internamiento si la pena no es privativa de libertad (art. 104).

El sistema vicarial regulado en el art. 99 CP. (“en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal, podrá si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos proseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”), se aparta del dualismo puro -por el que se acumularían sin más la pena y la medida- ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de libertad. Básicamente consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el periodo de internamiento como cumplimiento de la pena. La aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el CP. para el delito, art. 104 CP, es decir en abstracto. Si se alza la medida de seguridad antes de alcanzar este tope y todavía resta pena por cumplir, el Juez o Tribunal podrá suspenderla o imponer alguna medida no privativa de libertad, arts. 99 y 96.3 CP.

Con esta previsión se da respuesta a los casos en que el sujeto es responsable del delito, pero se le reconoce una imputabilidad disminuida, que desaconseja el ingreso en prisión y requiere la suspensión o levantamiento. Sería el supuesto de anomalías que no siempre alcanza la exención total (por ejemplo las psicopatías o las toxicomanías) pero que sería funesto remitir a la cárcel.

En el sistema vicarial, por tanto, la pena y la medida no se acumulan materialmente, sino que se integran mutuamente. Ello permite evitar los inconvenientes que se advierten en relación al principio non bis in idem si la pena y la medida se aplicaran acumulativamente, ya que en el sistema que se analiza no se produce su “intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de

defensa social, unos hechos ya sancionados”, lo que según la STC. 27.11.85 infringiría dicho principio». (F. J. 5º)

## **ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA. Competencia para emisión y trámites.**

Recurso: Casación nº 11237/2008 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 221/2009 de fecha 06/03/2009

«3. Por lo que se refiere a la competencia para emitir la Orden de Detención Europea, el art. 2 de la Ley española que regula la materia, L 3/2003, de 14 de marzo, precisa que es apto para emitirla *el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de orden*. Y conforme al art. 6 la autoridad judicial de emisión española podrá *comunicar directamente* a la autoridad judicial competente de ejecución la orden europea.

Por otra parte, el art. 8 de la citada L 3/2003, de 14 de marzo, autoriza igualmente a la autoridad de emisión española a solicitar de la autoridad judicial de ejecución (portuguesa, en este caso) el *traslado temporal a España* de la persona reclamada *..para la celebración de la vista oral*.

Como se ve no hay ninguna limitación para acordar su emisión -y mucho menos para interesar su prórroga- para el Tribunal que “conozca” de la causa, sino todo lo contrario, dada la mención legal transcrita. Es lógico que el procedimiento lo inicie quien tiene encomendada la instrucción por ser la fase inicial del procedimiento criminal, pero nada impide que, más avanzado su curso, sea el Tribunal de enjuiciamiento quien inste la medida.

En el caso así ocurrió, sin colisión alguna entre los órganos judiciales. Recordemos que, cuando tuvo conocimiento de la resolución portuguesa el instructor, se apresuró a ordenar que se diera traslado de ella a la Audiencia. Y, por otro lado, ninguna indefensión por tal motivo llega a justificar la parte ahora recurrente.

4. En cuanto, a la falta de solicitud de informe previo a los abogados portugués y español del detenido, hay que decir que, por lo que se refiere al control del cumplimiento de la legislación portuguesa, este no nos incumbe de ningún modo. Conforme a los tratados internacionales y el espíritu que domina la Orden de Detención Europea, tanto en la decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo de 13 de junio de 2002, como en las diferentes leyes nacionales de introducción y desarrollo de sus principios, encontrándonos en un *espacio común de libertad, seguridad y justicia*, la previsión no es otra que la de que la actuación procesal ha de adecuarse, por supuesto, a los Tratados en los que España sea parte, pero conservando cada Estado la dirección y control de las actuaciones en su territorio, conforme a su derecho interno, en aplicación del principio de *reconocimiento mutuo y de confianza recíproca*. Lo que constituye doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia (Cfr. STS de 24-5-2004, nº 699/2004). Con arreglo a ello no podrían enjuiciarse por las normas españolas los procedimientos llevados a cabo en una nación extranjera.

Por otro lado, la ley española 3/2003, de 14 de marzo (BOE 65, de 17-3-03), en su artículo 14, prevé (para el caso -que no es el nuestro- de ser las autoridades españolas las encargadas de la *ejecución* de la OED) la *audiencia* al detenido, que se ha de pronunciar en ese momento inicial, sobre si consiente o no, dependiendo de ello determinadas especialidades en el procedimiento ulterior a seguir, pero nada se contempla para momentos posteriores. Ello es acorde con la citada Decisión Marco que se limita a señalar que "cuando la persona buscada sea *detenida*, tendrá derecho a ser *informada* del contenido de la Orden, así como contar con la asistencia de un abogado y un intérprete".

Además, a pesar de lo anterior, y en todo caso, las actuaciones antes relacionadas revelan una realidad distinta a la que apunta el recurrente como susceptible de producirle indefensión.

En efecto, vimos como las autoridades judiciales (*de ejecución*) portuguesas acordaban que se comunicara la prórroga "*al mandatario del acusado*" (*comunicando-se a mesma... a o mandatario do arguido*); y el Juez de Instrucción nº 3 de Tudela acordó en 22-2-08, a su vez, *dar traslado* del oficio del Tribunal de Lisboa "*a las partes personadas en autos*", obrando las correspondientes notificaciones a la vuelta del mismo texto (fº 1.993).

Las actuaciones posteriores igualmente ponen de manifiesto las quejas (incluida la dirigida al Ministerio de Justicia como Autoridad Central), efectuadas por la representación del detenido, procesado y acusado, hasta desembocar en el auto de la sala de instancia de 11-6-2008 donde, ya con relación al recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 14-5-08, donde se acordó la unión al rollo de la comunicación remitida por el Tribunal de Relação de Lisboa prorrogando el plazo de entrega temporal hasta el 15 de junio, desestimó la impugnación por haber sido interpuesto fuera de plazo. Igualmente consta que, habiéndose concedido una nueva y definitiva prórroga de la entrega temporal del procesado por las autoridades judiciales portuguesas hasta el 31-7-08 (fº 309 y 310) para permitir el enjuiciamiento señalado, finalmente, tuvo lugar éste entre los días 30 de junio y 16 de julio de 2008.

Todo ello demuestra que ni hubo indefensión, ni trascendencia alguna para la actividad enjuiciadora que se desarrolló por sus trámites por el Tribunal dotado de competencia para el conocimiento del asunto, y con intervención de la Defensa con plenas posibilidades de contradicción». (F. J. 1º)

**PENALIDAD. Arresto sustitutorio, suma a efectos del art. 53.3 del CP. (Acuerdo del Pleno de 01/03/2005).**

Recurso: Casación nº 966/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 83/2009 de fecha 28/01/2009

«..Ahora bien, la Sala sentenciadora de instancia con acertado criterio individualizó penológicamente la dosimetría de los acusados en dos grupos, a

A.A.S. y D. C. N., por su mayor intervención y dominio funcional de los hechos, les impuso cinco años de prisión, y a M. V. A. C. y M. L. A. C., la pena mínima de tres años de prisión, al ser consideradas partícipes secundarias, si bien a título de autoría conjuntamente con sus padres. Y en punto a la multa de seis mil euros, a cada uno de ellos, determinó el arresto de un mes en caso de impago. Tal previsión penológica infringe el contenido del art. 53.3 del Código penal, pues esta Sala lo ha interpretado en su Acuerdo Plenario de fecha 1 de marzo de 2005, bajo el siguiente tenor: "la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP." Como dicho límite está en 5 años, tras la reforma operada por la LO 15/2003, debe suprimirse tal arresto para los dos primeros, lo que se hará en la segunda sentencia que ha de dictarse, estimándose pues el recurso de manera parcial». (F. J. 6º)

### **PENALIDAD. Cómputo del tiempo de prisión preventiva.**

Recurso: Casación nº 10595/2008 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 951/2008 de fecha 18/12/2008

«..Por lo que hace al fondo de la cuestión tiene razón el recurrente cuando invoca la Jurisprudencia de esta Sala sobre el alcance del art. 58.3 CP, lo que apoya el Ministerio Fiscal, pero también éste cuando limita el abono a la prisión preventiva acordada en la causa de Barcelona en la que fue absuelto.

Ya decíamos en la S.T.S. 2394/2001, citada por el recurrente y el Ministerio Fiscal, que ya en relación con el precedente legislativo constituido por el artículo 33.1 C.P. 1973, la Jurisprudencia de la Sala Segunda, en beneficio del reo, fijó un criterio amplio y flexible permitiendo que el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa pudiese aplicarse a otras causas distintas y no necesariamente a la misma en la que se acuerda (S.S.T.S. 2/7/93, 23/3 y 4/11/98, como recuerda la más reciente de 11/5/00). La razón de ello estriba en que no es razonable acudir a un expediente indemnizatorio cuando la reparación puede obtenerse de forma específica en supuestos de ulteriores sentencias absolutorias o cuando la pena privativa de libertad impuesta sea inferior al tiempo transcurrido en prisión preventiva. Ahora bien, ello evidentemente podía erigirse en patente de impunidad para la comisión de nuevos hechos delictivos y por ello era preciso cerrar el ámbito temporal de dicha aplicación fijando un límite cronológico, es decir, la prisión preventiva sufrida en una causa podrá aplicarse a otra distinta siempre y cuando los hechos que han dado lugar a esta condena se hayan producido con anterioridad al ingreso en prisión. Este es el punto de engarce con el nuevo artículo 58.1 C.P. 1995, que amplía, siguiendo la doctrina jurisprudencial, el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, cuando señalaba que *"el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente (incluye también la detención) se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada, o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión"*.

Pues bien, una interpretación literal del precepto mencionado podría llevar a soluciones excesivamente rigurosas en perjuicio del reo, si tenemos en cuenta que pueden darse supuestos en los que la aplicación estricta del requisito cronológico impida el abono en relación con otras causas sin que se produzca tal situación de impunidad, en cuyo caso parece razonable llevar el momento relevante al conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva. La sentencia de esta Sala, nº 808/00, de 11/5, acogiendo esta línea, señala que *"en beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que puede autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58.1"*, transcrita más arriba. Existe, pues, la regla general en virtud de la cual los hechos delictivos que han sido objeto de condena deben haberse cometido con anterioridad al ingreso en prisión preventiva del condenado por otra u otras causas en las que haya resultado absuelto o se le haya impuesto una pena de prisión inferior, en cuyo caso dicha prisión preventiva le podrá ser abonada para cumplir la sentencia condenatoria, pero excepcionalmente si esos hechos delictivos han sido cometidos en el espacio temporal intermedio entre la prisión preventiva sufrida y la sentencia dictada en la causa correspondiente a dicha prisión (absolutoria) nada hay que oponer al abono de aquélla para el cumplimiento de la pena impuesta por causa de hechos delictivos cometidos en el período intermedio pues no puede reconocerse en estas condiciones la patente de impunidad a la que nos hemos referido con anterioridad. Como también expone la S.T.S. 1021/2005, después de la L. 15/2003, que da nueva redacción al art. 58 CP, ésta ha venido a recoger la interpretación jurisprudencial del anterior art. 33, ya mencionada, sin que exista razón alguna para modificar nuestra anterior Jurisprudencia.

Teniendo en cuenta esta doctrina, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando entiende que sólo debe ser de abono la prisión provisional que de 8/4/95 a 16/4/96 sufrió el recurrente en la causa en la que fue absuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5/4/2001, confirmada por el Tribunal Supremo en 30/11/2002, sentencia que es posterior a los hechos de la que está cumpliendo, que tienen lugar en los primeros meses de 1997, mientras en la causa correspondiente a la Audiencia Provincial de Gerona resulta, por una parte, que la pena impuesta excede de la prisión provisional, y, por otra, que la condena suspendida es también razón que impide el abono porque se opondría a ello el art. 58.1 CP, al menos mientras se acuerde el licenciamiento definitivo, siendo como es revocable el beneficio de suspensión de condena.

Por todo ello, el motivo debe ser parcialmente estimado». (F. J. 2º)

**PENALIDAD. Individualización: “non bis in idem” en la valoración de la gravedad de los hechos y la apreciación del delito continuado.**

Recurso: Casación nº 10036/2008 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar

Sentencia: nº 911/2008 de fecha 23/12/2008

«..La segunda cuestión que se plantea tiene relación con la individualización de la pena. Decíamos en la STS nº 661/2008, de 29 de octubre, que esta Sala ha señalado que “la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda”.

3. El Código Penal establece en el artículo 74.1 que al tratarse de delito continuado se impondrá en la mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. El recurrente es condenado como autor de un delito de los artículos 178 y 179 del Código Penal, al que corresponde una pena básica comprendida entre seis y doce años que en su mitad superior se extiende desde nueve años y un día a doce años. La mitad superior de la pena superior en grado a su vez alcanzaría, desde doce años y un día, hasta catorce años.

El Tribunal ha impuesto la pena máxima posible. Y para justificar la exacerbación tiene en cuenta expresamente la gravedad de los hechos probados y el número de violaciones. Es claro que el delito de violación previsto en el artículo 179 del Código Penal reviste una especial gravedad. Que el legislador así lo ha considerado se traduce en que le anuda una pena básica que en una extensión importante, entre los diez y los doce años, coincide con la pena prevista para el homicidio, el cual, al privar de la vida al ser humano destruye el soporte de todos sus derechos. También ha de considerarse que la agravación de la pena prevista en el artículo 74 del Código Penal se debe a que el delito continuado está compuesto por varias acciones u omisiones, lo que justifica un mayor reproche.

Por lo tanto, la gravedad de los hechos, que resulta evidente, y su reiteración ya están contemplados por el legislador al establecer la pena mínima para el delito continuado de violación en nueve años y un día de prisión. Consecuentemente, la superación de ese límite, que ya supone una importante privación de libertad, requiere del Tribunal una argumentación en la que se constaten otros elementos agravatorios que lo justifiquen, pues la pena debe mantener la proporcionalidad con el hecho concreto enjuiciado dentro de los límites penológicos señalados por la ley.

De lo expuesto se deduce que el motivo debe ser estimado, dictando segunda sentencia en la que se impondrá al acusado la pena de nueve años y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena manteniendo la prohibición de acercarse a la víctima a una distancia mínima de 500 metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o informático o telemático durante diez años». (F. J. 4º. 2º)

## **PENALIDAD. Prohibición de la “reformatio in peius”.**

Recurso: Casación nº 202/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Lurca

Sentencia: nº 13/2009 de fecha 20/01/2009

«1. Esta Sala ha entendido de un lado que el Tribunal no puede imponer pena superior a la concretamente solicitada por las acusaciones, fundamentalmente sobre la base de entender que tal forma de proceder, que resulta sorpresiva en función de los términos en los que se ha planteado la acusación, afecta al derecho de defensa.

De otro lado, sin embargo, ha concretado tal limitación a los casos en los que la solicitud de pena se ajuste a la ley, pues en los casos en los que no sea así, el Tribunal deberá imponer la pena que la ley prevé como consecuencia necesaria de la decisión jurisdiccional que declara cometido un delito y procedente su sanción penal conforme a la dicha ley. La imposición de la pena que la ley prevé es una consecuencia ineludible del delito, y no una facultad discrecional del Ministerio Fiscal o del Juez o Tribunal. De esta forma, el debate alcanza a la existencia del hecho delictivo, de su calificación jurídica, de la identificación y responsabilidad del autor y de la medida de la pena, pero no a la misma existencia de la pena prevista por la ley, cuya imposición es una consecuencia del principio de legalidad. En consecuencia, no se produce indefensión alguna cuando el Tribunal une al delito la consecuencia necesaria prevista por la ley, pues ese es un aspecto previa y suficientemente conocido del acusado.

Por lo tanto, en el caso, nada habría impedido al Tribunal de instancia imponer la pena de privación del derecho al porte y tenencia de armas, pues no es contemplada por la ley como una posible consecuencia sometida a la discrecionalidad razonada del Tribunal, sino como una consecuencia necesaria del delito, en todo caso.

2. El Ministerio Fiscal, que en la instancia no solicitó la imposición de estas penas, no interpuso recurso formalizando su pretensión, ni tampoco intentó expresa y formalmente la adhesión, sin perjuicio de las dificultades que ésta pudiera presentar ante la ausencia de relación alguna entre esta cuestión y las pretensiones del recurrente, según se desprende de la STS 216/2007, de 20 de marzo. Se limitó a señalar que debía subsanarse el error del Fiscal y de la Sala enjuiciadora al no imponer pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas prevista en el artículo 153 del Código Penal. Se trata de una pena procedente según la ley, al igual que lo es para el caso del artículo 171.4. Sin embargo, aunque el Tribunal de instancia hubiera podido imponer el mínimo de la



legalmente procedente, la prohibición de la reformatio in peius impide empeorar la posición del recurrente como consecuencia de su recurso de casación, lo que ocurriría si, aprovechando su recurso, que es desestimado en los aspectos relacionados, resultara un incremento de la pena impuesta en la instancia. En consecuencia, no procede la imposición de nuevas penas». (F. J. 4º)

## **POLICIA JUDICIAL. Funciones.**

Recurso: Casación nº 10612/2008 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 87/2008 de fecha 05/02/2009

«7.- No puede darse por probado un delito de aborto cuando la persona que se supone que lo ha sufrido, no ha sido objeto de reconocimiento médico, inmediato, y nadie facilita datos de cómo se produjo, dónde y en qué circunstancias. Los médicos forenses confirman su estado de gestación previo pero no está acreditada la actuación coactiva del acusado. Una de las testigos de cargo manifiesta que desconoce todo lo relacionado con el aborto, que se dice, realizado en el domicilio del acusado y añade que sabe que esa persona se realizó uno en Rumania. Todos los demás datos son de referencia.

8.- De forma original y sorprendente, la Guardia Civil se dirige directamente al Jefe de Urgencias del Hospital solicitando que a la testigo le sea practicado un examen médico general y otro ginecológico, al objeto de determinar la veracidad del aborto practicado, así como una prueba radiológica, al objeto de determinar la edad de la detenida al tener dudas sobre la mayoría de edad de ésta. Sin ponerlo en conocimiento del Juez, la trasladan al centro sanitario.

El informe médico dictamina, vagina con leucoirreo normal. Cervix cerrado no sangrado. ECO útero de 72x37,9 con endometrio de 4,2 mm. Ovarios normales. Se realiza un test de gestación que resulta compatible con haberse realizado un aborto en el plazo que ella indicó. Sin perjuicio de que este dictamen no es suficiente para despejar la duda sobre la existencia de un aborto, conviene llamar la atención sobre otros aspectos.

9.- El hecho de qué pruebas periciales sobre la persona puedan ser acordadas directamente por la policía judicial excede de las funciones que le atribuye el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las limita a diligencias de investigación y recogida de efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

10.- Con carácter más específico, se regulan las funciones de la policía judicial en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pueden requerir la presencia de un facultativo exclusivamente para prestar los primeros auxilios al ofendido. Ninguna otra diligencia en este sentido le está permitida.

11.- Lo que ha hecho la policía judicial es invalidar la prueba pericial practicada en la fase de investigación ya que se ha infringido el taxativo precepto

del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que, el juez acordará el informe pericial. El hecho de que se haya practicado un informe en el juicio oral no salvó el obstáculo porque, como es lógico, los peritos fueron interrogados sobre el contenido de dicho informe.

**12.-** Ciertamente es que el legislador parece que, dando pasos hacia la instrucción por el Ministerio Fiscal e incluso a que exista solamente una investigación policial, establece en el artículo 797, redactado por Ley 38/2002, de 24 de Octubre, al regular los llamados juicios rápidos, en el apartado 1.2ª a), de dicho artículo dice que el Juez recabará, de no haber recibido los informes periciales solicitados por la policía judicial. Esta expresión no puede ser entendida en un sentido que la autorice a acordar toda clase de pericias. Su entendimiento debe limitarse a aquellos dictámenes propios de la policía científica y nunca informes médicos que exigen un reconocimiento de la persona. Además, siempre limitado a los casos en que sea de aplicación el procedimiento de Diligencias Urgentes ante el Juzgado de Guardia que no se pueden extender a la investigación de un juicio por aborto castigado con pena de cuatro a ocho años». (F. J. 2º)

## **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos. Edonkey y P2P**

Recurso: Casación nº 10673/2008 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 739/2008 de fecha 12/11/2008

«Respecto al delito de pornografía infantil, la STS 921/2007, de 6 de noviembre, dice solo nos queda afirmar que lo que se narra como sucedido en la resolución aquí impugnada encaja a la perfección en esas dos normas que aquí se denuncian como infringidas:

a) Nos hallamos ante una **distribución** de material indudablemente pornográfico, pues **distribución** es ese sistema automático de intercambio a través de la red Edonkey (similar al E-mule utilizado por A. G. T.).

b) Es cierto que, nuestro Código Penal no define la pornografía y tampoco la pornografía infantil, a la que se refiere el Consejo de Europa como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Basta ver las fotografías unidas a las presentes actuaciones para comprobar que lo que A. G. T. bajaba de la red a su ordenador, y allí quedaba almacenado y distribuido, se corresponde con ese concepto (art. 189.1 b).

c) Asimismo es suficiente con examinar tales fotografías para percatarnos, por los rasgos infantiles de la mayoría de los que allí aparecen, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de trece años [art. 181.3 a)].

d) Es irrelevante, como se deduce del último inciso del referido apartado b) del art. 189.1, que el citado material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido.

Véanse las sentencias de esta Sala 1444/2004, de 10 de diciembre, 913/2006, de 20 de septiembre y 1058/2006, de 2 de noviembre.

Y citaremos ahora un caso idéntico, que es el tratado por la STS 292/2008, de 28 de mayo. En éste, en los hechos probados se narraba lo siguiente: *"Primero.- En fechas no determinadas pero anteriores al día 21 de febrero de 2.006 el acusado T., cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, instaló en un ordenador que tenía en su domicilio, sito en la calle..., un programa de ordenador denominado "Edonkey" con la finalidad, entre otras, de intercambiar archivos con otros usuarios de la red. Por esta vía el acusado descargó de Internet a una carpeta de su ordenador numerosos archivos entre los que figuraban diversas escenas de contenido sexual explícito en las que intervenían menores de 13 años de edad. Una vez descargados de la red, estos archivos pasaban a incorporarse de nuevo a la misma desde el ordenador del acusado, a cuyo contenido los demás usuarios de la red internáutica constituida por citado programa podían a su vez acceder y descargarse los archivos para su propio uso. De esta manera, entre los días 22 y 23 de octubre del año ... el acusado compartió diversos archivos con aquel contenido en el que intervenían menores de 13 años manteniendo relaciones sexuales plenas con varones adultos. Así, una fotografía en la que una niña patentemente menor de 13 años era penetrada por un varón adulto. U otra foto con un primer plano de un cuerpo femenino del que sólo se veían las piernas abiertas y los genitales, siendo patente que corresponden a una niña no muy desarrollada, que es penetrada por su ano por el pene de un varón adulto. Segundo.- Provisos de la correspondiente autorización judicial, agentes de la Guardia Civil practicaron el día ... un registro en el domicilio del acusado, en cuyo curso se pudo examinar el disco duro del ordenador, en el que se encontraban cientos de archivos del tipo expresado. También se hallaron varios discos compactos con cientos de archivos pornográficos más de similar contenido".*

Adúcese que el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado exige un acto de distribución, es decir, que la acción típica requiere un acto de entrega voluntaria que no se ha probado ni así se declara. Olvida el recurrente –dice este fallo de referencia-, que la acción típica del art. 189.1.b C.P. admite una pluralidad de modalidades: *producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines*. Pues bien, aunque la acción no encaje estrictamente en el término "distribuir", concebido como entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente, no cabe duda de que con el hacer del acusado se *facilitaba el acceso de tercero a ese material pornográfico infantil*. La prueba en que el Tribunal basa su convicción es el testimonio de cargo del especialista de la Guardia Civil que declaró en el juicio oral con inmediatez y contradicción de las partes, exponiendo -como recoge la sentencia- que en lo que el acusado concierne, asimismo expuso con rotundidad y claridad meridiana cómo de esa forma se comprobó que durante un tiempo continuado el acusado permitió el acceso a su ordenador desde la libre y pública red de Internet creada alrededor del programa informático "eDonkey" que él utilizaba, de determinados archivos que luego se dirán. Es este un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "*peer-to-peer*", que se traduciría de par a par o de igual a igual,

más conocida como redes P2P), en la que *al tiempo que se descargan archivos ajenos, se permite a terceros la descarga de los archivos propios*.

Otro caso idéntico es el tratado en nuestra STS 696/2008, de 22 de octubre

En cierto, como dice la STS 913/2006, de 20 de septiembre, que “si el reproche consiste en contribuir de forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables, con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente *en la persecución de los autores materiales de la utilización de los mismos, sea o no con fines lucrativos*. No cabe descartar que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias”.

No se ha tratado este caso de la continuidad delictiva, la que, sin embargo, es objeto de atención en la STS 767/2007, de 3 de octubre, a la que nos remitimos, y con respecto al subtipo de organización en caso de utilización de una página WEB, citamos la STS 1444/2004, de 10 de diciembre, con la doctrina que en ellas se mantiene.

Desde toda esta perspectiva, los hechos pueden subsumirse en el art. 1891.b) en relación con el art. 189.3.a), pero no el b), pues como acertadamente dice el recurrente todos los actos de contenido sexual con menores de 13 años resultan especialmente o particularmente vejatorios, o al menos, este subtipo agravado no sido analizado por la Sala sentenciadora de instancia, la cual lo ha dado por supuesto, cuando lo adiciona a la circunstancia a), sin mayores consideraciones jurídicas. Consecuentemente, el motivo tiene que ser estimado parcialmente, suprimiendo esta agravación específica (la del número b), *por estar inmersa en el tratamiento de menores de trece años*». (F. J. 4º)

## **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Art. 189 CP. Uso de internet.**

Recurso: Casación nº 1358/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 105/2009 de fecha 30/01/2009

«...Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios

internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de *material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes*. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es *aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual*, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material que poseía el acusado, con intervención de menores, no puede ser cuestionada. Hecho admitido incluso por el recurrente en tanto pretende la aplicación del tipo contenido en el art. 189.2 del Código penal.

La acción típica del art. 189.1.b C.P., por el que ha sido condenado el recurrente, admite una pluralidad de modalidades relativas a tal material pornográfico con menores: *producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines*. Ahora bien, como dice la STS 913/2006, de 20 de septiembre, “si el reproche consiste en contribuir de forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables, con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente en la persecución de los autores materiales de la utilización de los mismos, sea o no con fines lucrativos. No cabe descartar que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias”. (F. J. 3º)

El problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros (por ejemplo, acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse una búsqueda aleatoria de la policía judicial, que en este caso ha sido totalmente impersonal), el dato de que el material ya se encuentre “difundido” en internet, distribución de la que se sirve el autor para “ver”, no para facilitar su difusión, pues tales imágenes se encontraban a disposición de cualquier usuario que quisiera conectarlas, mediante la “bajada” de la red, etc. Quiere con ello decirse que consideramos este caso, como límite, y que lo diferencia de otros: así en la STS 739/2008, de 12 de noviembre, se trataban de “3.958 archivos compartidos, que ocupaban 72,6 Gb”, o en el caso de la STS 292/2008, de 28 de mayo, encontrándose en el disco duro del ordenador, “cientos de archivos” del tipo expresado, y también se hallaron varios discos compactos *con* cientos de archivos pornográficos más de similar contenido. De manera que la escasa entidad de los archivos que posee S. M. R., conduce a que, en este caso, no pueda predicarse de modo alguno la finalidad de distribución, o de facilitar su difusión, por parte del acusado, con arreglo a los parámetros que ya hemos

analizado más arriba, encontrándose razonable su explicación del “salto imprevisto”, y en donde incluso en el Auto de Transformación del procedimiento en Abreviado, el propio juez de instrucción no hace más que hacer constar una posesión de tal material, como ya hemos puesto de manifiesto, y en modo alguno, voluntad de difusión a terceros facilitando ésta. De modo que habrá de desaparecer del *factum* el último párrafo del mismo, en donde se adjetiva la *conciencia* del acusado en la difusión por la red, mediante procesos informáticos expresos para ser compartidos sus archivos, lo que tiene lugar mediante el primer motivo por vía de impugnación de la inferencia judicial.

Obsérvese que el tipo penal es de la siguiente dicción literal: “*el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*”.

La estructura de este tipo penal tiene dos apartados: uno, relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornografía infantil. Así, por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo); por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien “facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio”. De ello se colige, que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución “distribución” y en el segundo, el sustantivo “difusión”. Aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal. La distribución es un concepto aún más restringido, pues supone tanto como dividir algo entre varios o dar a cada uno lo que le corresponde. En todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser “colgados en la red” (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición, y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito». (F. J. 3º)

## **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Elemento subjetivo del art. 189.2 CP.**

Recurso: Casación nº 2205/2008

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 533/2009 de fecha 20/05/2009

«...El dolo no puede ser percibido por los sentidos, como dijimos en la STS 361/2006, de 21 de marzo, la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención es un hecho, sólo que se trata de un hecho subjetivo cuya probanza lo es por medios diferentes de los hechos naturales. Así como el hecho natural puede ser comprobado por prueba directa, el hecho psíquico dada su naturaleza interna, salvo improbable confesión de la persona concernida, sólo puede ser aprehendido --más que comprobado-- por una constelación de indicios que enlazados entre sí equivalen a su existencia, de suerte que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria, pues la certeza de tal conocimiento o intención, dada su naturaleza interna, resulta indemostrable, lo que no es equivalente a que sea inaprehensible intelectualmente y racionalmente aceptable por estar fundados en máximas de experiencia socialmente aceptadas. En todo caso, su lugar es el *hecho* en la medida que en él debe hacerse constar el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal tras la valoración crítica de toda la prueba de cargo y de descargo practicada, (SSTS 555/2001 de 4 de Abril, 1060/2005 de 29 de Julio), por ello, cuando tales hechos subjetivos no constan en los hechos probados, este debe integrarse con aquellos deslizados en la motivación, que en ocasiones suelen ser los referentes al dolo.

Pues bien, en el caso de autos, la acreditación del dolo en la conducta del acusado, de la tenencia para uso propio de material pornográfico infantil, resulta de la propia cantidad de material pornográfico infantil intervenido, en una cantidad muy importante, que se guardaba en el ordenador y en discos de almacenamiento extraíble, como los Ces, y DVDs, y este material se encontraba ordenado en carpetas y subcarpetas, lo que implica un acto volitivo de ordenación de un material poseído, indicativo del dolo en la realización de la acción que, se reitera, consiste en la tenencia para uso propio de material pornográfico con menores como sujetos de la acción». (F. J. 2º)

## **PRESCRIPCIÓN. Delitos conexos.**

Recurso: Casación nº 1858/2008

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 627/2009 de fecha 14/05/2009

«..C) En tercer lugar, alega que el delito de falsificación de documento mercantil había prescrito, invocando como infringido el artículo 131 C.P. y la prescripción de tres años. Tampoco tiene razón el recurrente por cuanto cuando se trata de delitos conexos, y en el presente caso se califica su relación de concurso medial, el delito menos grave no prescribe mientras el de mayor gravedad, en este caso estafa agravada, no lo haya hecho. El plazo de prescripción alcanza además los diez años conforme al artículo 131.1 mencionado por cuanto la pena máxima

señalada al delito de estafa agravada excede de los cinco años (artículo 250.1 C.P.). Como señala nuestra Jurisprudencia, en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, supuesto de delitos instrumentales, se ha planteado el problema de la prescripción separada, que podría conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de la que se estimase previamente prescrita y que resulte imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario, de forma que en estos casos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, no siendo posible apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal (por todas S.T.S. 570/08)». (F. J. 2º)

### **PRESCRIPCION. Faltas (art. 132.2 CP y 14.3 LECrim)**

Recurso: Casación nº 2518/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 614/2008 de fecha 01/10/2008

«..Denuncia genéricamente la recurrente, por infracción de ley, la prescripción de las faltas, sin cita de precepto casacional alguno. Se refiere tan sólo al artículo 14.3 LECrim., en el inciso correspondiente al enjuiciamiento conjunto de delitos y faltas, "*cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos*". Por tanto, lo que suscita es la falta de prescripción de las faltas por las que ha sido condenada junto con el delito por el que se condena al coacusado que ha consentido la sentencia de la Audiencia, admitiendo no obstante que no cabe aplicar el plazo de prescripción autónomo de una falta cuando los hechos se instruyen conjuntamente con otros que pueden ser constitutivos de delito, doctrina que ha acogido con reiteración la Jurisprudencia de la Sala Segunda (S.S.T.S. 592/2006 o 311/2007, entre las más recientes, donde se citan abundantes precedentes).

Efectivamente, en primer lugar, las faltas prescriben a los seis meses (artículo 131.2 C.P.) desde la fecha de comisión hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, sin que pueda afectar a la misma la presentación posterior a los seis meses de una querrela por supuesto delito o incluso la deducción posterior de un testimonio, pues la falta habría prescrito ya por el transcurso del plazo previsto en el Código Penal, luego la responsabilidad ha quedado ya extinguida. Ello significa que si la sentencia definitiva declarase el hecho falta se considerará prescrito porque ya lo estaba cuando el procedimiento se inició. En segundo lugar, si el procedimiento se sigue por delito y el mismo ha interrumpido el término de prescripción de la falta, habrá de estarse al título de imputación por delito, no actuando en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas, invocándose razones de seguridad jurídica y el principio de confianza, aun cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta. Esto es lo que sucede en el caso de autos y por ello el plazo de prescripción no había transcurrido cuando se iniciaron las diligencias para investigar un delito de lesiones.



Cuestión distinta es la relación entre la infracción por delito y las faltas y su enjuiciamiento conjunto. El artículo 14.3 LECrim. señala, es cierto que en materia de competencia, que el órgano que debe enjuiciar los delitos también lo hará por las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos. Pues bien, no puede negarse la relación entre las infracciones investigadas que se desarrollan en un mismo tiempo y espacio, siendo verdaderamente una acción conjunta. Desde el punto de vista material, incluso en el hecho probado se afirma que la hoy acusada *"aprovechó el momento de la confusión que se creó, para marcharse del lugar con el carro de la compra con toda la mercancía ....."*. El coacusado ha sido también condenado no sólo por un delito y una falta de lesiones sino por una falta de estafa en grado de tentativa. Desde el punto de vista procesal, porque la prueba es verdaderamente inescindible en un supuesto como el presente. Todo ello significa que no era susceptible jurídicamente de romperse la unidad de la causa deduciendo de la misma el testimonio del juicio de faltas para su conocimiento por el Juzgado de Instrucción». (F. J. 1º)

#### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración autoinculpatorio ante la Policía. Acuerdo del Pleno. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 1789/2008

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 403/2009 de fecha 23/04/2009

«...El motivo se desestima. El tribunal Constitucional, y esta Sala, han declarado la habilidad de las declaraciones autoinculpatorias vertidas ante los órganos encargados de la investigación de hechos delictivos, como puede ser la policía judicial, siempre que esas declaraciones hayan sido vertidas en condiciones de legalidad consitutonal y ordinaria. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo declaró que "las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia" y, en este sentido, esas declaraciones autoinculpatorias de la acusada fueron introducidas en el juicio oral a través de dos vías, la lectura de su contenido y la declaración del funcionario policial que intervino en la diligencia.

Esta doctrina es recogida en la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, y a ella ha de estarse, en virtud de la colegiación de este órgano jurisdiccional y la finalidad esencial del recurso de casación de unificación en la interpretación del derecho.

Esta Sentencia acoge otras del Tribunal Constitucional, por todas STC 80/91, de 15 de enero (haciendo referencia a otras sentencias suyas como las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, entre otras muchas), con relación a un supuesto similar al actual en el que la recurrente presta declaración inicialmente en dependencias policiales, reconociendo su participación en los hechos enjuiciados, participación que no obstante niega en la que se afirma ante el Juez instructor y en el acto del juicio: en la que se afirma *"si a las declaraciones prestadas en las dependencias policiales por los recurrentes -sin duda inculpativas para los*

*misimos en cuanto se admitió en ellas la comisión de los hechos delictivos- ha de otorgarse o no alguna eficacia probatoria, la conclusión, en aplicación del anterior criterio constitucional, no puede ser sino afirmativa, puesto que de la lectura del acta del juicio se desprende que aquellas declaraciones iniciales fueron reproducidas en ese acto en condiciones que permitieron a la defensa de los acusados no sólo su exacto conocimiento sino también su contradicción efectiva... porque la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura”.*

*Sentado lo anterior, ha de concluirse pues, que las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas». (F.J. 1º de CPP)*

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración de coimputado en el sumario.**

Recurso: Casación nº 159/2008

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 627/2008 de fecha 15/10/2008

«..Entre la actividad probatoria a desarrollar, esta Sala ha declarado la habilidad, para enervar el derecho que invoca en la impugnación, de la declaración del coimputado correspondiendo al tribunal de instancia su valoración desde la inmediación. Las pautas de valoración que, en ocasiones, ha suministrado esta Sala, como la ausencia de una motivación espúrea etc., no integran reglas de estricta observancia para los tribunales, sino criterios para fundamentar la convicción pues la única regla que la Ley procesal impone es la de la conciencia expresada en términos de racionalidad en la motivación de la sentencia (art. 741, 717 de la Ley procesal y 120.3 de la Constitución). Presupuesto de la valoración de la inmediación, pues sólo el tribunal que ha percibido la prueba directamente está en condiciones de valorarla atento no sólo al contenido de lo que en el juicio se dice sino también a su propio desarrollo, la credibilidad que transmite, las reacciones que provoca etc... Por ello, se ha repetido insistentemente desde esta Sala, no puede ser objeto de la censura casacional, la credibilidad del testigo encausado, aunque si la valoración racional del testimonio, precisamente porque no ha percibido la prueba.

En el supuesto de retractaciones con relación a lo manifestado en anteriores declaraciones, hemos declarado que son hábiles para fundamentar un pronunciamiento condenatorio cuando el tribunal haya comparado y comprobado la existencia de una retractación en la declaración y estima mas creíble una anterior, siempre que la que se toma en consideración tenga capacidad de acreditar un extremo fáctico por su realización ante un órgano jurisdiccional, es decir con

posibilidad de producir prueba, y que se proceda con arreglo a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley procesal, es decir, poniendo de manifiesto el contenido de una declaración retractada e indagar sobre el motivo de la retractación. De esta manera el tribunal ha percibido directamente el contenido de una prueba del procedimiento, que ha sido incorporada al juicio oral a través de su lectura e indagación de su contenido.

Una consolidada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado la aptitud de la declaración del coimputado para enervar el derecho fundamental que se denuncia como vulnerado en la impugnación. Su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que la declaración del coimputado aparezca corroborada por otras pruebas. En términos de la SSTC 153/97 y 49/98, la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada. El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la inculpativa se complementa en la moderna jurisprudencia por de la corroboración externa de la declaración inculpativa.

Además, y como requisito negativo, la ausencia de móviles o motivos que permite valorar esa inculpativa restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la inculpativa por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación.

Como hemos señalado reiteradamente, cumplidos estos requisitos, el tribunal de instancia, órgano encargado de la valoración de la prueba, podrá obtener la convicción necesaria basado en la credibilidad del testimonio sobre los que deberá realizar un análisis racional. (Por todas STS 1830/99, de 16 de febrero).

No se opone a lo anterior el que el tribunal valore las declaraciones del sumario cuando concurren los requisitos excepcionales del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero tratándose de declaraciones es necesario que esa declaración inculpativa contra otros coimputados se vierta en condiciones procesales y constitucionales inobjectables, lo que exige el cumplimiento de la contradicción (STS 279/2000, de 3 de noviembre).

A través de esas declaraciones, las propias del acusado y las del coimputado que han sido corroboradas por elementos de prueba ajenos a esas declaraciones, el tribunal forma una convicción que expresa en la fundamentación de la sentencia con argumentos de lógica y racionalidad que enervan el derecho fundamental que alegan en la impugnación». (F. J. 1º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 11432/2008 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 849/2009 de fecha 27/07/2009

«2.- Respecto al contenido y alcance de la garantía constitucional tenemos dicho en nuestra reciente Sentencia núm. 784/09 de 14 de julio, y reiterando lo dicho en las núms. 776/09 de 7 de julio, 714/09 de 17 de junio, 690/09 de 25 de junio, 622/09 de 10 de junio, 489/09 de 14 de mayo, 449/09 de 6 de mayo, 440/09 de 30 de abril, 331/2008 de 9 de junio, 625/2008 de 21 de octubre, 797/2008, de 27 de noviembre, 900/2008 de 10 de diciembre, 65/2009 de 5 de febrero, 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, *para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatar en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena* Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados **válidos** y el debate se someta a las condiciones de **contradicción** y **publicidad**.

*En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, **prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga** sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una **certeza objetiva** sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**.*

*Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:*

*La primera que la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- **no** parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de **contenido incriminador** y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.*

*El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por **objetivamente aceptable la veracidad de la acusación** o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.*

*La segunda la **inexistencia de alternativas**, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como **razonables**. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, **además**, se requiere que las **objeciones** oponibles se muestren ya **carentes de motivos racionales que las justifiquen** de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.*

*Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la*

culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. **Sin necesidad, para la consiguiente absolució**n, de que, más allá, **se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.**

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una **duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la **duda subjetiva** del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia». (F. J. 1º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Límites del control casacional.**

Recurso: Casación nº 11241/2007 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 320/2009 de fecha 02/04/2009

«En efecto, el control casacional, bajo tal motivo, respecto a la garantía constitucional de la presunción de inocencia, como dijimos en nuestra Sentencia nº 331/2008, de 9 de junio y reiteramos en las nº 625/2008, de 21 de octubre, en la 797/2008, de 27 de noviembre, y en la 900/2008 de 10 de diciembre, ha de partir de que, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, *lo que ha de constatar*se es: **a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.**

Por razón de **a)** deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados **válidos** y el debate se someta a las condiciones de **contradicción y publicidad**.

Por razón de **b)** deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las **afirmaciones** que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**.

Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, **además**, se requiere que las **objeciones** oponibles se muestran ya

***carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.***

*Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente **absolución**, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad».* (F. J. 1º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Validez de lectura en plenario de declaración testigo extranjero. Prueba preconstituida impropia.**

Recurso: Casación nº 10059/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 850/2009 de fecha 28/07/2009

«**3.-** Respecto a la tacha de invalidez del testimonio de las testigos italianas hemos de recordar asimismo la jurisprudencia que establece las condiciones en que tales testimonios, depuestos antes del juicio oral, pueden contribuir válidamente a enervar la presunción de inocencia.

Es bien conocida la doctrina, también proclamada por el Tribunal Constitucional, y que recordábamos en nuestra Sentencia 882/2008 de 17 de diciembre, conforme a la cual *en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2.001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1.996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1.997, 23 de junio y 26 de julio de 1.999 y 3 de noviembre de 2.000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Cr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.*

Tal regla general conoce excepciones a las que se denomina con terminología no siempre de general aceptación. En la Sentencia de 30 de junio de 2.008, resumíamos la doctrina que el Tribunal Constitucional enunciaba en la Sentencia de 18 de junio de 2.001 en la que se concretaban los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción: a) *material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral;* b) *subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por*

especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

Y también se advertía que este criterio afecta especialmente a las declaraciones testificales de los testigos de cargo, puesto que el derecho a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1.950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1.966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él" (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1.997, ya citada, de 17 de diciembre de 1.998, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1.993 recaída en el caso "Saïdi/Francia"). Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido inculpativo practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testificales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1.989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1.990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta; 19 de febrero de 1.991, asunto Isgró; 26 de abril de 1.991, asunto Asch; 28 de agosto de 1.992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1.993, asunto Saïdi, ya mencionado). Todavía más: los Tribunales no pueden valerse de las actas del sumario referentes a personas que podrían haber declarado en el juicio oral, permitiéndose la utilización del art. 730 L.E.Cr. con riguroso carácter de excepción cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil y verificada asistencia, y así se ha admitido cuando el testigo haya muerto, o sea imposible de localizar por encontrarse en ignorado paradero, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal "y no sea factible lograr su comparecencia", debiendo quedar acreditado que por el órgano jurisdiccional se han agotado razonablemente las posibilidades para su localización y citación.

En nuestras recientes Sentencias de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, diferenciábamos los diversos supuestos en que actúa la citada excepción especificando los requisitos de las diligencias para su asunción en cada uno de esos supuestos.

a) La denominada "prueba preconstituída" -que no constituye verdadera prueba- que se refiere a las *diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.*

b) La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero , que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2 , que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediatez ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1 de la LECr).

c) La denominada prueba preconstituída, apostillada de "impropia" para diferenciarla de la anterior y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial **se preven como de reproducción imposible o difícil por razones** que, aún **ajenas a la propia naturaleza de la prueba**, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el **procedimiento abreviado**, por el art. 777 de la LECr , disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el **Juez de Instrucción** practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de **contradicción** de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la **inmediatez**, el precepto garantiza al menos una cierta inmediatez de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de **acta** autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento **ordinario** los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de **Abogado al reo** por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que **se le examine "a presencia del procesado"** y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449 - **y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir** al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que



en el acto de la vista se proceda a la **lectura** de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la **imposibilidad** anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, **subsista** después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

d) Y, finalmente, los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la **imposibilidad**, a diferencia de ellos, se debe a factores **sobrevenidos e imprevisibles**. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

En el caso que juzgamos, por lo que concierne a las testigos italianas, se trataba de un supuesto de evidente posibilidad de ulterior dificultad en la disponibilidad. Se trata pues del supuesto del apartado **c)** que cabe denominar de prueba preconstituida impropia. Concorre el cumplimiento de los requisitos indicados. En esa fecha -27 de julio de 2007- de la fase anterior a la del juicio, el procedimiento se seguía como diligencias previas. Examinada la causa al amparo del artículo 899, hemos comprobado que estuvo presente el Letrado que asumía en tal acto la defensa del imputado. Éste realizó las preguntas que estimó oportunas a la testigo

Ciertamente el Letrado que actuó en tal diligencia de instrucción, no era el mismo que intervino inicialmente, cuyo nombre también se hizo constar en el acta (folios 85 y ss). Pero **no consta ninguna mención de la que derive la improcedencia de la sustitución**. La permanencia en sus funciones por parte del Letrado designado de oficio (artículo 31 de la ley 1/1996 de asistencia jurídica) se establece como "un deber profesional" del Letrado. No es, necesariamente, concebida como un derecho del asistido. Ni, por ello, se menciona en la vigente regulación del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sucesor del invocado artículo 788 precedente. Para esta garantía lo relevante será la **efectividad** de la asistencia. Por lo que si la sustitución del designado no se traduce en una merma constatable de las posibilidades de defensa, en nada viciará la diligencia en que intervenga el sustituido.

Es decir que concurría el presupuesto de la razonablemente previsible ausencia por domicilio en el extranjero, la inmediación del Juez de Instrucción, la asistencia de Letrado del imputado, la de intérprete, y, en fin, la intervención de dicho Letrado en el interrogatorio. Como dijimos en la citada Sentencia 96/2009 de 10 de marzo, la presencia del imputado en esa diligencia no es exigible, cuando el procedimiento sigue el cauce de las denominadas diligencias previas, por aplicación del artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De lo anterior deriva la validez de tal medio de prueba como utilizable para enervar la presunción de inocencia. No solamente porque, una vez designado Letrado por personal encargo del acusado, nada propuso al respecto de dicha diligencia, sino porque, en el juicio oral, ante la corroborada imposibilidad de disponer de las testigos, se leyó su declaración, dando cumplimiento al artículo 777.2 citado y, también al 730, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». (F. J. 1º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado.**

Recurso: Casación nº 10951/2008 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 203/2009 de fecha 11/02/2009

«Por lo que hace a la denuncia de haberse valorado como prueba de cargo el silencio del procesado, que enlaza con el derecho a no declarar contra si mismo, tutela judicial, defensa y proceso con todas las garantías (artículo 24.1 y 2 C.E.), efectivamente el Tribunal de instancia con cita expresa de la jurisprudencia de esta Sala, se refiere a *"la valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado"*. Por lo tanto, aún prescindiendo de cualquier valoración sobre dicho silencio, el resultado probatorio permanecería invariable. Por otra parte, la Audiencia no ha hecho otra cosa que recoger en este apartado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es claro por ser incompatible con el derecho a no declarar contra si mismo que la condena no puede basarse en la falta de explicación del acusado sobre los hechos que se le imputan, pero cuestión distinta es que excepcionalmente pueda tener un significado corroborador respecto de hechos acreditados por otros medios (en este sentido la reciente S.T.S. 945/08, con cita de nuestros precedentes, S.S.T.C. y S.S.T.D.H, casos Murray y Landrove)». (F. J. 1º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Vulneración. Declaración de coimputado no corroborada.**

Recurso: Casación nº 696/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 343/2009 de fecha 30/03/2009

«...Conviene recordar por ello que la jurisprudencia constitucional acerca del significado incriminatorio de la declaración de un coimputado ha experimentado una evolución –perfectamente descrita en las SSTC 152/2004, 20 de septiembre y 207/2002, de 11 de noviembre- encaminada a restringir su valor como exclusivo fundamento para la formulación del juicio de autoría. Así, como señala la STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 5), "las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido,

destacando la citada Sentencia que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible 'corroboración mínima', más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso" (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3) (FJ 2; cfr., igualmente, STC 233/2002, de 9 de diciembre).

La STS 53/2006, 30 de enero apunta, en primer lugar, "que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, F. 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, F. 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F. 3; 118/2004, de 12 de julio, F. 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, F. 2). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias antes citadas). Y en cuarto lugar, que los elementos corroboradores que pueden ser tenidos en cuenta al revisar la decisión del Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena ( SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4; 65/2003, de 7 de abril, F. 6). Aspecto este último que, si bien aparece en las referidas sentencias como aplicable al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resulta igualmente de aplicación al recurso de casación, ante la imposibilidad de establecer de otra forma si el Tribunal de instancia tuvo o no como probados determinados aspectos fácticos en función de las pruebas de las que dispuso".

Conforme a la idea expuesta, no estamos ante un problema de credibilidad de la declaración del coimputado, sino de insuficiencia como prueba de cargo. El Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, realiza un valioso esfuerzo argumental para ofrecer como elemento de corroboración el contenido de la declaración de los propios coimputados, que refirieron la existencia del encuentro entre los tres acusados y el ofrecimiento de una tarea no especificada. Sin embargo, la debilidad del argumento incriminatorio empleado por la Sala de instancia no desaparece por el añadido que ahora ofrece la acusación pública, pues se trata de una declaración imprecisa y que no proporciona detalles definitivos desde el punto de vista de la autoría. Con independencia de ello, es incuestionable que los elementos de corroboración deben obtenerse de la sentencia condenatoria y del andamiaje argumental con el que el órgano jurisdiccional ha ponderado la suficiencia probatoria. Y en la fundamentación jurídica de la resolución combatida, no existe referencia valorativa alguna respecto del testimonio de los otros dos acusados.

En definitiva, la Sala de instancia no ha destacado la suficiencia de verdadera prueba de cargo. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia –decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril- autoriza

a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal.

Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes». (F. J. 1º)

## **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Conducta punible.**

Recurso: Casación nº 284/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 861/2008 de fecha 15/12/2008

«...el elemento decisorio de la actuación prevaricadora es el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la C.E., en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, cometida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una elusión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (sentencia del T.S. 1658/2003 de 4 de diciembre RJ 2004/1781).

Por otra parte, es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, lo que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente

del procedimiento; y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS de 18 de mayo de 1.999 R.J. 1999/3823). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva sería preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente con la exigencia de que se trata de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente (STS de 4 de diciembre de 2.003 R.J. 2004/1781).

Pues bien, aplicándose estos principios y criterios jurisprudenciales al supuesto actual, la concurrencia del elemento subjetivo que aprecia el Tribunal sentenciador, debe ser confirmada. La resolución de tirar abajo el edificio debe calificarse de injusta, por injustificada e ilegal, de una ilegalidad manifiesta por contraria a la normativa. La sentencia impugnada lo razona ampliamente cuando, después de argumentar sobre la ausencia de peligro de derrumbe que supuestamente pudiera presentar el edificio finalmente demolido, señala que la orden que dio el Alcalde carece de amparo legal, puesto que la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 21.J) reconoce al Alcalde la facultad de adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en casos de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al pleno. En el mismo sentido se pronuncia el R.D. 2568/1986 de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en el art. 41.24. No concurren en este supuesto las situaciones a que se refieren los preceptos en cuestión, que son próximos a los casos de fuerza mayor, hechos fortuitos o incluso culpas de tercero, en los que la urgencia y gravedad hacen posible la adopción de una medida de emergencia por parte del Alcalde de la Corporación. Algo similar ocurre con las medidas provisionales a que se refiere el artículo 72 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Téngase en cuenta que el párrafo segundo del precepto establece que no se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes. Es evidente que la demolición de un edificio en modo alguno puede ampararse en la facultad de adoptar estas medidas, sobre todo porque los perjuicios producidos a los interesados son de difícil reparación.

No dándose los supuestos de situaciones de emergencia que justifiquen medidas drásticas e inmediatas, la ley exige la elaboración de un expediente administrativo en el que es primordial el trámite de audiencia al interesado, incluso para el supuesto de ruina urbanística, que tampoco se formalizó, encontrándose los propietarios de la edificación con los hechos consumados y sin posibilidad de defender sus intereses.

La resolución adoptada por el Alcalde por sí y ante sí y ejecutada al día siguiente, huérfano de toda justificación que pudiera provenir de un riesgo grave de derrumbe que se ha acreditado inexistente; la omisión consciente del

procedimiento legalmente establecido, con indefensión de los afectados; la apresurada actuación para revestir de legalidad la resolución, requiriendo el mismo día de la demolición a los técnicos municipales informes que justificaran el estado de ruina del edificio, configuran la actuación del acusado como consciente de la ilegalidad de su conducta y a sabiendas de que ésta era fruto exclusivo de su personal voluntad, es decir, arbitraria». (F. J. 2º)

### **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Una nota informativa no es una resolución administrativa.**

Recurso: Casación nº 2153/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 405/2009 de fecha 13/04/2009

«..B) Tienen razón los Jueces de instancia cuando argumentan –FJ 2º- que la existencia de una verdadera resolución administrativa constituye un elemento *sine qua non* para afirmar la tipicidad de los hechos. Así lo ha reconocido la Sala Segunda en distintas sentencias –buena parte de ellas, citadas en la propia resolución recurrida- de las que las señaladas con los números 627/2006, 8 de junio o 2011/1993, 22 de noviembre, son elocuentes ejemplos. Y es que, dicho en palabras de la primera de aquellas sentencias, “...la emisión de informes, salvo en la prevención urbanística y medioambiental, no integra el delito de prevaricación”. Este criterio late también en la más reciente STS 866/2008, 1 de diciembre.

Pues bien, la insuficiencia del informe para integrar el tipo de prevaricación previsto en el art. 404 del CP, no es el resultado de una interpretación jurisprudencial voluntarista. Antes al contrario, conecta de forma esencial con el tratamiento jurídico que la legislación administrativa atribuye a tales informes, en contraste con el que es propio de la resolución como verdadero vehículo formal para el ejercicio de la actividad administrativa. La ley 30/1992, 26 de noviembre, sobre Régimen de las Administraciones Pública y Procedimiento Administrativo Común, en su art. 82, señala que a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos, añadiendo el art. 83 que, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes. Frente a éstos, “...la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo” (art. 89.1). Además, las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada expresando, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno (art. 89.3).

Cuanto antecede hace inviable sostener que la *nota informativa* suscrita por el imputado, sin competencia alguna para dictar una verdadera resolución administrativa, pueda colmar las exigencias del tipo del art. 404 del CP.

La claridad de esta conclusión se refuerza a la vista de otra idea de obligada ponderación en el, ya de por sí, imposible juicio de tipicidad. Se trata, claro es, de la más que discutible *injusticia* de una propuesta –que no resolución- que se limita a fijar un precio más alto del inicialmente previsto en el proyecto. Es indudable que ese informe –incluso, en el caso en que hubiera adoptado la forma de resolución definitiva- pudo defraudar las expectativas de los adquirentes que habían acomodado su plan de financiación y gastos a lo inicialmente fijado. Esa inesperada modificación al alza de los precios, en un principio fijados por el Ayuntamiento de Vitoria, pudo ser inoportuna, censurable y, por supuesto, contraria a los intereses de los futuros adquirentes. Se puede discutir, incluso, el deber jurídico de atender a una verdadera novación objetiva del acuerdo de enajenación inicialmente convenido. Pero su justicia o injusticia ha de obtenerse del examen de consideraciones ajenas al mero contraste cuantitativo entre el precio inicial y el precio de adjudicación. Bastaría acreditar un encarecimiento de materiales que hubiera obligado a una modificación del proyecto inicial para que la injusticia objetiva del precio dejara de ser tal.

A todo ello, cabría añadir un tercer obstáculo del que se hace eco la Sala de instancia. Y es que de admitirse en el terreno hipotético que el imputado cooperó de forma necesaria a provocar el encarecimiento de las viviendas bioclimáticas, las exigencias ligadas al principio de accesoriedad como fundamento de la participación criminal, impedirían construir la responsabilidad de Antonio Sáenz de Santamaría sin que ninguna autoría principal haya sido investigada». (F. J. 1º.II)

### **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Resolución injusta por razones de forma o de procedimiento.**

Recurso: Casación nº 1732/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 308/2009 de fecha 23/03/2009

«...conviene dejar aclarada aquí una cuestión de singular importancia particularmente en estos casos en que la injusticia de la resolución judicial se dice que no se halla en razones de fondo, sino de forma o procedimiento. Porque únicamente los defectos procesales de cierta entidad pueden constituir este delito de prevaricación, concretamente aquellos que consisten en **absoluta falta de competencia o en inobservancia de esenciales normas de procedimiento** (sentencias de esta sala 813/1998 de 12 de junio, 877/1998 de 24 de junio, 1012/1995 de 13 de octubre, 1152/1994 de 27 de mayo y 1095/1993 de 10 de mayo, entre otras): la mera ilegalidad no basta a estos efectos.

Si aplicamos esta sencilla doctrina, tan conocida en materia de prevaricación, a los tres defectos que la sentencia recurrida considera integrantes del delito que estamos examinando, podemos comprobar como hemos de estimar este motivo 11º del presente recurso, lo que ha de conducirnos a un pronunciamiento absolutorio:

a) Entendemos que desde luego no es un defecto formal importante a estos efectos el hecho de no esperar a que llegaran las actuaciones originales del

decanato al Juzgado de Instrucción nº 2. Siendo este competente, como sin duda lo era, ha de reputarse de relevancia muy secundaria la circunstancia de que se pusiera en marcha la querella solo con la copia presentada en este último juzgado con el mencionado sello de haberse presentado para reparto en dicho decanato.

b) Lo mismo hemos de decir respecto de la falta relativa al acto de conciliación exigido en el art. 804 LECr. Siempre se ha concebido como un requisito no esencial para el procedimiento. Un dato que lo pone de relieve es que tal requisito desapareció como consecuencia de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre relativa a la protección de los derechos fundamentales de la persona, reapareciendo luego como consecuencia de su derogación por la Ley 38/2002 de 24 de octubre, sin que con tales incidencias se haya resentido para nada el procedimiento a seguir.

c) Y en cuanto al otro pretendido defecto procesal, el relativo a la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental relativo a libertad de expresión o información del art. 20 CE sin audiencia previa del querellado ni del Ministerio Fiscal, basta con que pongamos aquí de relieve lo que dice una norma específica que regula esta materia, que introdujo en nuestra LECr el art. 823 bis por medio de LO 8/2002 de 24 de octubre. Esta especial norma procesal, en su párrafo 2, permite que los jueces, al iniciar el procedimiento puedan acordar, entre otras medidas, la prohibición de difundir el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, entre otros la transmisión por televisión. Pues bien en esta norma, que tiene fecha posterior a la de nuestra Constitución, nada se dice de que para adoptar tal medida sea necesaria la audiencia ni del interesado ni del Ministerio Fiscal.

En la misma línea de lo dispuesto en el art. 278.2 LECr, se permite que cuando haya razones de urgencia para proteger a la víctima (art. 13 de tal ley procesal) pueda adoptarse esta prohibición de emisión de un programa de televisión. Estimamos que tales razones de urgencia existían en el presente caso, en el cual desde varios días antes, desde el 10 de marzo, se había estado emitiendo de un modo ininterrumpido un programa de Telemar cuyo contenido no conocemos, pero que se dice gravemente perjudicial para el buen nombre del querellante Roca y de otras personas; algo que tendría que ser así, pues de otro modo no se hubiera presentado ni la denuncia del día 15 ni la querella del 16 con la solicitud de proceder de inmediato para impedir la continuación del mencionado programa, que continuaba en antena, repetimos, sin interrupción, salvo la que se produjo, por unas horas entre el 15 y el 16.

Hemos de estimar este motivo 11º del recurso de Urquía con el consiguiente pronunciamiento absolutorio por el delito de prevaricación, con lo que queda sin contenido el motivo 12º que se refiere a la multa impuesta en la sentencia recurrida por este último delito». (F. J. 11º)

## **PREVARICACIÓN Y COHECHO.**

Recurso: Casación nº 1085/2007

Ponente: Sr. Varela Castro



Sentencia: nº 102/2009 de fecha 03/02/2009

«...Este recurrente, Magistrado con destino en un Juzgado de instrucción de Málaga, ha sido condenado como autor de tres delitos de prevaricación y dos de cohecho. Su condición profesional ha atraído el enjuiciamiento al Tribunal Superior de Justicia, que le condena y contra la que formaliza la impugnación que analizamos.

...

La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, mas que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de cohecho, soborno, no sólo perjudican la imagen del juez independiente, también la del juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho.

El Código penal español tipifica esta responsabilidad en el art. 426 como delito de cohecho y castiga no sólo al Juez que exige, acepta o se hace prometer una ventaja determinada, sino también al particular no funcionario que admite la exigencia, ofrece o promete la ventaja.

El núcleo esencial de este tipo penal radica en el peligro de una aplicación indebida del Derecho. El legislador se desentiende de si el Derecho estuvo bien o mal aplicado, le basta con el peligro que supone la recepción o la aceptación de los presentes y el daño efectivo a la imagen a la administración de justicia.

En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.

Los modelos de tipificación son varios: la prevaricación recogida en el Código penal español con tres figuras, la acción de dictar resolución injusta (art. 446) que extiende la negativa a juzgar (art. 448) y al retardo malicioso (art. 449), punibles con dolo o culpa (art. 447). Las distintas tipificaciones tienen su fundamento común en el hecho de "torcer el derecho".

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen falibilidad humana, se han propuesto diversos criterios.

Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él

mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez.

Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

Desde la anterior perspectiva doctrinal analizaremos la jurisprudencia mas reciente de la Sala II, representada por tres Sentencias, STS 2338/2001, de 27 de noviembre, la 359/2002, de 26 de febrero, y la STS 2/99 de 15 de noviembre, que contiene la doctrina general sobre este tipo penal. Estas tres Sentencias son coincidentes en su contenido jurisprudencial y permite consolidar una doctrina pacífica sobre el abuso judicial o prevaricación.

Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como espermática, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. Se destacan los dos elementos del delito de prevaricación, el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se esta dictando la resolución injusta. "El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos... el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...".

El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica"». (F. J. 5º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.**

Recurso: Casación nº 11379/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 573/2008 de fecha 03/10/2008

«...2. El principio acusatorio, que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia. Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado». (F. J. 2º)

### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acusación por agresión sexual y condena por coacciones. No se vulnera.**

Recurso: Casación nº 10307/2008 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 795/2008 de fecha 27/11/2008

«..El sistema acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, como una consecuencia más del orden constitucional vigente en nuestro país desde 1.978, que estableció un sistema político y jurídico que defiende las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los

debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

De todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación provisional según el art. 650 LECr, los que realmente delimitan el objeto del proceso a los efectos del principio acusatorio son solo dos:

1º. Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al tribunal de modo que este no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o para la agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

2º. El otro elemento vinculante para el tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del

proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

3. En el caso presente basta comparar el tipo de delito del art. 178 (agresión sexual) con el del 172.1 (coacciones) para darnos cuenta de que aquella acusación contiene todos los elementos de esta última figura de infracción criminal. Por ello, a estos efectos, entendemos que se trata de delitos homogéneos.

El art. 178 contempla el hecho de atentar contra la libertad sexual con violencia o intimidación; mientras que el 172.1 habla de quien sin estar legítimamente autorizado (...) compeliere a efectuar lo que no se quiere realizar. Este tipifica una coacción genérica y aquel una coacción de carácter específico.

Quien acusa por el 178 está acusando por una coacción (violencia) para obligar a la víctima a realizar o soportar algún acto contra su libertad sexual que tiene mucha mayor gravedad que la coacción genérica que es lo que integra el atentado contra la libertad que se prevé en el 172.1.

Por supuesto que quien acusa por el 178 está refiriéndose a un hecho no legítimamente autorizado, el otro elemento requerido expresamente en el texto del art. 172.1.

Todos los elementos del 172.1 están en el 178. Eliminada la especificidad de atentar contra la libertad sexual, es legítimo, desde el punto de vista del principio acusatorio o de las exigencias de la prohibición de indefensión, condenar por tal delito genérico de coacciones, como bien hizo la sentencia recurrida». (F. J. 3º)

#### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: homogeneidad entre detención ilegal y coacciones.**

Recurso: Casación nº 10525/2008 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 61/2009 de fecha 20/01/2009

«...Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 493/2006, de 4 de mayo, que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar debidamente informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el artículo 24 de la C. E., tiene su regla de oro, en casos como el presente, en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el Tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que

repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídico penal no incluidos en el acta de acusación. b) que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el Tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado estén contenidos en el tipo delictivo de acusación, de modo que en el calificado por el Tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.

Y en relación a los delitos de detención ilegal y coacciones, es asimismo doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la Sentencia de esta Sala 403/2006, de 7 de abril, el que en ambos casos se trata de conductas que afectan negativamente a la libertad de la víctima, limitándola, restringiéndola o, incluso, suprimiéndola, contra su voluntad, si bien el delito de coacciones tiene una configuración más general, mientras que la detención ilegal afecta a aspectos concretos de la libertad individual. El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. Y el delito de detención ilegal, de carácter más específico que el delito de coacciones, y de mayor gravedad lo que se traduce en una mayor pena, se comete cuando el sujeto encierra o detiene a otro privándole de su libertad, refiriéndose por lo tanto a la libertad deambulatoria o ambulatoria, es decir, a la capacidad del sujeto de decidir libremente su acceso, permanencia o alejamiento en relación con un determinado lugar. En otras palabras, se comete cuando, fuera de los casos permitidos, se obliga a una persona a permanecer en un determinado lugar en contra de su voluntad o sin ella, encerrándola en él, o impidiéndole de cualquier otra forma abandonarlo o trasladarse a otro.

La homogeneidad es expresamente reconocida en Sentencias de esta Sala. Así en la Sentencia 167/2007, de 27 de febrero- se dice que ambas figuras delictivas son homogéneas y al tener señalada pena inferior el delito de coacciones, su apreciación no vulnera el principio acusatorio. Y con ese mismo criterio se pronuncia la Sentencia 448/2004, de 2 de abril, en la que se expresa que es de meridiana claridad que el hecho de que se condene por una infracción más leve, cual es la de coacciones frente a la detención ilegal, por mucho que ambas figuras delictivas típicamente difieran, dada la homogeneidad de ese sustento fáctico común, hace que no se advierta, en este caso, la existencia de obstáculo alguno al ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ni perjuicio procesal derivado de la calificación definitiva llevada a cabo por los Jueces “*a quibus*”. También en esa línea se pronuncia la Sentencia 1984/2002, de 9 de diciembre, en la que se declara la posibilidad de condenar por coacciones cuando se ha acusado por detención ilegal, teniendo en cuenta el carácter general y residual del tipo de coacciones, del que tan sólo se excluyen por su especialidad las que consisten en la privación de la libertad ambulatoria, que son una peculiar forma de coacción, sin que se haya causado mengua ni menoscabo alguno a los derechos de los acusados a defenderse y a la vigencia del principio de contradicción en el proceso al que han sido sometidos, ni se les ha causado perjuicio alguno si se les imponen las correspondientes al delito de coacciones que son notablemente inferiores.

No se plantea, pues cuestión alguna relacionada con el principio acusatorio, ya que en el supuesto que examinamos, para analizar su posible subsunción en el delito de coacciones, además de la homogeneidad de ambas figuras delictivas, se va a partir del relato fáctico de la acusación, del que el ahora recurrente tuvo puntual conocimiento pudiendo defenderse del mismo sin traba ni restricción alguna.

Por otra parte, en el caso enjuiciado, tal subsunción es posible por las razones que se exponen a continuación.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia –cf. Sentencia 626/2007, de 5 de julio– el delito de coacciones aparece caracterizado por: a) Una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto. b) La finalidad perseguida, como resultado de la acción, es la de impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto. c) Intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta. d) La intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler. e) que el acto sea ilícito -sin estar legítimamente autorizado- que será examinado desde la normativa exigida en la actividad que la regula.

En términos similares se pronuncia la Sentencia 1427/2005, de 2 de diciembre, en la que se declara que el delito de coacciones, tipificado en el artículo 172 del Código Penal, requiere como presupuestos legales: a) una conducta violenta de contenido material como vis física, o intimidación como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta; d) intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos "impedir" o "compeler" y e) ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico. Y a los efectos de diferenciar el delito de la falta de coacciones, añade que es necesario valorar la mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida y el grado de malicia y culpabilidad del agente.

Y esas notas que caracterizan el delito de coacciones, tipificado en el artículo 172 del Código Penal, pueden afirmarse en la conducta del recurrente, en relación a su esposa y a sus tres hijos». (F. J. 2º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de igualdad.**

Recurso: Casación nº 10285/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 775/2008 de fecha 16/11/2008



«...El principio de la igualdad ante la ley está recogido en el artículo 14 de nuestra Constitución en los siguientes términos: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Además, la propia Constitución proclama a la igualdad uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art.1.1 CE).

Según ha puesto de relieve la doctrina, el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución se plasma fundamentalmente en dos planos distintos: el de la igualdad ante la ley y el de igualdad en la aplicación de la ley, exigencia –ésta última- sumamente problemática y que, en principio, guarda relación también con el tipo de ordenamiento jurídico de cada sociedad (de modo especial el de la “common law”, con la regla “stare decisis”, y el propio de la tradición europeo-continental). Éste último se caracteriza fundamentalmente por que, sobre la igualdad, da preferencia al principio de la independencia judicial, según el cual los Tribunales no están sujetos al precedente –incluso al propio-, si bien ha de reconocerse que, en cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha optado en esta materia por un sistema ecléctico, según el cual los tribunales no están vinculados al criterio de los tribunales superiores, ni al suyo propio, pero exige que el cambio de criterio sea expreso y motivado.

En todo caso, debemos poner de relieve que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos los que se encuentren en la misma situación, sin que el juzgador pueda establecer diferencias injustificadas en razón de la concurrencia de circunstancias no previstas en la norma.

Por lo demás, el propio Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes requisitos que deben concurrir para poder apreciar la desigualdad en la aplicación de la ley: a) que las decisiones en contraste provengan de un mismo órgano; b) que las decisiones recaigan sobre supuestos sustancialmente análogos; y, c) que la decisión última que se aparte de la doctrina anterior carezca de una explicación razonable (v. SSTC 79/1985 y 140/1992, entre otras muchas).

Llegados a este punto, importa destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, los tipos penales señalan, en abstracto, las penas que deberán imponerse a los culpables del delito, según se trate de un delito consumado o meramente intentado, según se trate de un autor o de un cómplice, y según concurren determinadas circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes, concediendo, además, un amplio margen a la discrecionalidad judicial, en orden a la suspensión de la ejecución de las penas o a la sustitución de unas por otras, en función de la concurrencia de una serie de circunstancias complementarias (v. arts. 80 y sgtes. del Código Penal).

Para la concreta individualización de las correspondientes penas dentro del marco legal, la ley alude especialmente también “al grado de ejecución alcanzado” y al “peligro inherente al intento” (v. art. 62 CP), al número y entidad de las circunstancias atenuantes que concurren en el caso (v. art. 66.2ª CP), a la posible existencia de condenas precedentes (v. art. 66.5ª CP), a las circunstancias

personales del delincuente, así como a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.6ª CP), etc.

Desde otro punto de vista, el principio de independencia judicial se ve afectado también, de un lado, por el principio acusatorio (v. art. 789.3 de la LECrim. y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 20 de diciembre de 2006, en línea con el citado precepto), y, de otro, por la posible conformidad de las partes (v. art. 787.1 LECrim.), circunstancias, ambas, que condicionan fuertemente la decisión del órgano jurisdiccional.

A la vista de este complejo panorama, es posible comprender la dificultad de reconocer un supuesto de trato desigual en dos resoluciones judiciales, desde la perspectiva del derecho a la igualdad ante la ley, comenzando por la exigencia de que nos encontremos ante unos supuestos sustancialmente iguales. Así, en el presente caso, aparte de la circunstancia de la cantidad y calidad de la droga ocupada a la acusada-recurrente, han de tenerse en cuenta otra serie de circunstancias igualmente relevantes para conocer y ponderar tanto la gravedad y transcendencia del hecho enjuiciado y la personalidad de la persona implicada, tales como las relativas a la causa de la actuación policial, en cuanto reveladora de una mayor o menor relevancia social (v. gr. vigilancias rutinarias, comprobación de denuncias anónimas, protestas ciudadanas, etc.), las zonas en que se desarrollen las actividades delictivas (proximidades de centros docentes, penitenciarios, militares, deportivos, en establecimientos públicos, en la calle, etc.), personas destinatarias de las drogas (niños, menores, incapaces, toxicómanos, etc.), posibles vinculaciones con grupos organizados (nacionales, internacionales, de países productores de este tipo de sustancias, etc.), la mayor o menor peligrosidad conocida de éstos y de sus miembros, circunstancias personales de los culpables (padres, educadores, funcionarios públicos, autoridades, perturbados, indigentes, personas marginadas, etc.), situación familiar, posibilidades de rehabilitación social, etc.; pues todas estas circunstancias pueden ser valoradas por el Tribunal a la hora de individualizar la pena, sustituirla o suspender su ejecución, según los casos». (F. J. 5º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de inmediación.**

Recurso: Casación nº 1662/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 728/2008 de fecha 18/11/2008

«..En efecto como esta Sala ha precisado en la reciente sentencia 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su practica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

Así, la valoración de la prueba, en cuanto comporta un análisis racional de la misma y las deducciones que sobre la culpabilidad y la inocencia se expresa, puede ser objeto de control del órgano jurisdiccional superior comprobando si dicho análisis es racional porque se ha aplicado correctamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia. Otro tanto cabe señalar respecto a las inferencias de unos hechos objetivos a los que se asocian criterios de lógica que, por ello, pueden ser revisados por un órgano jurisdiccional encargado de la impugnación.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12, establece que: “El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizado tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control”.

Es decir, la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías institucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena. “Regalos entre las que se encuentran, desde luego todas las que rigen el proceso penal y la configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado” (STC. 123/2005 de 12.5).

La íntima convicción, la conciencia del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o porqué se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aun puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionando de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen.

En efecto, la valoración fraccionada del cuadro probatorio debilita sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de la misma, y, segundo, la conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado.

Por ello, la fuerza acreditativa del testimonio, aún directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no solo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían, sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes». (F. J. 15ª)

#### **PRUEBA. Agravante de parentesco.**

Recurso: Casación nº 202/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarda

Sentencia: nº 13/2009 de fecha 20/01/2009

«4. En cuanto a que el Ministerio Fiscal, y después la misma sentencia, aprecie la concurrencia de la agravante de parentesco así como la comisión de un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal, tanto éste como el artículo 23 se refieren a personas que estén o que hayan estado ligadas por la relación de afectividad análoga a la propia del cónyuge, por lo que su apreciación en nada afecta a la afirmación de que en la fecha del juicio oral tal relación no existía.

De lo que se ha dicho se desprende con claridad que la agravante de parentesco ha de referirse al momento de comisión de los hechos, mientras que la dispensa a declarar tiene eficacia en atención a la situación existente en el momento de la celebración del juicio oral». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Autonomía entre escuchas telefónicas nulas y declaración autoinculpatoria.**

Recurso: Casación nº 2226/2007

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 551/2008 de fecha 29/09/2008

«...el Tribunal Constitucional y esta sala han declarado que la originaria ilegitimidad constitucional de la actividad investigadora que condujo a la obtención de una información de cargo de efectivo valor incriminatorio, no se transmite de

manera automática con ésta, cuando los datos correspondientes hubieran ingresado también en el cuadro probatorio merced a un acto de prueba procesalmente autónomo, producido con las garantías legales (por todas, SSTC 81/1998, 49/1999 y 134/1999 y SSTS 477/2007 y 1618/2006). Así, aplicado al caso, este criterio lleva a la conclusión de que la declarada ilicitud de las intervenciones telefónicas no se ha transmitido al contenido de la declaración autoinculpatoria de Aceña Alba, que se produjo primero ante la Guardia Civil (f. 307) y se mantuvo luego en el Juzgado de Instrucción (f. 336) con asistencia de letrado; para ser, finalmente, llevada al juicio cuando él se negó a declarar en este acto, donde fue leída. En definitiva, esa declaración, con el tratamiento procesal que acaba de explicarse, aportó elementos de cargo de fuente no contaminada y, por ello, utilizables del modo que lo ha hecho la sala de instancia, sin que ello suponga vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Y el motivo debe desestimarse». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Declaración de coimputado ya condenado.**

Recurso: Casación nº 10085/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 7/2009 de fecha 07/01/2009

«Es decir, Guillermo V. B., cuando acudió al Plenario, como a propuesta del Ministerio Fiscal ya había sido condenado por tal hecho.

En esta situación su status en el momento de prestar tal declaración, ¿lo fue como coimputado o como testigo?,

Dar respuesta a esta cuestión es relevante porque ya se sabe que la declaración del coimputado exige de corroboraciones para poder valorarlas y determinar su credibilidad pues en caso contrario, es insuficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando es prueba única, si por el contrario, se trata de un testigo, su declaración deberá ser valorada --motivadamente-- por el Tribunal en orden a determinar su credibilidad pero sin que sea, pero sin que *ab initio*, dicha declaración sea "*intrínsecamente sospechosa*" como se dice en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional --STC 68/2002 de 21 de Marzo en relación a la declaración del coimputado--, ni por tanto sea *ab initio* insuficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, puede sintetizarse actualmente en los siguientes enunciados:

a) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

b) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración. Deben ser autónomos e independientes de lo declarado por el coimputado.

e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.

...

f) SSTC 55/2005 y 165/2005: no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta "*.....los delicados problemas --del testimonio del coimputado-- ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales....*". Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba --párrafos 156 a 159 de la STEDH, Labita vs. Italia, 6 Abril de 2000--.

Todo lo dicho hasta aquí, se refiere a aquella persona que en el momento de ser enjuiciada, está acusando también y simultáneamente a otro u otros como interviniente en los mismos hechos, en una unidad de acto.

No es este el caso de autos porque como ya se ha dicho, Guillermo Vázquez, cuando declaró en el Plenario en el que se juzgaba al recurrente, ya había sido juzgado y condenado diez años antes.

...

3- STS 168/2003 de 26 de Febrero.

*"....Cuando J. prestó la declaración inculpativa analizada, es evidente que tenía la condición de coimputado, sin embargo tal condición la perdió cuando fue citado como testigo al juicio oral en el que se juzga al recurrente, tal cambio de status fue consecuencia de que previamente ya había sido juzgado y condenado...."*

4- STS 1338/2003.

*"...Ciertamente cuando tanto C.T. como J.C.V. acuden al Plenario, lo hacen en la condición de testigos porque ya habían sido sentenciados....".*

...

Pero no acaba aquí nuestra reflexión, en la medida que el coimputado declaró en el Plenario en el que se juzgaba al recurrente, se planteó la cuestión, ya anunciada en las sentencias precedentemente citadas y resueltas de manera diversa como ya se ha visto, de cual es el status procesal con el que compareció ¿mantiene su condición de coimputado, a pesar de haber sido ya juzgado?, ¿es un testigo?.

Como ya se anunció al principio de esta argumentación la cuestión no es baladí dada la diferente situación en que se encuentra el coimputado y el testigo. La declaración de aquel heteroincriminatorio es intrínsecamente sospechosa --STC 68/2002-- y precisa de corroboraciones para adquirir la condición de prueba suficientemente capaz de revocar el decaimiento de la presunción de inocencia, por decirlo claramente la declaración del coimputado exige: 1º) integrar su suficiencia con las corroboraciones y 2º) verificar su credibilidad. La prueba del testigo cuando es única, es en sí misma prueba suficiente para fundar la condena, exigiéndose solo una adecuada motivación para acreditar su credibilidad, lo que puede verificarse desde la triple perspectiva de: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputados.**

Recurso: Casación nº 1846/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 593/2008 de fecha 14/10/2008

«...La línea jurisprudencial de este Tribunal había venido validando las decisiones de condena fundadas en la declaración del coimputado, siendo un hito al respecto la Sentencia de 12 de mayo de 1986. En tal doctrina, incuestionada la validez, aparecían como indiscriminados y equivalentes los términos credibilidad y suficiencia probatoria.

Pero la doctrina que arranca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1997 ha supuesto un punto de inflexión hacia el reforzamiento de la efectividad de la garantía constitucional. Pasando a exigir la corroboración de lo dicho por el coimputado y, más tarde, exigiendo que esa corroboración concierna a la participación del condenado y no meramente a la credibilidad del coimputado, imputación. (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/2002; 207/2002; 55/2005; 1/2006; 97/2006; 170/2006; 277/2006 y 10/2007)

Como concluye el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/2008 de 28 Jul. 2008, rec. 7610/2005 la declaración del coimputado, en cuanto prueba "sospechosa **no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal**" (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2004, de 23 de febrero) o, como dice en sentencias recientes *«las declaraciones de los coimputados **carecen de***

**consistencia plena** como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Y, en algunos momentos, cuida el Tribunal Constitucional de advertir ya la diferencia entre la credibilidad y la consistencia probatoria. Así cuando dice que los diferentes **elementos de credibilidad** objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el persistente mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- **carecen de relevancia como factores de corroboración**, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren.

Similar cuerpo de doctrina se expone en la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008 de 21 de julio. En ambas por otra parte se advierte que la declaración de un coimputado no puede servir de corroboración a la de otro coimputado.

Y en todo caso recuerda que **lo corroborado no es la credibilidad sino el hecho** declarado probado bajo exigencia de la garantía de la presunción de inocencia: (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 233/2002, de 10 de febrero, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, caso Funke c. Francia).

Esa doctrina constitucional tiene correlatos en la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pueden consultarse a esos efectos las sentencias del caso LABITA contra Italia, de 6 de abril de 2000 en la que, para justificar la adopción de la prisión provisional consideró insuficiente las declaraciones inculpativas del coimputado exigiendo que éstas estuvieran corroboradas por otros elementos de prueba. Y también la Sentencia del caso CORNELIS contra Holanda, de 25 de mayo de 2004. En éste estimó suficiente la declaración del coimputado para descartar la violación del art. 6.1 CEDH porque aquél fue el único elemento probatorio en el que se había fundado la condena, ya que el órgano jurisdiccional había contado con otras pruebas de cargo. (F. J. 3º)

La doctrina jurisprudencial ha asumido el empeño de ir perfilando las características de lo que debe estimarse corroboración.

El reconocimiento de la trascendencia de las circunstancias coyunturales del caso en la determinación de la corroboración no ha sido obstáculo para la fijación de alguna fórmula como la recordada en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008: *la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, «configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan.*

Pero esta fórmula no ha impedido el amparo en algún caso, bien similar al que nos ocupa, como el resuelto en la Sentencia de este Tribunal Supremo antes citada 102/2008. La razón no es otra que el carácter genérico de los datos corroborantes que les resta capacidad para avalar la veracidad objetiva de lo dicho



por el coimputado. Al que, por cierto, como en este caso, se le aplicó una reducción en "premio" por su delación.

Por otra parte en la doctrina de este Tribunal, en la que hemos recogido la posición del Tribunal Constitucional, (por todas la reciente Sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2008), hemos ido estableciendo caso por caso cuando se estima alcanzada la mínima corroboración. Así en esta última se estimó lograda porque se pudo añadir a la declaración del coimputado *el contenido de las conversaciones telefónicas que fueron oídas en el acto del juicio oral y las declaraciones de los funcionarios de policía sobre los seguimientos realizados al procesado, en particular una vez llegado el barco al puerto y que culminaron con su detención y la ocupación de la sustancia estupefaciente.*

En nuestra Sentencia de 22 de mayo de 2008, aún cuando no se distinguía lo deseable entre validez y suficiencia, y se remite la corroboración a la credibilidad del coimputado, se recoge la advertencia de la doctrina constitucional en el sentido de *"que la exigencia acabada de expresar es de naturaleza objetiva y externa y no de índole subjetiva o intrínseca a la personalidad o motivaciones del declarante", de forma que **incluso de verificarse la ausencia de móviles autoexculpatorios o espurios** en la declaración prestada por el coimputado, no por ello queda dicha declaración exenta de sometimiento a la **ulterior comprobación en el plano objetivo** de la existencia de datos externos que la corroboren.*

La oportuna cita resalta que la credibilidad del coimputado o, si se quiere, la verosimilitud de su declaración, es solamente un *prius* del enjuiciamiento de suficiencia constitucional para enervar la presunción de inocencia.

En esa misma Sentencia recordábamos lo dicho en la 1060/2004 en el sentido de que *si el elemento corroborador debe consistir en un hecho, dato o circunstancia que **externamente** avale la declaración del coimputado, ello significa que **no** es válida como tal **la consideración de una inferencia** pues ello equivaldría a desconocer el carácter externo y objetivo del elemento corroborador.*

Se niega también el alcance de corroboración a la falta de verosimilitud de la explicación o coartada del acusado.

Se atribuye esa eficacia, por el contrario al dato constituido por las lesiones del acusado para imputarle la conducción de un ciclomotor como fundamento de la imputación del hecho objeto de acusación». (F. J. 4º)

#### **PRUEBA. Declaración de testigo contra familiar. Deber de informar de la dispensa a declarar (art. 416 LECrim).**

Recurso: Casación nº 1786/2008

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 957/2008 de fecha 18/12/2008

«..La tesis según la cual el testigo que fue condenado por el mismo hecho en otro proceso no debe ser instruido de su derecho en los términos del art. 416

LECr no es compartida por la Sala. Por lo tanto, si sólo se lo instruyó del derecho del art. 520.2.a) LECr se ha incumplido con el deber de informarle de la dispensa de declarar en contra de las personas que se enumeran en el nº 1º) del art. 416 CP. El testigo, ya condenado o no en otro proceso, que declara, por lo tanto, sobre circunstancias que afectan la posible responsabilidad de su madre, está amparado por la misma dispensa que establece el art. 416 LECr de la misma forma que cualquier otra persona que deba declarar sobre circunstancias percibidas por sus sentidos y que pueden ser utilizadas en contra de un acusado con el que está unido por una relación de parentesco prevista en el art. 416 de la LECr.

La circunstancia de una condena anterior por los mismos hechos, por otra parte, no elimina la razón de ser del art. 416 LECr. Dicho de otra manera: el coimputado pariente en los grados establecidos en ese artículo debe ser instruido no sólo de su derecho a no declarar contra sí mismo, sino también de su dispensa de declarar contra su madre. Ello se deduce de la posibilidad de dar valor testifical a las declaraciones de un coimputado y de la *ratio legis* del art. 416 LECr, que - como ha sido señalado en la doctrina- "hace retroceder el interés público en una persecución penal sin obstáculos en favor del interés del testigo de no tener que declarar contra un pariente".

Por lo tanto, siendo conocido en el proceso de menores que la madre era también acusada en otro proceso por los mismos hechos, debió haber sido instruido de que sus declaraciones podrían ser utilizadas contra su madre. De lo contrario no podrán ser utilizadas en el proceso contra la madre.

El texto del art. 714 LECr, por lo demás, no autoriza a recurrir a declaraciones documentadas en las actas de otro proceso en el caso en el que el declarante se niegue a declarar, cuando no se le haya informado de la dispensa del art. 416 de la misma ley. El art. 714 LECr tiene la finalidad de permitir una confrontación de lo declarado en el juicio con declaraciones anteriores del sumario, para, de esa manera, permitir una ponderación de lo declarado en presencia del Tribunal sin infringir el principio de inmediación que impone el art. 741 LECr.

Pero, dejando ahora de lado la cuestión de si las declaraciones prestadas en un proceso pueden ser trasladadas por la vía del art. 714 LECr a otro proceso, es claro, que declaraciones prestadas anteriormente, sin que el declarante haya sido correctamente instruido, no pueden eliminar la prohibición de valoración que las afecta sólo por haber sido sometidas al procedimiento del art. 714 LECr. En efecto, tal prohibición no desaparece con una confrontación del declarante con sus declaraciones previas destinada a aclarar la veracidad de lo declarado. En el presente supuesto no se trata de si dijo o no dijo la verdad, sino de si estaba o no obligado a declarar lo que declaró y si fue instruido del derecho a no declarar.

Por las mismas razones tampoco es de aplicación al caso el art. 730 LECr, sin perjuicio de que, además, en el supuesto de las declaraciones testificales existe en la ley una norma especial, que por lo tanto, desplaza a la más general, que es la del art. 714 LECr». (F. J. Único 3º)

**PRUEBA. Declaración de testigo- víctima: arts. 416 y 418 LECrim.**

Recurso: Casación nº 202/2008  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 13/2009 de fecha 20/01/2009

«1. Cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim, una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En este sentido la STS nº 164/2008, de 8 de abril.

3. En el caso, la testigo declaró ante el Juez de instrucción debidamente informada del contenido del artículo 416, según se desprende del acta de dicha declaración. En el juicio oral no fue informada por el Tribunal al inicio de su declaración de la existencia de la dispensa, pero manifestó su deseo de no declarar, en caso de que ello fuera posible, ante lo que se le indicó que debía declarar. Aunque el Tribunal omitió, de un lado, cualquier indagación complementaria, que podía venir aconsejada por la referencia de la testigo a “su

marido”, y también, de otro lado, alguna motivación expresa de su decisión, no consta en la causa que acusado y víctima estuvieran unidos por vínculo matrimonial, sino que eran pareja de hecho; consta que desde antes de los hechos habían interrumpido la relación afectiva que habían mantenido durante un tiempo aproximado de dos años; que desde los hechos se había dictado una orden de alejamiento; y que, según consta en el acta, desde entonces el acusado no había llamado a la víctima ni se había acercado a ella.

Por lo tanto, no puede sostenerse con los datos disponibles que entre ambos subsistiera ninguna clase de relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio, por lo que en todo caso la testigo no estaba dispensada de prestar declaración, lo que hace que la valoración de su testimonio no haya vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente.

4. En cuanto a que el Ministerio Fiscal, y después la misma sentencia, aprecie la concurrencia de la agravante de parentesco así como la comisión de un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal, tanto éste como el artículo 23 se refieren a personas que estén o que hayan estado ligadas por la relación de afectividad análoga a la propia del cónyuge, por lo que su apreciación en nada afecta a la afirmación de que en la fecha del juicio oral tal relación no existía.

De lo que se ha dicho se desprende con claridad que la agravante de parentesco ha de referirse al momento de comisión de los hechos, mientras que la dispensa a declarar tiene eficacia en atención a la situación existente en el momento de la celebración del juicio oral». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Declaración de testigo-víctima de malos tratos. Efectos de los arts. 261 y 416 LECrim.**

Recurso: Casación nº 756/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 294/2009 de fecha 28/01/2009

«..La alegación se dirige concretamente a atacar la decisión de la Sala de no valorar la prueba de diligencia de entrada y registro por haber tenido su origen directo en unas manifestaciones hechas por la esposa del acusado, y realizadas con inobservancia de la exigencia legal de ser advertida de su derecho a no declarar contra su cónyuge.

La Sala de instancia razona correctamente su decisión, en términos que deben ser acogidos por esta Sala de Casación.

1.- En efecto, la esposa del acusado acudió a las dependencias policiales a denunciar a su marido por malos tratos. Esta comunicación de hechos de maltrato fue voluntaria y emitida por decisión e iniciativa propia. El art. 261 de la LECr determina que no están obligadas las personas que en él se relacionan, y entre ellas "el cónyuge del delincuente". La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra ella establecida en el art. 416 de la LECr, no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo

fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (art. 416 de la LECr). Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 de la LECr, ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente de Policía, contra parientes del art. 261, ha de hacerse necesariamente la advertencia referida.

**2.-** Por la propia razón de ser y fundamento de la norma cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente.

**3.-** Por lo mismo la innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos. No es que no se pueda interrogar sobre ellos. Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averiguación iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal.

**4.-** La consecuencia legal de su inobservancia es la ilegalidad del resultado. Ilegalidad que se extiende tanto a la declaración misma hecha con vulneración de la exigencia legal incumplida, como lógicamente al conocimiento policial que resulta de aquélla. Pues si se entendiera otra cosa se llegaría a la incongruencia de afirmar la invalidez de algo y al mismo la validez de su consecuencia. Si la declaración ilegal no la tiene, en esas condiciones, no vale como comunicación, no vale como denuncia y no vale el conocimiento que por ella adquiriera la Policía. El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita. Por tanto no puede servir esa investigación para sobre ella interesar una diligencia de entrada y registro. Esta diligencia exige resolución judicial motivada, sobre la base de indicios objetivos, fruto de una investigación. No puede ampararse en lo que la Policía "sabe" sin más, sino en lo que sabe lícitamente, fruto de una

investigación realizada de acuerdo con la ley. Esto es lo que falta cuando se incumple en el interrogatorio el deber de advertencia de la dispensa legal de denunciar. Y en consecuencia la autorización de entrada y registro carece de licitud.

**5.-** Es acertada por ello la negativa de la Sala de instancia a valorar como prueba de cargo esa diligencia. El oficio policial solicitó la autorización judicial para practicar la entrada y registro señalando como indicios de responsabilidad criminal precisamente las declaraciones de su cónyuge. Es cierto que en segundo lugar señalaban el dato de la coincidencia de su mote o nombre con que era conocido con el que un comprador de estupefacientes dijo que era el de quien se la vendió. Pero esta coincidencia por sí sola no hubiera bastado para autorizar una entrada y registro que claramente se acordó por el órgano Judicial gracias a las manifestaciones de denuncia hechas -ilegalmente- por su cónyuge.

**6.-** Finalmente esa Sala ya declaró la nulidad de las declaraciones públicas hechas por parientes no advertidos oportunamente de su dispensa legal de hacerlo (SS 10 mayo de 2007; 20 de febrero de 2008). Su invalidez ocasiona la ilicitud de la averiguación obtenida, y por tanto la del indicio fundamentador de la petición de autorización para el registro domiciliario. Sin indicio legítimo no hay razón justificadora de la diligencia. Y sin ella no puede ésta ser valorada como prueba». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Declaración de testigo-víctima en sumario que se retracta en plenario.**

Recurso: Casación nº 10058/2008 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 654/2008 de fecha 30/10/2008

«..Una reiterada jurisprudencia, por todas la STS 510/2008, de 21 de julio, nos recuerda la validez de la convicción judicial pueda ser formada sobre las declaraciones testificales producidas en el sumario cuando el testigo se retracta de ellas en el juicio oral, procediendo de conformidad con el art. 714 de la Ley Procesal penal, esto es, reproduciéndolas en el juicio oral e indagando sobre la retractación, actividad que se realiza en el juicio oral y con vigencia de los principios básicos de la regularidad de la prueba. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala destaca que "como ya hemos declarado en otras ocasiones (entre otras, STS 1187/2005, de 21 de octubre), de lo que se trata es de la aplicación del art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone lo siguiente: "cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe".

Una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional (STC 8/2003) como de esta Sala Casacional, ha declarado que el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre

ambas, siempre que aquélla se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se haya sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la LECrim, la doctrina constitucional y de esta Sala (STC 137/1988, SSTs 14-4-1989, 22-1-1990, 14-2-1991 o 1 de diciembre de 1995, sentencia núm. 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido, y como precisa la STS 12.9.2003: "cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento, bien ante la policía o ante la autoridad judicial, el Tribunal que conoce de la causa y ha de dictar sentencia tiene la facultad de conceder su credibilidad a unas u otras de tales declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, de modo que puede redactar en su sentencia los hechos probados tomando datos de unas o de otras de tales declaraciones, conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio (art. 741 LECrim.), siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal: 1º que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancias de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma; y 2º que, genéricamente consideradas (es decir, no en sus detalles específicos), hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre estos extremos".

Con relación a ésta última exigencia formal, cuando el dato de cargo no ha sido afirmado en el acto del juicio sino en alguna manifestación anterior, debe actuarse conforme al procedimiento referido en el art. 714, esto es, mediante la lectura de las declaraciones anteriores e invitando al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, aplicable este artículo no solo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere, sino también a las declaraciones de los acusados y no solo a las practicadas a instancia de parte, sino también a las acordadas de oficio.

Sin embargo, esta última exigencia no debe interpretarse de manera formalista (como dice la STS 155/2005, de 15 de febrero), en el sentido de que, incumplido este trámite del art. 714 ya no cabría tomar circunstancias de hecho de las manifestaciones anteriores al acto de la vista oral para construir el relato de hechos probados, puesto que, de cualquier modo, esas declaraciones primeras hayan sido tenidas en cuenta en el acto solemne del plenario, lo que puede aparecer acreditado por el contenido de las preguntas o respuestas. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato, que se incorpora a la narración de hechos probados.

El tribunal de instancia ha fundado su convicción en la declaración de la víctima y ha destacado que la retractación de su incriminación en el juicio oral no resulta lógica realizando una valoración racional de su testimonio, la corroboración

de las iniciales declaraciones de este testigo con otros elementos de acreditación y la justificación dada a la retractación. Fruto de esa presencia inmediata en la práctica de la prueba es la valoración que de la misma se realiza es la cuidada motivación, racional conforme al art. 717 de la Ley procesal, de la testifical oída en el juicio oral, incluidas las contradicciones a sus declaraciones anteriores, en las que el testigo trata de justificar el cambio en el sentido incriminatorio de sus declaraciones anteriores en una desorientación y cansancio que, como el tribunal explica, pudiera motivar algún olvido en la narración de los hechos pero no el cambio en la dirección impugnativa, máxime cuando a esa versión incriminatoria se añaden las corroboraciones expresadas.

No cabe duda de que, con carácter general, los Tribunales pueden dar más valor a las declaraciones vertidas en la instrucción que a las realizadas en el juicio oral. En tal sentido, en lo que se refiere a las manifestaciones prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, el Tribunal Constitucional al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim., ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta en que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (SSTC 2/2002, de 14 de enero; 190/2003 de 27 de octubre). En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (SSTC 155/2002, de 22 de julio, y 195/2002, de 28 de octubre).

Por tanto, de acuerdo con el contenido del art. 714 LECrim., en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad. Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas». (F. J. 2º)

#### **PRUEBA. Intervención telefónica. Testimonio deducido de otra causa.**

Recurso: Casación nº 1034/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 901/2008 de fecha 22/01/2009

«...La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad de las inferencias ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre dicha cuestión con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones



jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (v. art. 11.1 LOPJ).

Es indudable, pues, que, en el presente caso, las defensas de los procesados tuvieron la posibilidad de interesar la unión a estas actuaciones de un testimonio de particulares del primero de los procesos, si es que querían poner de manifiesto alguna ilegalidad o irregularidad en la actuación judicial relacionada con el derecho al secreto de las comunicaciones, o con cualquier otro de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados por ellas, por lo que, en último término, nunca podrían alegar con el debido fundamento una posible indefensión (art. 24.1 CE)». (F. J. 2º)

#### **PRUEBA. Pericial. Informe de la Administración aportado a la causa.**

Recurso: Casación nº 10979/2007 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 173/2009 de fecha 27/02/2009

«...Pero la objeción carece por completo de fundamento. En efecto, es cierto que el art. 456 de la Ley de E. Criminal contempla la posibilidad de que el instructor de la causa disponga, por propia iniciativa, la realización de alguna pericia, que, en este caso, deberá ajustarse a las reglas que seguidamente disciplinan ese modo de proceder. Pero es obvio que esta previsión no agota en modo alguno las posibles opciones al respecto ni las vías por las que los conocimientos especializados pueden acceder al proceso penal y al conocimiento de los tribunales.

Lo que en el marco de la jurisdicción confiere naturaleza pericial a un conocimiento es el hecho de que, siendo de carácter extrajurídico, pertenezca a un área del saber que, por razón de su especialidad, no forma parte de la experiencia y la cultura común del hombre medio, sino que se integra en el bagaje que es propio de los profesionales de alguna ciencia o técnica.

En este caso, se da la circunstancia de que, en presencia de un brote viral de hepatitis C, fundada fuente de preocupación para los responsables de la sanidad pública, en un momento, obviamente pre y extraprocesal, éstos, como era sin duda su deber, ordenaron la realización de un estudio, que se llevó a cabo con el rigor científico usual en la materia. Siendo así, es claro que si, como luego ocurrió, las conclusiones de ese trabajo, se presentaron como de posible relevancia para la decisión de la causa ulteriormente tramitada con el mismo

motivo, el interés de alguna de las partes en que fuera aportado a la misma sólo puede entenderse legítimo y plenamente justificado. Y, siendo así, no es cuestionable que la Audiencia accediera a una solicitud en tal sentido; y tampoco que, por razón de la materia, diera a la intervención de los expertos en el juicio el tratamiento propio de la pericial.

Por tanto, hasta aquí, ninguna irregularidad; que tampoco se aprecia en el ulterior curso del asunto, porque los expertos comparecieron en la vista para someterse al interrogatorio de las partes, incluida la defensa, que les formuló varios cientos de preguntas de carácter técnico, con el fin indudable de obtener información especializada que le interesaba.

Así las cosas, lo cierto es que ninguna tacha de irregularidad, y menos de ilegalidad, cabe hacer a la actuación técnica de referencia y a las ulteriores vicisitudes de la misma en esta causa. Porque, en su origen, fue totalmente conforme a la legalidad administrativa, y funcional al legítimo fin perseguido con su práctica; su ejecución se ajustó a las reglas propias de las disciplinas y técnicas implicadas, y su tratamiento procesal, presidido por la transparencia y la contradicción, aparece irreprochable». (F. J. 3º)

#### **PRUEBA. Reconocimiento fotográfico.**

Recurso: Casación nº 11288/2008 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 331/2009 de fecha 18/05/2009

«..Entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

Incluso cuando, como en este caso y tras la oportuna práctica de nuevas diligencias de investigación, finalmente la única prueba de cargo esencial (puesto que la ocupación de armas blancas en poder del identificado, que no han podido relacionarse con las características de la empleada en los hechos enjuiciados, no entraña obviamente una fuerza de convicción determinante) es la constituida por esa sola declaración identificativa de la víctima, nuestra doctrina ha mantenido el criterio de que, con ella y una vez debidamente judicializada, basta para fundar la convicción inculpativa del Juzgador.

Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, deberá producirse, dada su innegable trascendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos, tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o

involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación.

En tal sentido, viene requiriéndose que:

a) La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y Secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla.

b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

c) Así mismo que, de ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria incomunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas influencias y avalar la apariencia de “acierto” que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones.

d) Por supuesto que quedaría gravemente viciada la diligencia si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

e) Y, finalmente, de nuevo para evitar toda clase de dudas sobrevenidas, la documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) éste haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Con posterioridad, y una vez obtenida la presencia en la sede policial del identificado, conviene proceder a su nueva identificación, esta vez “en rueda”, con la asistencia física del identificador y sometimiento a los requerimientos exigidos al respecto por la propia Ley de Enjuiciamiento (arts. 369 y 370 LECr), a pesar de que no debe olvidarse que aún nos hallamos ante una diligencia de mero carácter de investigación y, por ende, sin efectos probatorios de naturaleza procesal..

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, ante sendas Autoridades judiciales: en primer lugar, en nueva “rueda”, constituida y practicada con respeto a la norma procesal, ante el Juez de Instrucción, con la posterior ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del Juicio oral, a presencia del Juzgador a quien, en definitiva compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación.

Forma de proceder, en definitiva, tan meticulosa y precisa que, lógicamente, obedece a la constatada fragilidad de una diligencia de efectos tan influyentes como delicados en la ponderación de su acierto que, no obstante, se revela como imprescindible para la efectividad del enjuiciamiento de multitud de actos delictivos.

(...)

La Sentencia se refiere, sin especificar más, que pudo comprobar que “....la apariencia de los ojos, las cejas y la nariz del procesado es muy particular, por lo que tienen un efecto identificador o caracterizador muy significativo” (sic).

Lo que es puesto en relación con las manifestaciones prestadas por los propios testigos de que pudieron identificar al acusado como la persona de su agresor por lo especial de su mirada.

Pues bien, si fuera cierto que, desde un primer momento las víctimas hubieran manifestado esta especial “característica” de la mirada o de los ojos de su victimario, que, por otra parte nadie nos explicita en qué consiste ni podemos apreciarla en las defectuosas copias de las fotografías obrantes en las actuaciones, la advertencia de tales rasgos en el rostro del identificado y posteriormente acusado, podría representar un aval definitivo para la certeza del acierto de la identificación.

Pero es que aquí sucede todo lo contrario.

Ese argumento, el más sólido sin duda de todos los ofrecidos por la Audiencia para dotar de autoridad a la declaración de los testigos, se vuelve contrario a esa finalidad y destruye la racionalidad del propio argumentar de los Juzgadores de instancia cuando advertimos, acudiendo a la lectura de las actuaciones al amparo de la facultad que nos otorga el artículo 899 de la Ley procesal, que en ninguna de sus declaraciones iniciales hacen alusión alguna las víctimas a un aspecto que, al parecer, era el que más resaltaba en la fisonomía del agresor y que, sin duda, llamará tanto la atención posteriormente en la del acusado (folios 8 y 9 y 26 y 27). Ni siquiera cuando ofrecen una amplia descripción de su victimario (folios 35 y 36), ni cuando se lleva a cabo el reconocimiento fotográfico (folios 76 y 78).

Y es precisamente, de modo harto significativo, ante el Juzgado de Instrucción, tan sólo una vez realizada esa diligencia de reconocimiento fotográfico de la que resultó la identificación del acusado, cuando por primera vez consta en las actuaciones (folios 115 y 118) la alusión por ambos declarantes a las especiales características del “entrecejo” del identificado.

Nos hallamos, por consiguiente, ante un supuesto en el que, más allá de la verosimilitud que merezcan los argumentos exculpatorios ofrecidos, en forma de coartada, por el acusado y que también son objeto de estudio, para su rechazo, por la concienzuda labor de los Jueces “a quibus”, lo que a la postre se advierte es una profunda duda respecto del acierto de las víctimas en su intención de identificar correctamente al autor de la terrible agresión que sufrieron, propiciada por las circunstancias del hecho y el defectuoso proceder inicial de los investigadores, que levantan graves sospechas respecto de la fiabilidad para este caso de

herramientas procesales que ostentan plena utilidad en otras muchas ocasiones, duda que no es despejada con argumentos de suficiente solvencia lógica y razonabilidad por parte del Tribunal “a quo”, sino que, antes al contrario, se ahonda aún más al apreciar la importante contradicción que supone que la supuesta confirmación del acierto de quienes identifican se base en unos datos objetivos referentes a las características físicas de su agresor que sólo se aportan tras una diligencia de identificación fotográfica irregularmente practicada y en la que es reconocida una persona que presenta esa especialidad en su fisonomía.

Razones por las que, en definitiva, procede la estimación del Recurso, debiéndose dictar a continuación, con base en ellas, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias absolutorias derivadas de esta estimación». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Testifical. Interpretación de los artículos 416, 707, 714 y 730 LECrim.**

Recurso: Casación nº 763/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 129/2009 de fecha 10/02/2009

«**..A)** La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

**B)** Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas –como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

**C)** Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario». (F. J. 5º)

**PRUEBA. Testigos protegidos: doctrina del TEDH. Pandillas juveniles.**

Recurso: Casación nº 2018/2007  
Ponente: Sr. Varela Castro  
Sentencia: nº 378/2009 de fecha 27/03/2009

«..Prescindiendo de otros antecedentes, sobresale que el Tribunal de apelación, que no el que juzgó en la instancia inicial, ordenó que dos testigos fuesen examinados por el Juez de Instrucción, con intervención de la defensa, que, sin embargo, no pudo conocer la identidad de aquéllos. El tribunal de apelación, basándose en el informe del Juez de Instrucción, pero sin examinar aquél a los testigos, falló condenando.

El TEDH admite que se pondere (*balanced*) los intereses de los testigos y los de la defensa cuando se trata de usar las declaraciones vertidas en la investigación, en cuyo escenario admite la validez del testimonio anónimo. Y, en el caso, concluyó que la ponderación (*counterbalancing*) era suficiente. **No obstante** advirtió también que la convicción, que lleva a la condena, no puede estar basada **exclusivamente o de forma decisiva** sobre declaraciones anónimas, como lo eran las de los dos testigos cuya identidad no conoció la defensa, aunque la conociera el órgano jurisdiccional. De tal suerte que el rechazo de la demandada por el TEH se fundan en que en ese caso concreto el Tribunal que pronunció la condena no basó la declaración de culpabilidad exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos identificados solamente con una clave. Con todo la sentencia contó con el voto disidente de dos de sus integrantes.

En esta línea cabe citar, ya finalmente, la Sentencia del TEDH que, dando contenido definitivo a su doctrina al respecto, resuelve el denominado caso **Birutis y otros contra Lituania de 28 de marzo de 2002** y en cuyo párrafo 29 se define:

*El Tribunal afirmó en la Sentencia **Doorson** contra Holanda de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20] y en la Sentencia **Van Mechelen** y otros contra Holanda de 23 abril 1997 [TEDH 1997, 25], que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es en todas las circunstancias incompatible con el Convenio. Sin embargo, si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento penal no debería normalmente incluir. Por ello, el Tribunal reconoció que en esos casos, el artículo 6.1, considerado junto con el artículo 6.3 d), requiere que las dificultades con las que trabaja la defensa sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales. Con esto en mente, **no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos** (véase Sentencia **Kostowski** contra Holanda de 20 noviembre 1989 [TEDH 1989, 21], serie A, núm. 166, pg. 20, ap. 42). Además, **ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaraciones anónimas** (véase la anteriormente citada Sentencia **Van Mechelen** y otros contra Holanda, pg. 712, aps. 54-55).*

Así pues la compatibilidad de cualquier ponderación, incluso cuando las dificultades de la defensa sean equilibradas por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales, han de cumplirse estos parámetros:

- (a) *que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta y*
- (b) *que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.*

Entre nosotros el Tribunal Constitucional matizó también la diferencia entre testigos protegidos y testigo anónimos. Así en la Sentencia 64/1994, se cuestionaba únicamente la declaración en juicio de personas sin ser vistos por las partes, que sí podían oírles, considerándolos como testigos protegidos.

Se trataba de un caso de la hipótesis que hemos denominado 5ª, es decir aquella en la que menos sufrimiento se inflinge al derecho de defensa.

Sitúa el problema dentro del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la norma fundamental, lo que le lleva a analizar la declaración testifical controvertida desde una triple vertiente de exigencias, que se resumen en las siguientes: **publicidad, contradicción e igualdad de armas**, con el fin de determinar si éstas se observaron en efecto o no en este supuesto concreto.

Salva la primera (publicidad) porque, aún considerando que se produjo una *anómala forma de declaración* el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta.

Por lo que concierne a la exigencia de contradicción invoca el artículo 6.3.d) de la Convención Europea de Derechos Humanos que exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos.

Recuerda nuestro Tribunal Constitucional que *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en diversas sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 noviembre 1989 (serie A, núm. 166), y Windisch, de 27 septiembre 1990 (serie A, núm. 186), o, finalmente, la Sentencia Ludi, de 15 junio 1992 (serie A, núm. 238). En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de*



*posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger.*

Y, ya en el caso que juzga el Tribunal Constitucional advierte que el testimonio no adquiere la condición de anónimo sino de meramente "oculto" entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado y en los que la posibilidad de contradicción y el **conocimiento de la identidad** de los testigos - **tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados.**

Es por esto -y porque tampoco considera lesionado el derecho a la igualdad de armas- por lo que puede concluir que, no obstante lo que estima, como dijimos una anomalía, no merece el amparo constitucional.

El Auto del Tribunal Constitucional nº 270/94, de 17 de octubre, precisa que cuando el testimonio es oculto, existe posibilidad de contradicción y se respetan las exigencias del art. 6.3.d) del Convenio y "en consecuencia también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución".

Finalmente, por lo que se refiere a la doctrina de este Tribunal Supremo, cabe decir que las hipótesis han sido también muy diversas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 2000, recurso nº 1845/1998, se plantea el supuesto de testigos de cargo que prestan su declaración sin ser vistos por el acusado. Subraya la similitud, pero no identidad, con el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 64/94 de 28 de febrero, y la doctrina del TEDH sobre los llamados testimonios **anónimos, entendiendo por tales aquellos cuya identidad es desconocida por las partes** y por el propio Tribunal y que son los que imposibilitan la contradicción y vulneran el artículo 6.3 d) del Convenio. En el caso de dicha sentencia la defensa pudo interrogar a los testigos sin cortapisas de ninguna clase, ya que el abogado defensor del acusado asistió a la prueba anticipada y pudo interrogar, sin limitaciones, a la víctima y a los otros menores en igualdad de armas con las acusaciones, respetándose, en una de sus dos modalidades, el derecho del acusado, en el sistema de la "cross examination" que consagra el art. 6.3.d) del C.E.D.H, que es el de "hacer interrogar" a los testigos de cargo, lo que, en este caso, se hizo cumplidamente.

Y concluye autorizando lo que estima un razonable equilibrio, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en los casos de conflicto entre derechos fundamentales, como son, de una parte, los del acusado, a un proceso con todas las garantías, y, por otra, los que tiene la víctima a la intimidad personal y a la seguridad e, incluso, a la integridad física y moral (artículos. 18, 17, 15 de la Constitución Española).

En el caso de la Sentencia nº 1047/06 de esta Sala, recurso 1159/2005, de 9 de octubre, también se examinó la cuestión suscitada porque el Tribunal denegó la petición formulada por la Defensa del acusado en el juicio oral sobre que fuera revelada la identidad de los testigos NUM001 y NUM000. Respecto de ellos, en la instrucción, fueron dictados sendos autos acordando aplicarles las prescripciones de la Ley Orgánica de 23/12/1994, en orden a quedar reservada su identidad real.

Se partió de las manifestaciones de aquellas personas sobre su temor a las represalias de los denunciados, haber sido amenazada de muerte y tachar de peligrosos a los denunciados por el ambiente en que se movían (caso NUM001), sobre su temor a las represalias de los denunciados y a la integridad física de ella y de sus hijos (caso NUM000), sobre su temor a las represalias de los denunciados y tacharles de peligrosos por el ambiente en que se movían (caso NUM001). El Juez reputó verosímiles tales temores, tras las actuaciones practicadas.

En su escrito de defensa, la dirección del acusado había solicitado el conocimiento de la identidad de los testigos protegidos. El Tribunal ordenó que los testigos protegidos comparecieran para la práctica de la prueba testifical en el juicio oral utilizando cualquier procedimiento que imposibilitase su identificación visual normal, como biombos o mamparas, desestimando también las cuestiones previas; y los recursos de súplica, sin perjuicio de que los Letrados, no los acusados, visualizaran a los testigos.

Parte esa sentencia de que el artículo 4 de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, preceptúa que, para el mantenimiento o no de las medidas de protección, el Tribunal deberá ponderar los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate.

Aunque se trataba de un supuesto de testigo no meramente oculto, estima esa sentencia que, *el mantenimiento de la reserva sobre el nombre y apellidos de los testigos debe reputarse resultado de una ponderación constitucionalmente acertada.*

**Pero** conviene advertir que en dicha sentencia, tras examinar ese motivo casacional, en referencia al penado que lo alega, añade: ***Además la sentencia tiene presentes, expresando detalles, las declaraciones de los acusados, las conversaciones telefónicas, las declaraciones de los agentes de la Autoridad, el acta de entrada y registro en El Eden y los documentos aportados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la visita girada a El Eden el 9/5/2003. Y la sentencia insiste detalladamente en los medios probatorios que ha tomado en cuenta, al tratar de cada uno de los delitos.***

Es decir que en ese caso las declaraciones testificales estaban lejos de ser los únicos elementos de cargo y ni siquiera consta que fuese los decisivos.

En la más reciente Sentencia de este Tribunal de 26 de Diciembre de 2008, recurso 10289/2008, se practicó la testifical de un testigo, en cuya declaración se fundamenta la condena del acusado, ocultándose sin ser un testigo protegido, sin que los acusados pudiesen verle, tras una mampara de madera.

Recuerda como las reformas de los artículos 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, responden a una línea jurisprudencial consolidada a partir de la importante sentencia Tribunal Constitucional nº 64/94 de 28 de febrero, que abordó con detenimiento la **distinción entre testigos anónimos y ocultos** y la admisibilidad de éstos frente al **rechazo de aquéllos**. Y culmina calificando el caso enjuiciado como un supuesto

de testigo meramente oculto, subrayando, *además, que todos los letrados de la defensa de los procesados ejercieron su interrogatorio al testigo sentados muy cerca de él y frente al mismo para mejor valorar su declaración*». (F. J. 5º)

## **PRUEBA. Testimonios de referencia**

Recurso: Casación nº 763/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 129/2009 de fecha 10/02/2009

«..Los testigos de referencia como hemos dicho en la citada Sentencia de 27 de enero de 2009 no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción.

Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.

Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECr. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia». (F. J. 6º)

## **PRUEBA. Valoración del testimonio de la víctima en el delito de maltrato habitual.**

Recurso: Casación nº 10036/2008 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 911/2008 de fecha 23/12/2008

«1. La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva. Cautela que debe extremarse cuando se trata de hechos respecto a los que ha transcurrido un periodo de tiempo importante desde su comisión hasta la fecha de su denuncia. Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y para hacer posible la revisión en vía de recurso.

Ahora bien, como se dice en la STS nº 331/2008, de 9 de junio, con cita de la sentencia de 1 de junio de 2007, en la casación, como en el amparo constitucional, “no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..., (como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)”.

2. En el caso, el Tribunal ha valorado como prueba de cargo básica la declaración de la víctima. Es cierto que, como alega el recurrente, en los aspectos relacionados con la precisión del número de ocasiones en que, según declara, fue obligada a mantener relaciones sexuales, no siempre ha mantenido lo mismo, aunque siempre ha sostenido la existencia de forzamiento mediante amenazas. Ciertamente, el Tribunal debería haber sido más explícito en la consideración de tales inexactitudes y en su valoración expresa, poniendo de manifiesto sus razones para considerarlas no esenciales.

De todos modos, en la sentencia nº 331/2008, antes citada, se advertía en relación con la persistencia de la víctima en sus declaraciones, que “el medio de prueba es el que se produce en el juicio oral. Y, finalmente, la utilización de declaraciones anteriores de los medios personales solamente son evocables en la

medida que en el acto del juicio se acude a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal confrontando al declarante con esas plurales manifestaciones y requiriéndole para que explique la razón de las mismas”. La inmediación permite al Tribunal valorar la prueba testifical de forma más completa, y cuando existen aspectos que puedan resultar dudosos compete a las partes ponerlos de manifiesto mediante el interrogatorio para facilitar aquella valoración. De otro lado, de la ausencia de una coincidencia mimética entre las distintas declaraciones no pueden extraerse consecuencias necesariamente negativas respecto a su veracidad si se mantiene lo declarado de forma sustancial. Las alteraciones pueden encontrar explicación en la progresión de los recuerdos; en su ampliación o precisión por parte del propio declarante; en la misma forma en la que se desarrolla el interrogatorio, que puede requerir de quien declara mayor o menor precisión, e incluso en la forma en la que el contenido de lo declarado es plasmado en el acta. Lo que importa en realidad es, por una parte, que lo declarado se mantenga sustancialmente, y por otra que, ya en el juicio oral, las partes planteen las posibles inexactitudes de la versión del testigo a través del interrogatorio para permitir una más completa valoración por parte del Tribunal sobre la base de la inmediación.

En el caso, el Tribunal valora expresamente la prueba testifical, tal como ha resultado tras su práctica en el juicio oral mediante el interrogatorio de las partes, respecto de unos hechos caracterizados por el largo periodo de tiempo en el que se producen, y que se han traducido en una situación de dominación de la víctima por parte del acusado, de manera que puede resultar difícil precisar ocasiones, fechas y momentos, individualizando hechos que se desarrollan en el marco que la víctima describe y que se recoge en la sentencia, lo que explicaría la reducción a aquellos cuyo recuerdo detallado presenta mayor facilidad para la declarante. De todas formas, una vez que la víctima se decide a denunciar los hechos, existe una corroboración efectiva de su existencia concretada en los partes médicos relativos a sus lesiones. Respecto a la situación vivida también existen elementos de corroboración a través de la testifical de la vecina que manifestó no solo haber oído alguna pelea de la pareja, sino además haber presenciado cómo en la calle ella se cubría para no mostrar los moratones consecuencia de las previas agresiones. Y finalmente, los informes forenses sobre su estado psíquico y las secuelas apreciadas, que son compatibles con las características de los hechos denunciados y, sin embargo, no resultan atribuibles a otras causas distintas.

Por lo tanto, debe concluirse que la valoración realizada por el Tribunal de la prueba testifical y pericial disponible ha sido respetuosa con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, de manera que no se aprecia vulneración de la presunción de inocencia. En consecuencia, ambos motivos se desestiman». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Valoración del testimonio prestado por los testigos de referencia.**

Recurso: Casación nº 832/2008

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar y Tolivar

Sentencia: nº 31/2009 de fecha 27/01/2009

«...Los testigos de referencia no aportan sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, puesto que lo que aquéllos conocen no son sino las afirmaciones oídas de ésta. La certeza de que se produjeron estas afirmaciones por el testigo directo es lo único que resulta de la veracidad de lo declarado por aquéllos, por lo que subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Por ello los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr. tienen una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocésal sustraída a la inmediación y a la contradicción.

Por ello el valor del testimonio de referencia o es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o es el de una prueba subsidiaria, para ser considerada cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.

Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material y no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libérrimamente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su madre, y padre de hecho. Que esto no es una imposibilidad material al acudir el testigo quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECr. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia». (F. J. 5º)

## **PRUEBA. Videoconferencia.**

Recurso: Casación nº 10051/2008 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 644/2008 de fecha 10/10/2008

«...1.- Vulneración de los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad por haberse utilizado la videoconferencia para tomar declaración a algunos testigos. Todo ello contradice, según su opinión, el derecho a un juicio público y con todas las garantías consagrado en nuestra Constitución y en los textos internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por España.

2.- Un sistema procesal moderno no puede desconocer estas técnicas si bien, como es lógico, debe agotar todas las posibilidades de lograr la presencia real y de utilizar estas alternativas cuando sea prácticamente imposible la comparecencia por hallarse en lugares remotos o cuando lo aconsejen incluso razones de seguridad del testigo o también cuando la causa se ha demorado en exceso por incomparecencia o trabas reiteradas que la Sala puede valorar como obstruccionismo procesal.

3.- Después de varias decisiones judiciales acordando este método y los reproches formulados a su legalidad y constitucionalidad, el legislador por Ley Orgánica 13/2003, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 731 bis, cuyo texto conviene transcribir. *“El Tribunal de oficio o instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la **Ley Orgánica del Poder Judicial**”.*

El artículo citado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siguiendo la pauta constitucional (artículo 120.2 CE) dispone que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

Asimismo la cobertura legal se encuentra reforzada en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (modificada por L.O. 16/94, de 8 de Noviembre) que autoriza la utilización de "cualquiera medios técnicos, electrónicos e informáticos".

4.- Desde la perspectiva del Derecho comparado, en países también sometidos a status jurídicos internacionales como los nuestros, se encuentran regulaciones muy anteriores a la nuestra. En Italia se admite de forma genérica en 1992 y, posteriormente, por leyes de 7 de Enero de 1998 y 19 de Enero de 2001, se contempla de manera específica, para detenidos y presos que, por su acreditada peligrosidad, no sea aconsejable someterlos a un traslado arriesgado. Así se regulan, entre otros países, en Francia y Estados Unidos. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona en sus reglas de procedimiento y prueba admite y utiliza, por razones obvias con mayor frecuencia, la técnica de la videoconferencia como sistema aceptable para celebrar diversos actos procesales.

5.- De manera más específica, el Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial en materia penal (29 Mayo 2000, artº.10.1º) dispone que *"Cuando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, éste último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición, se realice por videoconferencia tal como se establece en los apartados 2 a 8"*.

A continuación desarrolla en estos apartados la forma de llevarla a cabo que sintéticamente se reducen a los siguientes pasos: a) Que contravenga los principios del derecho nacional; b) Que en la solicitud se explicita el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito; c) Presencia durante la audición de un funcionario judicial del Estado requerido; d) Presencia directa del funcionario judicial que ha solicitado la diligencia; e) Que se levante acta de lo acontecido con todos los datos necesarios para la identificación de los participantes; f) Regulación de las excusas para declarar y falso testimonio por el derecho nacional del Estado requerido.

En el apartado 9 se extienden estas previsiones a las declaraciones de los acusados, se aplicarán las normativas de protección de los derechos fundamentales incluido el derecho a no declarar, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

**6.-** La cuestión, por tanto no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías.

**7.-** La validez de la videoconferencia tiene distinta dimensión cuando se trata de la utilización de esta tecnología sustituyendo la presencia de los acusados en el momento del juicio oral por su declaración a través de la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, que cuando se emplea para las manifestaciones de testigos y peritos. Como se puso de relieve en la sentencia de esta Sala, de 16 de Mayo de 2005, el acusado debe tener un papel activo en el juicio oral por lo que adquiere relevancia su presencia física e incluso la posibilidad de la comunicación constante con su Abogado, que no sólo se debe cumplir en los procedimientos de la Ley del Jurado, sino en toda clase de juicios orales.

No por ello se debe descartar totalmente la celebración de juicio por videoconferencia con los acusados y así lo contempla el Convenio Europeo antes citado, cuando lo exijan razones de seguridad derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del tribunal. En estos casos, si que debe motivarse las razones que se alegan para justificar esta decisión excepcional.

**8.-** En consecuencia, estimamos que no existe ninguna irregularidad ni ha producido indefensión la utilización de la videoconferencia para celebrar las declaraciones testificales ni tampoco se han quebrantado los principios de publicidad, intermediación, oralidad y contradicción de los que ha dispuesto el acusado en toda su integridad durante la celebración del juicio». (F. J. 1º)

**RECURSO DE ACLARACIÓN. Ámbito del auto de aclaración de sentencia. Intangibilidad de las resoluciones judiciales.**



Recurso: Casación nº 1169/2008  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia: nº 919/2008 de fecha 22/12/2008

«..Invocando el art. 5,4 LOPJ y el art. 852 Lecrim, se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica (arts. 24, 9,3 y 120,3 CE) en relación con el art. 267 LOPJ. El argumento es que el auto de 14 de mayo de 2008 que siguió a la sentencia dictada en esta causa no es realmente de aclaración ni subsanación de algún error material, sino que supone una completa modificación de aquélla, pues lo decidido en él afecta a los fundamentos de derecho, a la tipificación de la conducta y a la condena impuesta. Además, se añade, el auto es en sí mismo defectuoso, ya que, en su parte dispositiva, se limita a modificar la condena impuesta, sin alterar la calificación jurídica de la conducta. Por todo, es la conclusión, tendría que ser declarado nulo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 240,2 LOPJ.

El Fiscal, argumentando con un consistente apoyo jurisprudencial, ha entendido que, en efecto, el auto de supuesta aclaración desborda los límites de la habilitación legal y, por ello, solicita asimismo que se declare su nulidad.

Pues bien, no puede ser más claro que la resolución de referencia se separa abiertamente de lo previsto en el art. 267 LOPJ, que proscribe de forma drástica “variar las resoluciones” judiciales y declara que lo único compatible con esta prescripción es “aclarar” posibles oscuridades conceptuales y “rectificar” algún error material.

De estas dos opciones practicables, la primera alude a eventuales faltas de transparencia en el discurso del tribunal, es decir, en el curso argumental de su razonamiento de apoyo a la decisión. La segunda permitirá corregir una expresión que pudiera decirse equivocada, al no traducir de manera cabal el verdadero sentido de lo, por lo demás, estaría claramente, resuelto.

Una precisa manifestación de este criterio legal se halla, entre otras, en la STC 31/2004, de 4 de marzo, cuando precisa que el derecho a la tutela judicial efectiva no autoriza a “beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución”.

Y, ciertamente, no es el caso de la resolución a examen, que evidencia una equivocación de la Audiencia, pero mantenida de forma coherente en el razonamiento de ésta, que califica el hecho descrito en la misma como delito del art. 181,3 Cpenal, y, después, en el fallo, puesto que condena conforme al mismo.

Siendo así, lo que luego se subsana mediante el auto cuestionado no es, simplemente, un error accidental, sino todo un defecto esencial de planteamiento, que implica un cambio del título de imputación. Y esto es algo que no cabe dentro de los estrechos límites del art. 267 LOPJ, y, por ello el motivo debe ser estimado». (F. J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación: carencia del acusado absuelto en la instancia.**

Recurso: Casación nº 2065/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 620/2009 de fecha 29/05/2009

«..Como ya hemos dicho, la representación de este acusado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la instancia, pese a haber sido absuelto en ella, ante la eventualidad de que el recurso de la acusación particular fuese estimado por esta Sala.

En principio, es indudable que el acusado absuelto carece de legitimación para interponer recurso de casación contra la sentencia que le absuelve de la acusación formulada contra él, por cuanto lógicamente carece de interés legítimo para ello, pese al tenor literal del art. 854 de la LECrim en el que se establece que “podrán interponer el recurso de casación: el Ministerio Fiscal, los que hayan sido parte en los juicios criminales, los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia, y los herederos de unos y otros”. Sin embargo, es preciso reconocer que si la sentencia absolutoria fuese recurrida por alguna de las partes acusadoras y el acusado absuelto estima fundadamente que la sentencia recurrida –es decir, la absolutoria- carece de una fundamentación consistente, por haber desechado alguna tesis exculpatoria de la defensa, que se considera más fundada, o no se hubiere pronunciado sobre alguna cuestión obstativa del enjuiciamiento cuestionado (prescripción, denegación de pruebas, incongruencia omisiva, etc.), es indudable que, en tales supuestos, no podría cerrarse la puerta a un posible recurso de casación del acusado absuelto, pues se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no poder afirmarse de forma incontestable que dicho acusado carecería, en tal caso, de un interés legítimo para impugnar la sentencia de instancia, por cuanto podría causársele una verdadera indefensión constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE).

Mas, dicho esto, es preciso decir también que, desestimados todos los motivos del recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra la sentencia absolutoria de la instancia, el acusado absuelto carece de interés legítimo para que este Tribunal se pronuncie sobre el recurso cuestionado. La propia parte lo reconoce paladinamente al decir que “si el recurso que vayan a interponer los Sres. V. fuera desestimado, carecería de sentido el examen jurisdiccional de nuestros motivos de casación”.

Por todo lo expuesto, no debe hacerse pronunciamiento alguno sobre los motivos articulados en su recurso por la representación del acusado absuelto, Sr. G.C». (F. J. 6º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto de Sobreseimiento dictado en procedimiento competencia del Juzgado de lo Penal.**

Recurso: Casación nº 1912/2007

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 705/2008 de fecha 04/11/2008

«..En efecto, la introducción en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de un proceso especial para delitos de menor gravedad, hoy constituido por el Procedimiento Abreviado de los arts. 757 y siguientes, en el que los delitos cuyas penas no excedan los límites previstos en el art. 14.3 son enjuiciados en primera instancia por Juzgados Penales a que el precepto se refiere, y contra cuyas sentencias cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 790) llevó al legislador a excluir el recurso de casación contra la sentencia dictada por este órgano colegiado en la segunda instancia, es decir en apelación. En tal sentido el art. 847 de la LECr. establece para las Audiencias Provinciales que el recurso de casación solo cabe contra sus sentencias dictadas en juicio oral y "única instancia". Con ello se producía la incongruencia de que en el mismo proceso en que estaba vedada la casación contra la sentencia de segunda instancia no lo estuviera contra los Autos de sobreseimiento libre dictados en trámite de apelación por la Audiencia, dados los amplios términos mantenidos por el art. 848 LECr. con relación a esta clase de resoluciones sin más exigencias que la de ser un sobreseimiento libre por no ser los hechos delictivos, y hallarse alguien procesado como culpable de los mismos. Sin embargo esta Sala Segunda, en Sala General de 9 de febrero de 2.005 tomó el siguiente acuerdo: *"los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un Procedimiento Abreviado solo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:*

*a) que se trate de un Auto de Sobreseimiento libre.*

*b) que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables.*

*c) que se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación".*

Acuerdo éste que fué luego jurisdiccionalmente aplicado en sentencia de 8 de abril de 2.005. (F. J. 2º)

...El tercero de los requisitos, ya antes exigido en sentencias, entre otras, de 26 de junio de 2.001, de 5 de mayo de 1.997 y 18 de noviembre de 1998 al entender que "carece de sentido admitir casación contra un sobreseimiento libre en procesos donde no cabe casación contra la sentencia absolutoria dictada, como ocurre con las de la Audiencia Provincial que decide una apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal", no concurre en el presente caso. Este dato, sin necesidad de examinar los restantes, es evidente por la naturaleza del hecho y del delito imputado: Tratándose de un posible homicidio por imprudencia, la pena establecida por el art. 142, en caso de imprudencia grave, es la de prisión de uno a cuatro años; a lo que se añade, si es imprudencia profesional, la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, o cargo, por un periodo de tres a seis años. Esa penalidad se encuentra dentro de los límites competenciales de los Juzgados de lo Penal, según el art. 14.3 de la LECr. Por lo tanto la sentencia dictada sería apelable ante la Audiencia, que resolvería así en segunda instancia. Y no pudiendo ésta ser recurrida en casación (art. 847 LECr.) es claro que, según

la doctrina expuesta tampoco cabe esta vía de impugnación contra el Auto de Sobreseimiento que aquí se recurre». (F. J. 3º)

**RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Ausencia de hechos probados. Art. 851.2º LECrim.**

Recurso: Casación nº 179/2008 P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 839/2008 de fecha 11/11/2008

«..La sentencia se aparta de la fórmula legal por cuanto, bajo la rúbrica de "*Antecedentes de hecho*" y, a pesar de tratarse de un proceso penal, comprende lo que denomina "*Hechos probados*". Y la transcendencia de esa confusión se traduce en que la casi totalidad del apartado de hechos probados no contiene sino la reproducción de las acusaciones en sus facetas fácticas, para concluir que no han sido probadas, salvo en una pequeña parte de hechos que el Tribunal sí narra.

Ello implica que, respecto a una porción importante de los hechos delimitadores de las pretensiones punitivas, el Tribunal a quo no ha dado una versión propia en el apartado preceptivamente adecuado; con la mera declaración de que aquéllos no han sido probados, ha omitido, respecto a aquélla porción, la preceptiva narración histórica, en cuando referida a los acontecimientos enjuiciados, que no debieron confundirse con los acontecimientos del juicio presente (sus trámites y cómo fueron desenvueltos). Véanse sentencias de 19/10/2000 y 5/12/2002, TS.

4. Esa vulneración constitucional, derivada de falta de motivación por inadecuada estructura de la sentencia, implica, con arreglo al art. 238.3º LOPJ, una nulidad de la resolución que ha de ser reemplazada por otra que, dentro de sus funciones, dicte la audiencia. (Aparte de poder solventar la duda suscitada en el FJ 5º acerca de si está apreciando la eximente incompleta 1ª del art. 21 o una atenuante "*simple*").

5. En consecuencia, y sin que sea ahora oportuno examinar otros motivos del mismo recurso o del de A. B. P., hemos de declarar la nulidad del procedimiento para que, por los mismos magistrados, se dicte otra sentencia en que se respeten los requisitos vulnerados. Y han de declararse de oficio las costas de la casación». (F. J. 3º.)

**RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Claridad del "factum".**

Recurso: Casación nº 10044/2008 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 784/2008 de fecha 14/11/2008

«1. El recurrente, a pesar del enunciado completo del motivo, tan sólo se refiere a la "falta de claridad en los hechos probados", añadiendo "ausencia de fundamentación fáctica de la sentencia". Y así, critica que no se recoja o concrete

el *lugar, ocasión y circunstancias* en que se produjeron la acciones ilícitas luego tipificadas como abuso sexual.

2. Conforme a una reiteradísima y uniforme doctrina jurisprudencial (Cfr. STS de 29-7-2008, nº 522/2008), este vicio procesal se origina cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitada o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad o por no expresarlos de forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante y dubitada, pueda conducir a subsunciones alternativas o sea imposible realizar la subsunción, consecuencia de la ambigüedad del relato». (F. J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Contradicción en los hechos probados.**

Recurso: Casación nº 2/2008  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 610/2008 de fecha 08/10/2008

«..La desestimación es procedente. La esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente a ese contenido se deducen los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras. Por ello la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción ante el hecho y la fundamentación jurídica; d) que sea completa, es decir que afecte a los hechos y a sus circunstancias; y e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma». (F. J. 1º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de pregunta (Art. 850.3º LECrim).**

Recurso: Casación nº 1503/2008  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 237/2009 de fecha 06/03/2009

«Según se establece en la Sentencia de esta Sala 1348/1999 de 29 de septiembre, y últimamente STS 150/2009, de 17 de febrero, para que el motivo basado en el art. 850.3º de la LECrim. prospere, se requiere:

- a) Que cualquiera de las partes haya dirigido preguntas a un testigo.

b) Que el presidente del Tribunal, no haya autorizado que el testigo conteste a alguna pregunta.

c) Que la misma sea pertinente, es decir, relacionada con los puntos controvertidos.

d) Que tal pregunta fuera de manifiesta influencia en la causa.

e) Que se transcriba literalmente en el acto del juicio; y

f) Que se haga constar en el acta la oportuna protesta». (F. J. 3º)

**RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Prueba pertinente y necesaria.**

Recurso: Casación nº 11139/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 281/2009 de fecha 18/023/2009

«..Hay que declarar que la argumentación del Tribunal para denegar la prueba pericial-médica temporáneamente propuesta no es aceptable.

Recordemos que, se dice, que dicha pericial pudo practicarse en la instrucción, y que por otra parte esa condición de toxicómano ya constaba por propia declaración de los interesados.

De entrada hay que decir que la petición de prueba pericial médica en acreditación de la drogodependencia de la persona concernida es prueba que puede ser propuesta en el escrito de conclusiones provisionales, para su práctica entre el tiempo que medie desde la admisión del a prueba hasta la celebración del juicio oral, con presencia en el mismo del facultativo que le hubiese efectuado para su ratificación y sometimiento a debate si hubiera lugar. La práctica judicial es constante en tal sentido, por lo que el argumento del Tribunal no es admisible, como tampoco lo es el de su innecesariedad por el hecho de que ambos dijeran que eran consumidores --lo que efectivamente así fue, véanse folios 46, 92 y 96 de la Instrucción--; esa manifestación no deja de ser una manifestación de parte, que ayuna de toda pericia técnica y queda claramente debilitada, de ahí la necesidad de contar con el dictamen de los peritos al respecto.

La argumentación contenida en el f.jdco. cuarto de la sentencia para rechazar todo expediente atenuatorio es como sigue:

*"...En ninguno de los acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, ya que la condición de toxicómano de Isaac Blanco Vega e Isaac Blanco del Val no tiene relación con los hechos, ya que es claro que no efectúan actos de tráfico con la finalidad de aprovisionarse ellos mismos de droga, o con la finalidad de obtener dinero para poder consumir, sino que llevan a cabo tales actos como un modo de vida, sin relación alguna con su consumo....".*

Tal argumentación resulta igualmente inadmisibile por desconocimiento de que la droga es un factor criminógeno de primer orden y que en los casos de "*venta domiciliaria*", la práctica judicial enseña que es posible que el drogodependiente, financie su dependencia a través de esa venta "*al por menor*", dando lugar a la figura del drogo-delincuente. Se estaría en presencia de un caso de delincuencia funcional --esto es provocada por el consumo de drogas-- que se materializaría en la propia venta del producto que permite vivir y financiar su dependencia. Ciertamente no se cuestiona que la persona concernida no sepa lo que hace, esto es, el elemento cognoscitivo del dolo, sino más concretamente, lo que ocurre es que por la necesidad de adquirir droga, se produce, o puede producirse un debilitamiento de los frenos inhibitorios, --esto es del elemento volitivo del dolo--, que en atención a los datos que constan, singularmente los de naturaleza médica, pueden ser relevantes penalmente a la hora de determinar su grado de culpabilidad en atención al cual ha de fijarse la pena. También la práctica judicial ofrece ejemplos suficientes de esta figura, por ello no es descartable que toda persona que se dedique a la venta de drogas, incluso con cierta estabilidad y permanencia, como es el caso, tenga abierto el camino al posible reconocimiento de su tóxico-dependencia como circunstancia de atenuación.

Ello nos conduce a la conclusión de que la prueba indebidamente denegada no solo era pertinente sino que tenía una aptitud para poder haber incidido en la definitiva resolución del caso, porque, en efecto, podría haberse acreditado --y bastaría el juicio de probabilidad-- que ambos recurrentes o en uno de ellos estuviese en una situación de dependencia tal que pudiera haber tenido acogida bien como eximente incompleta o atenuante ordinaria, con incidencia en la individualización judicial de la pena. En este caso es tanto más relevante esta reflexión por cuanto que los recurrentes aparecen condenados con la pena de cuatro años de prisión --un año más del mínimo legal--, sin una suficiente motivación en qué apoyar esa demasía y sobre todo con imposibilidad de que los recurrentes hubieran podido acreditar su situación respecto de la alegada condición de adictos.

Hoy día, el proceso penal es más un esquema racional de imposición de la pena más que un medio de control social. En el presente caso, este esquema tiene relevante déficit de racionalidad por la denegación de la prueba solicitada por los recurrentes. En esta situación, hay que declarar la violación con alcance constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías, y, en concreto, al derecho a valerse de las pruebas pertinentes y necesarias para su defensa.

La reparación de esta vulneración exige la declaración de nulidad de la sentencia sometida al presente control casacional, la devolución de la causa al Tribunal de origen y la reposición de las actuaciones al momento anterior de la vulneración observada, es decir, anterior al auto de 11 de Junio de 2008, y que otros Magistrados tras la realización de las pruebas indebidamente denegadas, celebren nueva vista y dicten nueva sentencia, ya que los que dictaron la sentencia ahora anulada ya han exteriorizado su opinión al respecto y ello afecta objetivamente a la necesaria imparcialidad a que tiene derecho toda persona objeto de enjuiciamiento de acuerdo con el principio "*no solo debe hacerse justicia sino parecer que se hace*". Entre otras, SSTEDH Caso Delcourt de 17 de Enero 1970». (F. J. 2º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de suspensión de juicio ante incomparecencia de testigo.**

Recurso: Casación nº 1068/2008

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 484/2009 de fecha 05/05/2009

«...2.- El art. 850.1º LECr. precisa que *"el recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma, cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente"*. Por su parte, ha declarado esta Sala (Cfr. SSTs de 27-1-95; de 11-12-2006, nº 1199/2006; de 17-1-2007, nº 31/2007; de 18-6-2008, nº 369/2008) y el Tribunal Constitucional (Cfr. Sª 30/86, de 20 de febrero) que el vicio formal alegado consiste en el peligro de indefensión que puede provocar la no admisión de una prueba propuesta en tiempo y forma. Pero, también, que ello no obliga a admitir toda diligencia de prueba propuesta, en tiempo y forma, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado criterios, como el de la posibilidad, el de la pertinencia y el de la relevancia. La *posibilidad* obliga a plantear al Tribunal la necesidad de un enjuiciamiento de los hechos, pues existe una acusación sobre los mismos y es preciso la terminación de la causa, bien condenado o absolviendo, en función de la prueba practicada. Por la *pertinencia* se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La *relevancia* presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos *formales* necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el *material*, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, se ha señalado una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y programada su celebración para el juicio oral.

c) Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintos soluciones legales a la denegación de la prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitada, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 792 y 793.2 exigen la



reproducción en el juicio oral y, ante la nueva denegación, la formulación de la protesta.

La declaración de pertinencia por el Tribunal se sujetará a los criterios que antes referíamos sobre la concurrencia de los requisitos expresados y su vinculación con el objeto del proceso teniendo en cuenta, además, la posibilidad de su práctica, pues bien puede ocurrir que una prueba propuesta que sea relevante, funcional y materialmente, no pueda ser practicada en el juicio oral por diversas situaciones que impiden su realización.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, incomparecido no suspendiéndose el juicio oral.

Este requisito no juega con la misma intensidad en unos casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. A través de este requisito se posibilita el juicio de pertinencia tanto por el Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como por el Tribunal de casación al revisarlo. La asociación establecida con el contenido esencial del derecho de defensa, exige que la decisión de denegación de la prueba, salvedades, en todo caso, el contenido de su derecho a presentar testigos de cargo y de descargo y a preguntar, conforme a los arts. 24.2 CE y 6.3.2 CEDH. La resolución de denegar una prueba o, en su caso, de no suspender un juicio oral no puede ser una decisión arbitraria, sino que, como señala la STS de 2-3-92, "se trata de un juicio jurídicamente vinculado por las exigencias impuestas en la Constitución, fundamentalmente a través del art. 9.3 de la Constitución".

e) Que sea "*posible*" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas, esto es cuando no sea factible lograr con comparecencia o bien cuando el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización, bien entendido que como señaló la STS 30 de marzo de 1995, la omisión del procedimiento de citación publica previsto en los arts. 178 y 432 LECrim., para el caso de testigos de paradero desconocido, no constituye una infracción de norma esencial del procedimiento, pues se trata de una disposición propia de la época de sanción de la LECrim. pero que en la sociedad masiva actual carece de toda practicidad, prueba de ello es que el art. 784.3 LECrim. (actual art. 762.3), no estableció tal trámite para el Procedimiento Abreviado». (F. J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Incongruencia omisiva. Estimación.**

Recurso: Casación nº 695/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 110/2009 de fecha 06/02/2009

«..El primer motivo de su recurso se formaliza al amparo de lo autorizado en el art. 851 apartado 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como incongruencia omisiva, es decir, cuando no se resuelvan en la Sentencia dictada por los jueces “a quo”, sobre “todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa”. En concreto, dice el recurrente que no se ha resuelto la cuestión relativa a la prescripción de los supuestos delitos societarios, extremo éste alegado tanto por el acusado como por el Ministerio Fiscal.

Sorprende en primer lugar, de la lectura de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, al relatar que tras la correspondiente investigación judicial, el Fiscal solicitó el sobreseimiento y la acusación particular, formuló acusación, pero no se expresa la postura del Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, tanto en conclusiones provisionales como definitivas, siendo así que el art. 783.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina con toda claridad que *“cuando el Juez de Instrucción decreta la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, se dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello”*.

Y es más significativo que la Sala sentenciadora de instancia guarde silencio sobre esta trascendental cuestión de la prescripción, pues si se observa el contenido del escrito del Ministerio Fiscal que obra a los autos a los folios 388 y 389, dicha parte, en su función institucional, argumentó con toda clase de detalles jurídicos la razón por la que entendía que *“los posibles delitos habrían prescrito”*, estudiando el asunto igualmente tanto desde la perspectiva de la conexidad delictiva, como con respecto a la vertiente que le ofrece el acusado delito de apropiación indebida, junto a los delitos societarios denunciados. Es patente que no es este el momento de que nosotros nos pronunciemos al respecto, cuando la defensa y el Ministerio Fiscal han planteado esta cuestión ante el Tribunal de instancia. Y es claro que la parte recurrente tiene derecho a una respuesta del Tribunal sentenciador, que –de pasada– y sin mayor argumentación (lo que revela que la prescripción se alegó oportunamente por la defensa en el plenario), únicamente dice, y ello con referencia a la conducta del año 1995, que *“se encuentra prescrita”*, *“y –añade– no así las posteriores conductas de realización de supuestas Juntas de accionistas a las que no es citado el otro socio”*. La ausencia de motivación es absoluta en este extremo, por lo que la sentencia recurrida debe ser anulada también desde una perspectiva constitucional de inmotivación que indudablemente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de nuestra Carta Magna).

Se ha declarado por esta Sala (e igualmente por nuestro Tribunal Constitucional), que la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que las resoluciones judiciales han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *«ratio decidendi»* de tales resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es

consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Es por ello que la parte recurrente tiene derecho a conocer las razones en que se funda la Audiencia para estimar que los hechos justiciables se encuentran o no prescritos, y combatirlos en este recurso de casación. Máxime en este caso en que el lapso temporal entre las fechas de celebración de las juntas de accionistas y la fecha de la denuncia que figura al folio 1 de las diligencias es bastante significativo, salvo lo que pudiera argumentarse sobre aspectos relacionados con la cuestión de la conexidad procesal o el concurso medial, sobre lo cual la Sala sentenciadora de instancia guarda silencio absolutamente». (F. J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Traslados a las partes para informe escrito.**

Recurso: Casación nº 11171/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 854/2008 de fecha 04/12/2008

«Pretendían los tres recurrentes que se les diera nuevo traslado para contestar al informe del Ministerio Fiscal porque el apoyo prestado por éste al recurso les causaba indefensión. Obviamente, en el proveído de 3 de Noviembre se les denegó tal posibilidad por no existir en la Ley el trámite que solicitaban de nuevo traslado.

En este momento abundando en la decisión del proveído de 3 de Noviembre, hay que reiterar que las normas de procedimiento, en cuanto regulan la actividad de las partes y del propio Tribunal, en un proceso, son de obligado cumplimiento, estando sustraídas al principio dispositivo tanto de las partes como del propio Tribunal. Constituyen un ius cogens cuyo cumplimiento queda encomendado al Tribunal que es garante y primer obligado de su cumplimiento.

Desde esta realidad, la petición de un nuevo traslado a las partes recurridas en un recurso de casación porque el Ministerio Fiscal, que en este recurso actúa también como recurrido, en la instrucción del recurso formalizado, preste el apoyo a la tesis impugnatoria, no le convierte en recurrente, sino que es una manifestación de que su actuación viene regida por los principios de legalidad e imparcialidad a que se refieren los arts. 6 y 7 de su Estatuto Orgánico y en consecuencia, no siendo recurrente, no procede arbitrar un nuevo traslado al resto de las partes recurridas por no estar previsto en la Ley, y por tanto no cabe pretender que el respeto al procedimiento puede provocar una indefensión, máxime cuando los recurridos ya conocieron los argumentos del recurrente y el apoyo que a aquél prestó el Ministerio fiscal no es sino una reiteración de los argumentos expuestos por el recurrente en su momento, y todo ello sin olvidar que como dice el recurrente, el propio Ministerio Fiscal aceptó la competencia de la Audiencia Nacional en cuanto efectuó el escrito de acusación dirigido a aquel Tribunal.

Por ello se reitera el rechazo a la pretendida nulidad de la providencia de 23 de Octubre como así se acordó en el nuevo proveído de 3 de Noviembre --folio 61--». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Artículo 116 CP.**

Recurso: Casación nº 867/2008

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 354/2009 de fecha 02/04/2009

«..A su vez, el Fiscal también recurre la Sentencia de instancia, con un Único motivo, sobre la base del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en referencia a la indebida aplicación del artículo 116.2 del Código Penal, puesto que la Audiencia distribuyó las diferentes cuotas indemnizatorias correspondientes a cada condenado, sin advertir que esa distribución debe hacer referencia a las relaciones internas entre los mismos, de cara a un eventual derecho de repetición entre ellos, pero que en nada ha de afectar a la obligación solidaria que todos tienen, en orden a la reparación de los perjuicios causados con los delitos, frente a los perjudicados, como consecuencia de lo dispuesto en el referido precepto cuando dice que *“Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.”*

Por lo que es obvia la procedencia del Recurso del Ministerio Público, por el error en que incurre la recurrida, que deberá, por ello, ser corregida mediante la posterior Segunda Sentencia que seguidamente se dictará». (F. J. 6º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Daño moral en delito contra la libertad sexual.**

Recurso: Casación nº 2278/2008

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 514/2009 de fecha 20/05/2009

«En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta Sala que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico" .

Tal doctrina nos enseña que del mismo modo que los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. En el mismo sentido tiene dicho esta Sala que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, así como por razones de congruencia constatar que hayan sido objeto de petición por las partes acusadoras (véase, S.T.S. 907/2000 de 29-5; 1490/2005 de 12-12).

La existencia del daño moral y la virtualidad de determinados hechos delictivos para generarlo ha permitido hacer a esta Sala manifestaciones, como la que se materializó en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20-12-2006 que rezaba así: "Por regla general no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales y es compatible con el art. 250.1.6º C.P.". El daño moral puede incluso acompañar a delitos patrimoniales.

Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían:

- a) necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b) imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.
- c) atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad». (F. J. 4º.2)

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Imposibilidad de la “exceptio doli” por la aseguradora. Alcance del Acuerdo de 24-04-07.**

Recurso: Casación nº 10979/2007 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 173/2009 de fecha 27/02/2009

«..Por el mismo cauce del art. 849,1º Lecrim, se ha alegado infracción del art. 117 Cpenal en relación con los arts. 19, 73 y 76 LCS, debido a que, tratándose de una acción dolosa, no se habría tomado en consideración la *exceptio doli*. A este propósito se razona que el dolo no es asegurable, sino que el daño de esta índole tendría que ser accidental y no intencionado, pues, de los citados, el art. 19 LCS establece una exclusión de cobertura con base en la mala fe del asegurado; la responsabilidad del asegurador está circunscrita dentro de los límites de la ley y del contrato (art. 73 LCS); y, aunque el art. 76 LCS dispone que “la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”, lo cierto es que no se refiere a los casos en los que la naturaleza de la fuente del riesgo la hace ajena al ámbito de cobertura convencionalmente pactado, en un seguro que, en definitiva, es voluntario y de configuración contractual. Y resulta que en todas las pólizas concertadas con la recurrente aparecen excluidos del seguro los actos intencionados, realizados con mala fe por el asegurado, que tengan origen en una infracción legal que este hubiera cometido.

El art. 117 C.Penal trata como responsabilidad civil directa la de carácter pecuniario que se derive de una actividad asegurada; y hace coincidir el límite máximo con el de la indemnización convencionalmente pactada. Tal es el alcance de la norma, que prescinde del tratamiento de las posibles causas de aquélla. Y no hay que perder de vista que se trata de un precepto penal que regula las eventuales repercusiones económicas de las conductas que él mismo tipifica como delictivas, dato del propio contexto normativo que no puede dejar de ser significativo en el plano de la interpretación.

De otro lado, el art. 19 LCS tiene una lectura perfectamente compatible con el que acaba de citarse y es la que lleva a entender que disciplina un aspecto de la relación entre asegurador y asegurado, eximiendo al primero de responder frente a una reclamación del segundo fundada en un siniestro que hubiera tenido origen en su mala fe.

El art. 73 LCS contiene una prescripción que es sustancialmente equivalente a la del art. 117 C.Penal, y el art. 76 LCS, en fin, dispone que las excepciones que pudiera oponer el asegurador sólo serán eficaces en vía de repetición, garantizando de este modo la inmunidad del perjudicado frente a las mismas.

Así las cosas, es patente que del examen de los preceptos, en su interrelación, no se sigue en modo alguno la limitación postulada por la recurrente; pues, frente a terceros perjudicados, ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados; ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último. Por lo demás, el expuesto es un criterio interpretativo francamente consolidado en la jurisprudencia de esta sala (por todas, STS 707/2005, de 2 de junio).

La recurrente, en defensa de su tesis, invoca un acuerdo de pleno de esta sala (de 24 de abril de 2007) que contempla los supuestos en que el vehículo de motor fuera directamente utilizado como instrumento del delito, caso en el que se exoneraría a la aseguradora por el seguro obligatorio de la responsabilidad de los daños buscados directamente por el autor. Pero tampoco en esto tiene razón, porque la exclusión de responsabilidad viene dada por la circunstancia de que la acción de referencia estaría preordenada *de forma rigurosamente exclusiva* a la producción de un delito, de manera que tal modo de operar carece de cualquier encaje en los usos propios, socialmente aceptados, de los vehículos de motor.

En las acciones de M. es dable identificar una dimensión connotada de grave ilegitimidad que, en tal sentido, claramente, las separa de los usos y fines típicos de la actividad del anestesista. Pero no es lo único que se dio, pues ese aspecto concurre, se superpone, tiene como marco, el de la prestación específica de los servicios característicos de estos profesionales, que —cierto que con tal incidencia no indiferente— concurrió de manera efectiva en todos los casos. Porque, en efecto, siempre y en cada supuesto, M. prestó asistencia facultativa a cada uno de los pacientes que se relacionan en los hechos probados.

Es por lo que este motivo tampoco resulta atendible». (F. J. 2º de M. I. S. A.S)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Interés legal. Interés moratorio por lucro cesante.**

Recurso: Casación nº 1883/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 394/2009 de fecha 22/04/2009

«..A) Respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 L.E.C. debe considerarse incluida en la expresión "devengando esta cantidad **el interés legal** desde la fecha de esta sentencia", de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposición legal, a la que no contradice la sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial.

B) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión "interés legal" que se emplea en el fallo de la sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la sentencia, sino que, según ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querella, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad.

Por consiguiente, el motivo debe ser estimado parcialmente, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que corrija el "error iuris" en que incurrió el Tribunal a quo en este punto».(F. J. 5º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Intereses legales, procesales y moratorios.**

Recurso: Casación nº 1536/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 605/2009 de fecha 12/05/2009

«..Con un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acusación particular personada en esta causa denuncia la indebida aplicación de los arts. 109.1, 110.3, 113 y 116.1 del Código penal, así como el art. 1.108 del Código civil, por no haber impuesto la sentencia recurrida los intereses moratorios de la cantidad declarada en concepto de responsabilidad, desde la interposición de la querella.

A este respecto, el núcleo de esta censura casacional queda reducido a determinar si los intereses que ha de fijarse en la resolución judicial recurrida, son los de naturaleza procesal, o intereses de ejecución, que se disciplinan en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y (además) los moratorios del art. 1108 del Código civil, y ello a partir de la interposición de la querella, como acto mediante el cual son reclamados.

Dicha parte recurrente efectuó dos peticiones, una relativa al contenido del art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que está completamente fuera de lugar en la fase de procedimiento en la que se encontraba, como acertadamente argumentaron los jueces "a quibus", y otra, sobre intereses moratorios en suma de 10.942,12 euros, sin perjuicio de ulterior liquidación.

La sentencia recurrida únicamente los fijó en función de los intereses procesales o de ejecución que se disciplinan en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre las cuantías fijadas de 47.646,60 euros a favor de MIELE y 1.976,51 euros, que se acreditan para J. M. O.

Este tema ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. La STS 394/2009, de 22/04/2009, nos dice que se han de partir de las siguientes premisas: a) La acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Cr. y 109-2º C.Penal).

b) Las obligaciones civiles "ex delicto" no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C.Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de "damnum emergens" deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el "lucrum censans" o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 C.P.) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C.Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1ª del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo "in illiquidis non fit mora", entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide SS. T.S. Sala 1ª nº 88º de 13-octubre-1997; nº 1117 de 3-diciembre-2001; nº 1170 de 14-diciembre-2001; nº 891 de 24-septiembre-2002; nº 1006 de 25-octubre-2002; nº 1080 de 4-noviembre-2002; nº 1223 de 19-diciembre-2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C.Civil, y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C. de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1ª nº 908 de 19-10-95).



Sobre este último punto será necesario hacer las siguientes consideraciones:

Dentro del concepto "intereses legales" deben diferenciarse los "intereses procesales" a que se refiere el art. 576 L.E.C., de los llamados "intereses moratorios", que se regulan en los arts. 1.108, 1.100 y 1.101 C. Civil. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos "intereses procesales" son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses "punitivos" o "disuasorios" de la interposición de recursos temerarios; b) nacen ex lege; [o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una sentencia que condena al pago de cantidad líquida]; c) nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente ....; d) nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 L.E.C. no deja margen a la duda: "desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos ....". (F. J. 11º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Moderación de la indemnización cuando la víctima contribuye a la producción del daño.**

Recurso: Casación nº 1606/2008

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 98/2009 de fecha 10/02/2009

«...No es exacta la tesis del recurrente, ya que el art. 114 Cpenal preceptúa que:

*"...Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización....".*

Ciertamente el recurrente no cita expresamente este artículo, pero de forma implícita es clara la voluntad del recurrente de solicitar su aplicación ya que se

remite al art. 109 del Cpenal y siguientes, y el art. 114 se encuentra dentro del Capítulo I relativo a la responsabilidad civil, y como la tesis del recurrente es la de eliminar o disminuir el pronunciamiento indemnizatorio, es clara la petición de que esta se produzca bien que, como analizaremos por argumentos diferentes a los empleados por el recurrente.

El art. 114 del vigente C.Penal carece de precedentes en el sistema de justicia penal. Se incluye *ex novo* en el actual Código y viene a ser la traducción en clave penal del art. 1103 del CCivil según el cual *"....la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos...."*.

Ya con anterioridad a la vigencia de este artículo, la jurisprudencia habría aceptado la compensación de culpas en caso de culpas concurrentes del infractor y de la propia víctima. Esta compensación operaba exclusivamente en el campo de la responsabilidad civil, negándose la compensación en el campo de la imprudencia penal, porque --se decía-- la concurrencia de dos imprudencias penales no las neutraliza, sino que deben ser sancionadas de acuerdo con la entidad de la diligencia omitida, reservándose la compensación, como se ha dicho, para la fase del pronunciamiento civil, aunque también se contabilizan resoluciones en las que el instituto de la compensación operaba para degradar la entidad de la imprudencia.

Es claro que en el momento actual, y de acuerdo con el artículo que se comenta, el campo de la compensación/moderación opera solo en la materia de fijación de la responsabilidad civil *ex delicto*. La cuestión a decidir es si su ámbito solo es el de la responsabilidad civil *ex delicto de imprudencia*, o también puede operar en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto doloso*, es decir cuando la víctima de un delito doloso ha contribuido, incluso inconscientemente, de algún modo, en su propia victimización, sin que ello suponga transferir la responsabilidad penal del agresor a la víctima, ni siquiera atenuarla, pero si puede tener relevancia en la fijación de la responsabilidad civil, esta es la cuestión que plantea la interpretación del artículo 114Cpenal.

Así centrado el problema, hay que convenir que la respuesta de esta Sala ha sido diversa. Unas resoluciones no admiten esta atemperación en casos de delitos dolosos, y otras sí la aceptan.

La compensación en materia de responsabilidad civil no se ha admitido en el caso de delitos dolosos, en las SSTS 796/2005 de 22 de Junio, con cita de otras anteriores como 582/96, 1804/2001, 507/2001 ó 917/2002. Una referencia particular merece la STS 1541/2002 que revocó en casación la aminoración de la indemnización concedida en la instancia al lesionado con base en el art. 114 C.Penal. Tal revocación fue debida a que la víctima no había iniciado ninguna agresión. En los hechos se dice que Alfonso llama a Jaime gorrón e hijo de puta. Ambos salen a la calle y se pegan, y en el curso de la pelea, Alfonso da un mordisco a Jaime y le arranca una falange, con estos hechos, en la instancia se disminuyó la indemnización a Jaime, y en casación se revocó.

Sin embargo otras resoluciones de esta Sala --STS de 3 de Marzo de 2005, R.C. nº 1739/2003-- sostiene la tesis ya apuntada más arriba de que el tenor del art. 114 C.Penal no permite su reducción exclusivamente a los delitos por imprudencia. De dicha resolución retenemos el siguiente párrafo:

*"....Lo cierto es que en el Código actual no efectúa limitación alguna en el precepto mencionado (STS. 605/98 de 30 de abril), y así ha aplicado la técnica de compensación en vía indemnizatoria, SSTs. 19.3.2001, 2.10.2002, en casos de agresión provocada por la víctima, supuestos que se admite la moderación tanto de la reparación como de la indemnización de daños y perjuicios, facultad discrecional atribuida a los Jueces y Tribunales que se acordará por éstos, siempre que la víctima del delito y destinataria de la responsabilidad civil, hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre exclusivamente en la producción del daño, lo que permite modular la cuantía final de la indemnización (STS. 1739/2001 de 11.10), y así en supuestos de rima mutua, salvo hipótesis de agresión exorbitante, la solución más equitativa es la de considerar que entre las contrapuestas acciones de resarcimiento se puede producir una compensación total que las extinga conjuntamente, conforme al art. 1156 C. Civil, a fin de evitar una prima económica, por razones normalmente aleatorias, a quien resultó llevar la peor parte en la pelea, pero que más que perjudicado debe considerarse copartícipe de un mismo hecho punible. En estos casos, cuando la víctima de una infracción penal dolosa, sea, a su vez y al propio tiempo, responsable de otra infracción cuya víctima sea la misma persona autora de la primera, como ocurre en los supuestos de agresiones recíprocamente aceptadas sufriendo lesiones ambos contendientes y siendo los mismos condenados como autores de sendas infracciones, si será factible la compensación, incluso total, ya que en estos supuestos los responsables penales y al propio tiempo víctimas, sin duda contribuyen con su conducta a la producción de los daños y perjuicios que sufran al existir una evidente relación de causalidad entre sus actos y esos daños y perjuicios....".*

Y en el mismo sentido se pueden citar la sentencia, más reciente 778/2007 de 9 de Octubre.

En definitiva el alcance del art. 114 C.Penal se refiere a aquellos casos --dolosos o culposos-- en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto deba tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, la acción del autor de la infracción penal y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el art. 114 C.Penal para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata, como ya se ha dicho, tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso, sino que más limitadamente el campo del art. 114 C.Penal, como se opina por algún sector de la doctrina científica, se situaría en aquellos supuestos en los que la contribución de la víctima no siendo causal ni por tanto situarse en el resultado, puede tener alguna relevancia en la materia indemnizatoria en virtud de la facultad de discrecionalidad que en relación a la responsabilidad civil otorga este artículo a los Tribunales.

En el presente caso, ya hemos dicho que no procede la eximente ni completa ni incompleta porque no existió agresión ilegítima, pero ello no es obstáculo --en la línea de lo sugerido por el Ministerio Fiscal que apoya este motivo en el art. 114 C.Penal en el sentido que se postula-- para que a renglón se reconozca que en la riña mutuamente aceptada entre A. K. y El A. B. con el entrecruce de insultos, lanzamiento de sillas y finalmente fue El A. quien exhibió primero el cuchillo --mesa por medio-- frente a A., seguido, posteriormente, por la utilización por parte de A. de otro cuchillo con el que lesionó a El A. En definitiva, existió una riña mutuamente aceptada, pero la iniciativa en ella la tuvo El A., y si bien esta iniciativa carece de virtualidad para compensar o reducir la responsabilidad penal del recurrente, puede tener relevancia vía art. 114 C.Penal para determinar la responsabilidad civil derivada del delito del que es autor el recurrente». (F.J. 3º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Unidad del siniestro.**

Recurso: Casación nº 10979/2007 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 173/2009 de fecha 27/02/2009

«..Por la misma vía que los motivos anteriores, se ha aducido infracción de los arts. 1, 3, 73 y 76 LCS, debido a que la sentencia no habría respetado las limitaciones económicas pactadas como delimitadoras del riesgo; al no haberse tenido en cuenta que, producidos los daños ocasionados por M. como consecuencia de varias acciones derivadas de la misma fuente, tendría que haber regido el principio de la unidad de siniestro. En apoyo de esta afirmación se citan la cláusulas de las distintas pólizas en las que —literalmente— se prevé la consideración de único siniestro para el conjunto de reclamaciones por uno o varios daños originados por una misma o igual causa, o evento siniestral; el conjunto de consecuencias de varios errores profesionales cometidos en un mismo acto; o debidos a una misma fuente de error si las actividades ejercidas profesionalmente guardan entre sí una dependencia médica o sanitaria.

A este motivo de impugnación se ha opuesto que lo invocado son cláusulas limitativas que tendrían que haber sido expresamente aceptadas por el asegurado, circunstancia que no concurre y que haría inviable cualquier objeción con ellas por fundamento.

Pero lo cierto es que, en todo caso, el cuestionamiento es inaceptable en su misma presentación, porque, si es verdad que todas y cada una de las *plurales acciones* incriminables por las que se ha producido la condena, tuvieron como *fuentes* a la misma persona, no lo es, en cambio, en absoluto, que constituyan *una causa única* de las consecuencias acreditadas, y menos todavía *un único acto*. Como tampoco lo es que exista entre ellas alguna *relación de dependencia* médica o sanitaria, por su patente autonomía recíproca.

En efecto, según el diccionario, “acto” es lo mismo que hecho o acción. Y, llevado el concepto al terreno que nos ocupa, “acto” es “acto médico”, que consiste

en la prestación de un servicio sanitario. Es decir, en la ejecución de la acción propia de un facultativo o profesional de la medicina con una precisa finalidad terapéutica. Una intervención que se produce, o, mejor, genera la relación médico-enfermo, referida, por tanto, a un paciente concreto, que es lo que la hace personal e incluso personalísima.

La propia entidad recurrente, al argumentar en apoyo del primer motivo de su recurso (folio 10 del escrito), admite que “el acto médico se concreta en la relación médico-paciente”, esto es de un médico con un enfermo, con cada enfermo. Y tal es la idea que late, además, en las cláusulas que indebidamente se invocan ahora, una de las cuales condiciona el tratamiento unitario en el plano de la responsabilidad a la existencia de varios errores cometidos *en un mismo acto*; o a que, siendo estos varios, guarden una relación de interdependencia médica o sanitaria. Que es el supuesto arquetípico de la concurrencia de varios profesionales a la realización de una actuación, plural en las aportaciones, pero presidida por el elemento integrador de la unidad del fin y del destinatario.

Pues bien, conforme a este criterio, conceptualmente inobjetable e universalmente aceptado, lo producido en esta causa fue una pluralidad de prestaciones médicas, complejas, por la intervención, en cada supuesto de varios profesionales; uno de ellos el anestesista, M., cuyo *modus operandi* estuvo gravemente connotado de ilegalidad penal. Esto le constituyó en específica fuente de riesgo, a través de una sucesión de actos médicos singulares, que se materializó en una amplia diversidad de resultados lesivos. Actos y resultados rigurosamente autónomos, que no guardaron entre sí más relación que la de ser debidos al mismo autor». (F. J. 3º Mapfre)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Centro Penitenciario.**

Recurso: Casación nº 11509/2008 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 854/2009 de fecha 20/07/2009

«La tesis que sostiene la parte recurrente es que debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la sentencia puesto que cuando el acusado cometió los hechos estaba cumpliendo pena de prisión en el Centro Penitenciario de Albolote por la condena de dos delitos de homicidio. Se le concedió un permiso de salida de cuatro días por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el día 15 de septiembre de 2006, sin que el día 19 se reintegrara al Centro. Y dos días más tarde, el día 21 de septiembre, ejecutó los hechos que se están enjuiciando, sin que por parte de la Administración Penitenciaria –señala la parte recurrente- se adoptara medida alguna para reintegrar el Centro al preso que había quebrantado la condena.

La pretensión de la acusación particular es claro que no puede acogerse. Y ello por una simple razón procesal derivada de lo expuesto en el fundamento precedente. Pues si la Administración que tendría que responder civilmente no figura emplazada en el proceso, es claro que se le generaría indefensión en el caso de que esta Sala entrara a dilucidar la pretensión de responsabilidad civil que se

formula contra ella. El déficit procesal que arrastra la causa debido a la omisión de la acusación particular determina que ya ni siquiera se pueda entrar a analizar el fondo de la reclamación indemnizatoria que formula la parte recurrente contra el Estado, por lo que ha de rechazarse de plano la estimación del motivo interpuesto.

En cualquier caso, sí se puede afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida. Y así, en la sentencia 966/2001, de 29 de mayo, se argumenta que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso penitenciario concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo, a primera vista, el previsto en los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y en la sentencia 47/2007, de 29 de mayo, se insiste en que cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

En la misma resolución se matiza que sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro del proceso penal cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración, al poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar una posibilidad de fuga y en la reacción posterior a la concesión del permiso una vez que el interno no se reintegra. Según se desprende de la resolución reseñada, la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro, que es lo que sucedió en el supuesto contemplado en la referida sentencia 47/2007». (F. J. 3º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Fundamento.**

Recurso: Casación nº 10979/2007 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 173/2009 de fecha 27/02/2009

«..la Audiencia ha inferido con total corrección que entre la Congregación que recurre y M.... había, no contactos ocasionales, sino una verdadera relación de prestación de servicios, connotada por la regularidad y la estabilidad, a lo largo de

10 años, en la que el propio centro se hallaba efectiva y objetivamente *implicado*. Es por lo que aquélla consideró pertinente, como realmente lo es, la aplicación del principio *cuius cómoda eius est incomoda* a ese contexto relacional.

La jurisprudencia de esta sala en materia de responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120,4º C.Penal es bien conocida: la misma nace de la existencia de un vínculo, generado, obviamente, por razón de algún interés recíproco o la persecución de un beneficio. Vínculo que no tiene que ser jurídico ni responder a la morfología propia de alguna figura típica de contrato, pues puede ser fáctico; bastando con que el mismo dé lugar a cierta posición preeminente de uno de los implicados, que coloque a la contraparte bajo alguna forma de dirección o dependencia (por todas, SSTS 371/2008, de 19 de junio y 822/2005, de 16 de junio). Y es bien patente que la relación de M.... con Casa de Salud se ajusta perfectamente a este esquema». (F. J. del R. Hermanas de la Caridad)

## **RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Aplicación del art. 69 CP.**

Recurso: Casación nº 10521/2008 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 483/2009 de fecha 07/05/2009

«El segundo motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., denuncia infracción, por inaplicación, del art. 4.1º de la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por cuanto A. Julia, en el momento de la comisión de los hechos por los que ha sido condenado, tenía 18 años y “se encontraba fugado de un Centro de Menores”, por tanto –se dice- “debió seguirse el procedimiento establecido en dicho precepto” y remitirse testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de Menores.

El art. 4º.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, dispone que: “De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto”.

El art. 69 del CP, por su parte, establece que: “Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

Claramente se desprende de los artículos transcritos que el Código Penal no emplea un término imperativo (“podrán”, dice), y que, en principio, correspondería al Juez de Instrucción pronunciarse sobre el particular, cumplidos los trámites previstos en la propia ley, por lo que no sería correcto –como pretende la parte recurrente- comenzar remitiendo testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de

Menores “para que la misma continuara la instrucción de los hechos delictivos imputados a A. Julia”.

Mas, con independencia de lo dicho, es preciso tener en cuenta: 1º) que la L. O. 9/2000, de 22 de diciembre, suspendió por dos años, desde la entrada en vigor, la aplicación de la L.O. 5/2000 en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años; 2º) que la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, dispuso en su Disposición Transitoria Única una nueva suspensión de la aplicación de esta Ley a dichos infractores, hasta el 1 de enero de 2007; y, 3º) que la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Por todo lo expuesto, es patente que el motivo carece de todo fundamento y que, por ende, debe ser desestimado». (F. J. 3º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Entrada en vigor de la reforma de 2006.**

Recurso: Casación nº 10888/2008 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 657/2009 de fecha 17/06/2009

«..En el **correlativo** y sirviéndose del cauce procesal previsto en el art. 849-1º L.E.Cr. la recurrente entiende inaplicada la ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

1. La razón de la protesta radica en la edad que tenía cuando cometió los hechos (19 años) y la entrada en vigor, aunque por unos días de la Ley penal del menor consecuencia de la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, que recoge y deja sin efecto alguno la vigencia del art. 19 y 69 del C.Penal, según los cuales los infractores de una edad entre los 18 y 21 años podrían excepcionalmente ser beneficiarios de la legislación de menores.

2. La impugnante reitera la alegación hecha en su día en la instancia que fue certera y exhaustivamente resuelta en el fundamento jurídico primero, que aporta todo un cúmulo de razones para entender que el Código Penal, en tal previsión favorecedora de los responsables de 18 a 21 años, nunca tuvo efectiva aplicación por hallarse suspendida su vigencia.

La Audiencia dejó claro que lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero resultaba inaplicable por dos grupos de razones:

a) unas de fondo, como es el tenor del punto 2º del art. 4 que impone una condición como exigencia de su aplicación y es que el acusado hubiera cometido una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o integridad física de las mismas y es lo cierto que en el delito enjuiciado tales condicionamientos no se daban, ya que los hechos cometidos (detención ilegal) son graves, no menos graves, y en ellos medió la



violencia física o intimidación como medio de comisión y como mecánica operativa para mantener la situación antijurídica de privación de libertad durante un tiempo.

b) por razones de derecho transitorio. Así, la ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre, suspendió la entrada en vigor del art. 19 y 69 C.P. hasta el 1 de enero de 2007. Pero antes de llegar a esta fecha la suspensión se convirtió en derogación lo que se produce con la Ley Orgánica nº 8 de 4 de diciembre de 2006, según expresa de forma incontestable su exposición de motivos. Sin embargo, esta Ley entra en vigor dos meses después de su publicación, esto es, el 5 de febrero de 2007, y es precisamente por tal razón por la que la recurrente entiende que debió estar en vigor ese régimen beneficioso, desde el 1 de enero al 5 de febrero de 2007.

Sin embargo, como ha tenido ocasión de dejar sentado esta Sala y así lo establece la recurrida, la exposición de motivos expresa su voluntad de que jamás entre en vigor el art. 19 C.P. aunque por un simple error material, el momento de la entrada en vigor de la ley Orgánica 8/2006 pudiera conducir a una interpretación formalista acerca de una vigencia transitoria de unos días (véase S.T.S. 4-junio-2007 nº 502) situación que razonadamente también rechaza la instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 5/2006 de 20 de diciembre, amén que pugnaría con el art. 14 de la Constitución española, al establecer agravios comparativos inadmisibles.

Por todo ello y aceptando íntegramente la argumentación de la Audiencia el motivo ha de decaer». (F. J. 2º)

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Inaplicabilidad a menores entre 18 y 21 año.**

Recurso: Casación nº 1358/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 105/2009 de fecha 30/01/2009

«..En efecto, el motivo debe ser rechazado, conforme la doctrina de esta Sala manifestada en las SS. 502/2007 de 4.6 y 508/2007 de 13.6. El art. 69 CP, que entró en vigor el 26 de mayo de 1996, dispone que: *“al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”*.

Y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 4 prescribía: "Régimen de los mayores de dieciocho años. 1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto".

Pero también es cierto que la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, suspende la aplicación de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.

Y, por su parte, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre Sustracción de Menores, reitera la suspensión hasta el 1-1-07.

Finalmente, el art. Único, apartado tres, de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 5-2-2007, a los dos meses previstos desde su publicación en BOE 290/2006, de 5 de diciembre, derogó definitivamente el anterior texto del art. 4 de la citada LO.

En nuestra anterior Sentencia, primeramente citada, la 502/2007, de 4 de junio, hacíamos referencia a la Exposición de Motivos de esta LO 8/2006, que señalaba lo siguiente: "en cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir. Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales". Y concluía que: "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años".

Por ello ante esta voluntad manifiesta e inconfundible del legislador de suprimir la posibilidad de ser sometidos los comprendidos entre 18 y 21 años a la jurisdicción de menores, el hecho de haber estado en vigor el texto hoy derogado en el corto periodo que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007, en nada abona por la posibilidad de tal enjuiciamiento de unos hechos cometidos en octubre de 2005.

Incide en esta interpretación la STS. 508/2007 de 13.6, a cuyos amplios argumentos nos remitimos, por lo que el motivo no puede prosperar». (F. J. 2º)

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. No aplicable a mayor de dieciocho y menor de veintiún años. Derogación del art. 4 LORPM.**

Recurso: Casación nº 1902/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 745/2008 de fecha 25/11/2008

«Las conclusiones que se redactan en la referida Instrucción nº 5/2006 de la FGE, precisan:

1º La derogación del art. 4 de la LO. 5/2999 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante LO. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la LO. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2º La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3º Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

Por último respecto a la cuestión de que se trata de una Ley penal más favorable, debe igualmente asumir el criterio del Ministerio Fiscal que rebate tal argumento:

Primero, porque de conformidad con lo que se ha argumentado anteriormente no nos hallamos ante una sucesión de Leyes penales de sentido contrario o distinto, sino ante un mero error material en la sucesión cronológica de dos leyes penales que determinan, por voluntad del legislador, exactamente el mismo régimen jurídico para los potenciales afectados por su aplicación.

Segundo, porque el derogado art. 4 LORPM. Contenía un mecanismo de aplicación facultativa, basado en una previa valoración técnica y judicial, que por lo tanto no es susceptible de generar expectativas jurídicas materialmente equiparables, en términos de certeza, y por tanto a efectos de protección, al derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable (art. 9.3 y 25.1 CE.).

Tercero, porque, al hilo de esta última apreciación, cabe añadir que el principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores». (F. J. 1º)

## REVELACIÓN DE SECRETOS. Datos personales protegidos informáticamente.

Recurso: Casación nº 1462/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 123/2009 de fecha 03/02/2009

«..El artículo 197 del Código Penal establece un amplio catálogo de tipos penales, todos ellos tendentes a la protección del bien jurídico constituido por el derecho a la intimidad respecto a los ataques al mismo constituidos por actos que supongan el descubrimiento o la revelación del secreto.

Así deriva de la ubicación sistemática del precepto y de la rotulación del título y capítulo de aquélla dentro del Código Penal. También lo hemos dicho en nuestras resoluciones. Valga recordar al efecto la núm. 358/2007 de 30 de abril y la núm. 666/2006, de 19 de junio, donde se insistía en la indisociabilidad de intimidad y secreto a estos efectos como *ese "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás"*.

Las modalidades típicas básicas (1) difieren según el objeto sobre el que se despliega el comportamiento sea: **a)** *“papeles cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales, telecomunicaciones, o sonidos, imágenes o señales de comunicación* que se puedan escuchar, transmitir, grabar o reproducir, mediante artificios técnicos (artículo 197.1) y **b)** *datos reservados de naturaleza personal o familiar* que sean localizados precisamente en *ficheros o soportes* informáticos, electrónicos o telemáticos o en *archivos o registros* tanto públicos como privados (197.2).

Otra modalidad básica **c)** viene constituida por la *difusión, revelación o cesión* de lo descubierto o captado, distinguiendo en este caso según que el sujeto activo sea el mismo que accedió al dato o captó la imagen (197.3).

Finalmente se tipifican conductas agravadas (2) a) por la condición del sujeto activo, (197.4 b) la naturaleza del dato como perteneciente al núcleo duro de la intimidad (197.5) o c) por mediar precio (197.6).

El hecho -acceso- a que se refiere el recurso se ubica en la modalidad básica **(1) b)**: No obstante conviene también indicar que esa modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: **(1) b) 1ª: apoderamiento, utilización o modificación de datos, (1) b) 2ª: el mero acceso (1) b) 3ª: la alteración o utilización**

Pues bien, por difícil que resulte comprenderlo, las modalidades **1ª y 2ª** exigen que el sujeto actúe **sin autorización**, lo que no se traslada a la modalidad **3ª**. La **1ª** exige que se actúe **en perjuicio de tercero**, la **3ª** que se haga en **perjuicio de tercero o del titular del dato** y, lo que aquí es relevante, en la **2ª no se exige perjuicio alguno**.

El debate, tal como se configura en el motivo, se centra en dos cuestiones: **a)** inexistencia de perjuicio para tercero y **b)** licitud del acceso.

Respecto a la primera cuestión baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso, es decir la modalidad b) 2ª.- no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado segundo del artículo 197 del Código Penal constituido por la conducta de “*apoderarse, utilizar o modificar*” y la de “*alterar o utilizar*” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existentes en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero, cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2 del citado artículo 197 del Código Penal, es decir el **acceso** a los datos por cualquier medio, **no exige el perjuicio de tercero**,

Por lo que se refiere a la segunda cuestión suscitada en el motivo, es incuestionable la exigencia específica de la **ausencia de autorización**. El recurrente pretende que la condición de agente de policía que tenía el acusado era bastante para llevar a cabo el acceso que se le reprocha. Para ello invoca que el acceso se produjo dentro del ejercicio de aquella función.

No obstante, como razona la recurrida, no cabe amparar el acceso en la supuesta búsqueda de datos para constatar la comisión por los titulares de los datos reservados de un delito de estafa. Porque no existen datos sobre el inespecífico hecho supuestamente constitutivo de tal delito, ni precedió denuncia alguna, ni el acusado comunicó a la institución la existencia de tal sospecha de delito para que se incoasen las diligencias oportunas.

En consecuencia cabe establecer las dos conclusiones siguientes: **a)** que existió acceso en las condiciones típicas, es decir sin legitimación y con independencia de si causó o no perjuicio a otras personas, y **b)** que, si bien el acceso lo fue a datos reservados de naturaleza personal, también alcanzó a otros datos, sin que conste que la posterior transmisión a terceros, de parte de la información así accedida, incluyera este último tipo de datos.

Por ello, si bien los hechos son atinadamente tipificables como constitutivos del delito del artículo 197, en el primer inciso del párrafo segundo del apartado 2, no puede estimarse que constituyan el tipo del apartado 3 de dicho artículo.

Resulta asimismo aplicable lo dispuesto en el artículo 198 ya que el acusado era funcionario, actuó fuera de los supuestos de autorización legal y prevaleciendo de su cargo». (F. J. 4º)

## **REVELACIÓN DE SECRETOS. De empresa. Artículo 279 CP.**

Recurso: Casación nº 491/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 864/2008 de fecha 16/12/2008

«3. El delito del art. 279 queda integrado por los elementos siguientes:

1º. Tiene por objeto también el llamado secreto de empresa en los términos que acabamos de exponer.

2º. El medio comisivo consiste en la difusión, revelación o cesión de tal secreto.

3º. Sujeto activo ha de ser quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, esto es, de mantener el secreto que él precisamente conoce porque su relación concreta con la empresa así lo exige. Se trata como ya se ha dicho, no de un delito común, como el del 278, sino de un delito especial propio. Ahora con mayor amplitud que el referido art. 499 CP anterior, precedente de este art. 279, que limitaba los autores de este delito al encargado, empleado u obrero quienes por su dependencia laboral estaban obligados a guardar el secreto. Ahora también pueden cometerlo los socios o administradores.

En el párrafo 2 de este art. 279 se describe un subtipo atenuado (privilegiado), para los casos en que esa persona obligada a guardar el secreto lo utiliza en provecho propio. El beneficiarse solo a sí mismo en principio deja más reducida la posibilidad de la competencia ilícita, que en el caso de que se difunda más allá.

...

6. Ciertamente los datos individuales de cada cliente no son secretos sino para el propio interesado; pero sí han de considerarse tales las listas de todos ellos que tienen las empresas para el buen desarrollo de sus actividades comerciales, con las cuales pueden desarrollar de modo adecuado su trabajo, máxime cuando se trata de gestorías administrativas, esto es, de sociedades o particulares que se dedican, además de a asesorar profesionalmente, a realizar los diferentes trámites ante organismos estatales, locales o institucionales, como en lo relativo a los pagos de impuestos, tasas, o cuotas de la Seguridad Social, mutualidades laborales, etc.

Estas listas de clientes son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad negocial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes. Ciertamente las empresas tienen unos conocimientos derivados de esas listas que guardan celosamente en sus ordenadores que quieren mantener al margen del conocimiento de otras de la competencia.

Citamos como precedente de esta doctrina lo que en su fundamento de derecho 1º, apartados 2 y 4, nos dice la reciente sentencia de esta sala 285/2008 de 12 de mayo, en los que se señala como parte del secreto de empresa la clientela o el listado de proveedores y clientes, citada por el Ministerio Fiscal.

7. Solucionado así el problema sobre la naturaleza secreta de las listas de clientes, hemos de decir aquí que concurren en el caso los elementos de la figura de delito del art. 279 CP, con relación al único acusado que en los hechos probados aparece como autor de ese acto ilegal de apropiarse de los datos que

tenía la empresa para la que había trabajado hasta octubre de 2005, Narciso A.:». (F. J. 2º)

## **REVELACIÓN DE SECRETOS. Modalidades típicas.**

Recurso: Casación nº 1462/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 123/2009 de fecha 03/02/2009

«...Pues bien, por difícil que resulte comprenderlo, las modalidades **1ª y 2ª** exigen que el sujeto actúe **sin autorización**, lo que no se traslada a la modalidad **3ª**. La **1ª** exige que se actúe **en perjuicio de tercero**, la **3ª** que se haga en **perjuicio de tercero o del titular del dato** y, lo que aquí es relevante, en la **2ª no se exige perjuicio alguno**.

El debate, tal como se configura en el motivo, se centra en dos cuestiones: **a)** inexistencia de perjuicio para tercero y **b)** licitud del acceso.

Respecto a la primera cuestión baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso, es decir la modalidad **b) 2ª**- no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado segundo del artículo 197 del Código Penal constituido por la conducta de “*apoderarse, utilizar o modificar*” y la de “*alterar o utilizar*” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existentes en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero, cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2 del citado artículo 197 del Código Penal, es decir el **acceso** a los datos por cualquier medio, **no exige el perjuicio de tercero**,

Por lo que se refiere a la segunda cuestión suscitada en el motivo, es incuestionable la exigencia específica de la **ausencia de autorización**. El recurrente pretende que la condición de agente de policía que tenía el acusado era bastante para llevar a cabo el acceso que se le reprocha. Para ello invoca que el acceso se produjo dentro del ejercicio de aquella función.

No obstante, como razona la recurrida, no cabe amparar el acceso en la supuesta búsqueda de datos para constatar la comisión por los titulares de los datos reservados de un delito de estafa. Porque no existen datos sobre el inespecífico hecho supuestamente constitutivo de tal delito, ni precedió denuncia alguna, ni el acusado comunicó a la institución la existencia de tal sospecha de delito para que se incoasen las diligencias oportunas.

En consecuencia cabe establecer las dos conclusiones siguientes: **a)** que existió acceso en las condiciones típicas, es decir sin legitimación y con independencia de si causó o no perjuicio a otras personas, y **b)** que, si bien el acceso lo fue a datos reservados de naturaleza personal, también alcanzó a otros datos, sin que conste que la posterior transmisión a terceros, de parte de la información así accedida, incluyera este último tipo de datos.

Por ello, si bien los hechos son atinadamente tipificables como constitutivos del delito del artículo 197, en el primer inciso del párrafo segundo del apartado 2, no puede estimarse que constituyan el tipo del apartado 3 de dicho artículo.

Resulta asimismo aplicable lo dispuesto en el artículo 198 ya que el acusado era funcionario, actuó fuera de los supuestos de autorización legal y prevaleciéndose de su cargo». (F. J. 4º)

## **REVELACIÓN DE SECRETOS. Por funcionario.**

Recurso: Casación nº 655/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 887/2008 de fecha 10/12/2008

«..La Sala no puede aceptar la tesis defendida por la parte recurrente, que parece sugerir que el carácter no divulgable de una determinada información estaría sujeto a intermitencias, de suerte que sólo a partir del momento del acuerdo definitivo de un tribunal de oposiciones acerca del contenido del examen, podría afirmarse la existencia del delito. El cuestionario filtrado con sus respectivas respuestas integraba 21 de las 30 preguntas definitivas. Entender que hasta su aprobación final por el Tribunal esas preguntas son asequibles a cualquier aspirante, carece de sentido. El deber de confidencialidad no afecta tan solo al desarrollo de las reuniones formales del Tribunal. Se extiende, por el contrario, a todos los contenidos del expediente administrativo cuya difusión pudiera implicar – como aquí aconteció- un menoscabo de los principios de igualdad, mérito y capacidad. El art. 53.12 de la Ley 7/2007, 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, recuerda que los funcionarios *“...mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”*.

Es cierto que la determinación del bien jurídico en el delito previsto en el art. 417 del CP, no es cuestión sencilla, habiendo dado lugar a importantes controversias doctrinales. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que la acción delictiva puede recaer, tanto sobre secretos como sobre informaciones, esto es, hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son, por su propia naturaleza, reservados, protegiendo así la ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los asuntos de que conocen, sean o no «secretos» en su sentido más estricto sentido (STS 584/1998, 14 de mayo).

En cualquier caso y más allá de esa idea, la necesidad de no incriminar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público forma parte de las exigencias inherentes a los principios informadores del derecho penal. Pues bien, en aquel precepto se castiga a la autoridad o funcionario público *“...que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados”*. En el caso que es objeto del presente recurso, no se trataría tanto de discernir sobre el carácter secreto de las preguntas



que van a integrar el examen de unas oposiciones –no existe una declaración normativa que confiera formalmente carácter secreto al cuestionario-, sino que habremos de decidir si esas preguntas forman parte de las *informaciones* afectadas por el deber de discreción impuesto legalmente a aquellos que participan del ejercicio de la función pública.

Parece evidente que al concepto de *informaciones* ha de atribuírsele una sustantividad propia, distinta de la que define el *secreto*. De no ser así, habríamos de concluir que la proposición disyuntiva que integra el tipo del art. 417 del CP – *secretos o informaciones*- sólo buscaba una redundancia sin valor interpretativo. En esa labor de indagación del alcance típico del término *informaciones*, contamos con el art. 442 del CP, en el que se define la *información privilegiada* como “...*toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada*”. Pero para discernir, entre las distintas informaciones de las que puede disponer un funcionario público, cuáles de aquéllas son merecedoras de protección penal frente a su injustificada difusión pública, resulta indispensable una ponderación de los valores en juego, en definitiva, de aquellos bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información llegara a propagarse. A diferencia del secreto, cuya calificación jurídica como tal delimita con claridad el ámbito de tutela, la determinación del nivel de protección de las simples informaciones requiere un esfuerzo ponderativo que asegure la aplicación del precepto dentro de los límites que son propios del derecho penal.

En el presente caso, la relevancia típica de la acción desplegada por el recurrente es incuestionable. Gerardo M. G. incurrió en algo más que una infracción de su estatuto corporativo. Con la divulgación de las preguntas del examen que integraban el tercero de los ejercicios, el acusado menoscabó de forma irreversible el derecho de todos los aspirantes al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, frustró las expectativas del resto de los opositores, cuya confianza en la vigencia de los principios de mérito y capacidad tuvo que resultar decisiva en la suscripción de la convocatoria. Erosionó también la imagen del Ayuntamiento de Málaga, extendiendo la idea de nepotismo en los procesos de selección de los funcionarios públicos llamados a integrarse en su plantilla. Estas consecuencias, directamente asociadas a la divulgación de lo que no tenía que haber sido divulgado, permiten afirmar el juicio de tipicidad y rechazar las alegaciones del recurrente sobre la falta de relevancia penal de los hechos». (F. J. 1º)

#### **SENTENCIA DE CONFORMIDAD. No recurrible en casación. Excepciones.**

Recurso: Casación nº 115/2008

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 938/2008 de fecha 03/12/2008

«...La primera cuestión que debe ser resuelta es la relativa a la admisibilidad de un recurso de casación instado por los condenados cuando ha existido conformidad en la instancia por ellos mismos. Se trata de una cuestión que abordan los dos recursos.

La doctrina de la Sala, como no podía ser de otra manera, estima que como regla general no cabe formalizar recurso de casación en las sentencias dictadas por conformidad.

Las razones son obvias:

En primer lugar, hay que hacer referencia a la teoría de los actos propios.

Quien ha aceptado una calificación incriminatoria no puede cuestionar y recurrir el pronunciamiento dictado de acuerdo con su expresa conformidad. La exigencia de que haya contado con el correspondiente asesoramiento jurídico es el presupuesto necesario, pero al respecto, hay que recordar que en el caso de que la conformidad se efectúe en el Plenario, en el trámite del art. 689 de la LECriminal en el Sumario, o del art. 787 en relación al Procedimiento Abreviado, ya está garantizado dicho asesoramiento porque el letrado del acusado está presente.

En segundo lugar, existen poderosas razones de seguridad jurídica para impedir el recurso porque caso contrario, quedaría sin sentido la institución de la conformidad si, no obstante ello, se pudiese recurrir lo previamente aceptado.

En tercer lugar, y unido a lo anterior, existen razones de legalidad y de interdicción de todo fraude o abuso de derecho que los Tribunales deben rechazar de acuerdo con el art. 11 LOPJ. En efecto, como es práctica usual en el foro y es dato de experiencia, la conformidad en un determinado relato incriminatorio y en las consecuencias penales y civiles derivadas de él, no surge de forma espontánea, sino que es el fruto de una expresa negociación entre el Ministerio Fiscal y otros acusadores que puedan existir con la defensa.

En aras a conseguir tal conformidad, es normal que acusadores y acusados, dentro del respeto al principio de legalidad, traten de acercar posiciones, rebajando las acusaciones sus peticiones, ya en relación a la calificación jurídica, concurrencia de agravantes o admisión de atenuantes con evidente incidencia en la pena a solicitar.

Conseguido el acuerdo --que como parte integrante y necesaria debe abarcar los pronunciamientos civiles, respecto de los que, como es lógico es posible la transacción y acuerdo, bien en clave de reducción o de eliminación de los mismos-- no puede este ser cuestionado sin que tal actividad, de evidente deslealtad, constituya una actividad fraudulenta porque las acusaciones solo se avinieron a una modificación de sus peticiones, sobre la base de la aceptación de lo acordado, y de su firmeza y por tanto con eliminación de toda posibilidad de posterior cuestionamiento porque ello le impediría a la acusación reintroducir determinadas cuestiones que pudieran agravar la situación del imputado y de las que renunció, precisamente por la conformidad alcanzada.

(...)

La sentencia fue dictada en los términos aceptados por las partes: identidad de hechos, identidad de calificación jurídica y reducción de pena a la ya expresada

de un año de prisión y seis meses de multa a razón de cuota diaria de tres euros (único extremo modificado por el Ministerio Fiscal), e identidad en los pronunciamientos de la responsabilidad civil interesada en su momento por el Ministerio Fiscal.

En esta situación es claro que no hubo discordancia entre la conformidad alcanzada y la sentencia.

No existió violación del art. 787-6º del a LECriminal y por el contrario, ha de estarse a lo previsto en el párrafo 7º de dicho artículo:

*"...Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada....".*

Precisamente lo apetecido por los recurrentes es obviar esta precisa previsión, estrategia que está condenada al fracaso.

El recurso, los dos recursos de ambos recurrentes debieron haber sido inadmitidos por las razones expuestas. En este momento, aquella causa de inadmisión opera como causa de desestimación.

Obviamente la inadmisión de los recursos hace innecesario el estudio de los diversos motivos formalizados». (F. J. 3ª)

## **SIMULACIÓN DE DELITO. Elementos.**

Recurso: Casación nº 15/2009

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 920/2009 de fecha 18/09/2009

«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).

En el presente caso, sin embargo, el factum describe un delito de esta naturaleza, pero cuyos elementos fácticos sólo permiten la atribución de la autoría a José G. L., pero no a Francisco Javier ni a Alicia F. Fue el primero de éstos el que declaró ante la Guardia Civil haber sido víctima de un atraco por parte de una

mujer joven “...que se dirigió al manifestante diciéndole que quería realizar una operación”, procediendo a continuación a abrir “...un bolso que llevaba y del interior sacó una pistola con la cual le amenazó, a la vez que le decía que <era un atraco>, <rápido, dame el dinero>”.

Ni Francisco Javier ni Alicia simulaban ante nadie ser víctimas o autores de un delito. Es cierto que ambos contribuyeron a una estrategia de comisión que incluía la *escenificación* de un atraco, pero tal plan, por más que estuviera concertado, no necesariamente tiene que traducirse, como parece sugerir la Sala de instancia, en una forma de autoría de un delito del art. 457. Ninguno de ellos realiza la acción típica, debiendo por consiguiente ser absueltos de este delito. Ambos se apoderan de los fondos del banco que voluntariamente les entrega el encargado de su custodia, pero no simulan ante funcionario alguno ser responsable o víctima de un delito inexistente. Es cierto que el tipo previsto en el art. 457 del CP no tiene por qué excluir, en principio, otras formas de autoría o participación. Sin embargo, la condena sólo puede ser el resultado de una detallada reseña fáctica en el juicio histórico, descripción que, en el presente caso, no existe». (F. J. 1º.III)

#### **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Ballesta. Atipicidad.**

Recurso: Casación nº 286/2008

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 29/2009 de fecha 19/01/2009

«..a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador ( STC 111/1999, de 14 de junio, F. 3)».

Más allá de la ineludible necesidad de una interpretación restrictiva del delito de tenencia de armas, tal y como fue configurado por el CP de 1995, la propia literalidad de los arts. 563 y 564 del CP, nos llevan a descartar el tratamiento jurídico-penal de las ballestas.

En efecto, en el art. 563 se castiga “la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de

*fabricación de armas reglamentadas*”. Los arts. 4 y 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no incluyen en su casuístico listado de armas prohibidas, las ballestas. No existiendo tampoco constancia en el juicio histórico de que las características morfológico-funcionales de aquella hubiera sido objeto de modificación sustancial, hemos de concluir la no inclusión de la tenencia de tales ballestas en el precepto penal transcrito.

El art. 564 del CP sanciona “*la tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios*”, imponiendo la pena de prisión de uno a dos años “*si se trata de armas cortas*” (apartado 1.1.) o la pena de prisión de seis meses a un año “*si se trata de armas largas*” (apartado 1.2). No existe duda alguna de que las ballestas son armas reglamentadas (vid. art. 3, séptima categoría, número 2, del Reglamento de Armas). Su legítima tenencia ha de contar con la correspondiente guía de pertenencia (art. 88) y licencia de la clase E (art. 96, 4, d), que autorizará para poseer, llevar y usar las armas de dichas categorías, licencia que será concedida por los Delegados o Subdelegados del Gobierno, quienes podrán delegar en los primeros Jefes de las Comandancias de la Guardia Civil.

Sin embargo, conforme al art. 564 del CP no basta para afirmar la tipicidad que se trate de la tenencia de un arma reglamentada sin licencia y guía de pertenencia. El tipo objetivo exige ahora que estemos en presencia de un arma reglamentada *de fuego*. Y la lectura del art. 3 del Real Decreto 137/1993, impide considerar las armas de la categoría 7.2 –entre las que se incluyen las ballestas– como armas de fuego». (F. J. 1º)

### **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. La falta de guía de pertenencia no integra el delito.**

Recurso: Casación nº 1462/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 123/2009 de fecha 03/02/2009

«...En el quinto motivo se denuncia infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que el artículo 564.1 del Código Penal no debió aplicarse ya que la tenencia de armas estaba amparada por la necesaria licencia, aunque careciese de la guía de pertenencia. El penado, se advierte, en su calidad de funcionario policial disfruta de la denominada licencia tipo A, que autoriza a disponer de al menos otra arma corta distinta de la reglamentaria. Así deriva de lo dispuesto, se dice, en los artículos 96.3, 114.1.c) y 116.2 del Reglamento de armas aprobado por Real Decreto 137/1993 de 29 de enero.

El legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del artículo 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas. Marcó así una diferencia indiscutible en la letra respecto al tipo penal del Código Penal de 1973 (artículo 254). Bastaría ello para hacer innecesarias interpretaciones.

Más aún si las interpretaciones pretende "integrar contenidos del precepto penal con invocaciones a criterios como la voluntad del legislador que, si en general deben manejarse con cuidado, más aún cuando lo prevalente debe ser la taxatividad de la descripción de los enunciados lingüísticos que anuncian la norma penal. Más rechazable es el recurso a criterios solamente utilizables como orientadores de política criminal y de *lege ferenda*, para erigirlos en instrumentos de fijación de contenidos de la norma vigente. Como cuando se dilucida el sentido de la norma desde el deseo del intérprete acerca de las normas de seguridad que estima convenientes.

No cabe incluir en la expresión "licencias o permisos necesarios", cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de "guía de pertenencia".

Así deriva de la lectura del Reglamento citado. Para éste la **guía de pertenencia** se incluye en el capítulo titulado documentación de la titularidad del arma. Por el contrario remite a otro capítulo la regulación de **licencias y autorizaciones especiales** (artículos 96 y siguientes).

De ello deriva que, en la terminología de la norma reguladora, aquélla y éstas son conceptos diferentes.

Por lo que la terminología empleada por el legislador penal no puede asimilar términos que esa norma, a la que, por otra parte, remite la penal, utiliza con alcance diverso.

Conforme al artículo 114, dentro de la regulación de las licencias, al personal del Cuerpo de Policía Nacional, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será **considerada como licencia A** su tarjeta de identidad militar o **carné profesional**.

Y, conforme al artículo 118 con la licencia A, los integrantes de las Escalas Superior, Ejecutiva y de Subinspección del Cuerpo Nacional de Policía equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, podrán poseer tres armas cortas, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones y los integrantes de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán poseer **un arma corta, aparte** de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.

La guía debe acompañar al arma en caso de uso, depósito o transporte, conforme al artículo 89 del Reglamento que venimos citando y conforme al artículo 92 las armas no pueden enajenarse, prestarse ni pasar por ningún concepto a poder de otro que no sea el titular de la guía de pertenencia, salvo en los casos que se regulan en los arts. 90.4 y 91 y en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, con el cumplimiento de los requisitos respectivos. La infracción de tales prescripciones, como la de otras muchas, conforme a los artículos 155 y siguientes constituye infracciones de diversa gravedad y se sancionarán como tales *si no constituyera delito*, tal como salva dichos preceptos.

Esa salvedad deja, como no podía ser de otra manera, al legislador orgánico especificar cuales de tales infracciones merecen la sanción penal. Y, si reglamentariamente se distingue la falta de licencia respecto de la falta de guía, la previsión de legislador penal habría de enunciar, también de manera tan diferenciada como inequívoca, uno y otro supuesto al enunciar los comportamientos sancionables como delitos.

Por ello la Sala II del Tribunal Supremo constituida en Sala General, no jurisdiccional acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008 ***"La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal."***

De esta forma, y por las antedichas razones se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenerse nuestra posterior jurisprudencia. Abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala nº 878/2007, de 8 de noviembre.

Y conforme al criterio que hemos fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa, por lo que, con estimación de este motivo, se dictará segunda sentencia con la correspondiente absolución por este título». (F. J. 5º)

#### **TENTATIVA. Desistimiento activo: no concurre.**

Recurso: Casación nº 11603/2008 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 456/2009 de fecha 27/04/2009

«..2) La de la indebida inaplicación del artículo 16.2 del Código Penal, puesto que, según el Recurso, nos hallaríamos ante un supuesto de desistimiento activo que habría de suponer la impunidad del delito de homicidio.

Según nos dice el luminoso informe del Ministerio Fiscal con todo acierto la Sentencia recurrida, a la hora de dar respuesta, para rechazarla, a la aplicación del precepto de referencia, yerra, habida cuenta de que sostiene su decisión en el hecho de que el acusado dio cumplida finalización a los actos necesarios para producir el resultado letal, cuando lo que se le plantea no es la posible concurrencia de un "arrepentimiento eficaz", para el que sí que resultaría determinante el que antes de la retractación en la voluntad homicida se hayan realizado, o no, todos los actos necesarios para esa producción del resultado, sino del llamado "desistimiento activo" que, obviamente, es cuestión distinta.

En este sentido, mientras que el "desestimiento en sentido propio", o "arrepentimiento eficaz", supone una interrupción de la actuación delictiva llevada a cabo en el curso de la ejecución del ilícito que, de esta forma, se vé interrumpida antes de su conclusión y de alcanzar el resultado, el llamado "desistimiento activo" consiste a su vez en la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado a pesar de haberse realizado previamente

todos los actos a él conducentes, como dispone uno de los supuestos del apartado 2 del artículo 16 del Código Penal.

De hecho, el referido precepto configura como excusa absolutoria, que excluye la responsabilidad penal del agente y, por ende, la punición de su conducta, dos diferentes hipótesis: el “arrepentimiento activo” o “desistimiento propio”, cuando se evita la consumación al no proseguir con la ejecución del delito una vez comenzada, y el “desestimiento activo” que, como queda dicho, significa, una vez completada la ejecución del ilícito, la realización de acciones que impiden que se produzca el resultado.

Pues bien, como ya adelantábamos, el recurrente en este caso no planteaba el que se hubiera producido una interrupción voluntaria de la ejecución del delito, sino el que, gracias a su conducta, al avisar de lo acontecido a la Policía, pudo evitarse el resultado mortal derivado de la agresión llevada a cabo contra su esposa, al haber sido ésta asistida médicamente. Y es, por tanto, a esta alegación a la que ha de darse cumplida respuesta.

El presente supuesto, como refiere el Fiscal en su excelente escrito de impugnación, ofrece, sin duda, perfiles de una original peculiaridad.

Y así, lo cierto es que no plantea excesivo problema el hecho especial de que la evitación del resultado mortal no se refiriera directamente a la concreta actuación del agresor sino a la de otros, en concreto los funcionarios policiales y facultativos intervinientes, puesto que semejante cuestión ya fue resuelta por esta Sala, en su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de Febrero de 2003, afirmando, para casos como el presente, la posibilidad de aplicación del artículo 16.2.

Pero lo que verdaderamente sí que suscita cuestión polémica digna de análisis es, como con claridad advierte el Ministerio Público, la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria a quien no era consciente de que su actuación posterior al hecho pudiera tener unos efectos que excluyeran el resultado de su conducta.

En efecto, si repasamos los hechos enjuiciados advertimos cómo José dio por muerta a su esposa y es sólo entonces cuando da aviso a la Policía, significativamente no a los servicios sanitarios, con el propósito de entregarse a las fuerzas del orden y confesar su delito en la creencia de que había acabado con la vida de Olga.

Considerar que esa conducta cumple con las exigencias que para dotar del carácter de impune a la acción homicida exige la repetida norma, es decir, que nos hallemos ante la hipótesis de quien “...*evite voluntariamente la consumación del delito ... ..impidiendo la producción del resultado...*”, es algo que debe rechazarse.

Desde un primer punto de vista, y cualquiera que fuere la postura desde la que partamos, de entre las diversas manejadas por la doctrina y la Jurisprudencia (vid., por ejemplo, la STS de 19 de Diciembre de 2007), como fundamento que nos ayuda a comprender la razón de ser de este precepto, la teoría del “puente de



plata”, la de la menor intensidad criminal, la de la disminución de la culpabilidad, la premial, la de los fines de la pena o las simples razones de política criminal, en todas ellas la actitud de quien en modo alguno pretendía evitar el resultado de la infracción, por mucho que tal evitación se haya producido como consecuencia de sus actos, ya que sólo buscaba con ellos otra finalidad distinta, cual la confesión de la autoría del ilícito, no resulta posible identificar dicho comportamiento con el objetivo perseguido por la norma ni con la razón de ser que avala la conveniencia de la impunidad.

De igual modo que, desde la perspectiva de la propia literalidad del precepto, no puede tampoco afirmarse que estemos frente a una voluntad encaminada a la evitación del resultado, sino, como se ha repetido, a una ausencia de éste por razones no necesariamente contrarias pero sí claramente ajenas a la intención del autor del hecho.

Por lo que no cabe acoger la tesis de la Defensa, máxime cuando, como también señala el Fiscal, la alternativa a la conclusión alcanzada por la Audiencia habría de resultar más gravosa aún para el recurrente, a la vista de la previsión contenida en el propio artículo 16.2 cuando, junto a la exención de la responsabilidad por el delito cuyo resultado no se ha producido, se dispone que ello se produce “...sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”, el autor del hecho, al propiciar una condena por delito con penalidad más grave que la tentativa de homicidio, cual es el consumado del artículo 149.1º del Código Penal, castigado con pena más severa que aquel y toda vez que las lesiones sufridas por la víctima le han podido suponer la inutilidad de un miembro principal, como la mano, una grave enfermedad psíquica o cuando menos, sin duda, la grave deformidad consistente en numerosas y extensas cicatrices en cráneo, cara, brazos, muñeca, manos, abdomen, rodilla y muslos.

Calificación que, en realidad, debía de haber sido la aplicada por su mayor gravedad por el propio Tribunal “a quo”, dada además la completa homogeneidad de la misma con el delito objeto de acusación y que el Fiscal no cuestiona por entender, como expresamente manifiesta, que el castigo impuesto es suficiente y se encuentra también incluido dentro de las posibilidades punitivas derivadas de la aplicación del mencionado artículo 149.1º». (F. J. 3º.2º)

#### **TENTATIVA. Tentativa inidónea.**

Recurso: Casación nº 818/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 822/2008 de fecha 04/12/2008

«...como modalidad de la tentativa puede considerarse la denominada por los penalistas franceses y los de habla hispana delito imposible, en tanto los alemanes utilizan la expresión de tentativa inidónea, aunque también suele, entre nuestros penalistas, reservar este término a los supuestos de inidoneidad de los medios y el de delito imposible, propiamente dicho, a la falta de objeto (en este sentido, STS de 16 de febrero de 1.989, que apreció delito imposible de aborto, en

mujer que se creyó embarazada). En definitiva, "en la práctica del Derecho penal, no puede terminantemente distinguirse entre tentativa inidónea por falta de medios adecuados de ejecución, de un lado, y delito imposible por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo sobre los que recae la acción delictiva (S 30-1-92) de otro" (STS 1718/93, de 5 de julio; en STS 116/94, de 26 de enero, indistintamente emplea ambos términos, abarcando las dos posibilidades). Pero el problema surge a la hora de determinar si la tentativa inidónea puede incluirse en el concepto de tentativa del art. 16, que se refiere a "actos que **objetivamente** deberían producir como resultado el delito", en cuanto, por definición, por falta de objeto o por ser los medios inapropiados, en el delito imposible no se realizan tales actos. Y decimos que se suscita el problema, porque incluida la expresa punición del delito imposible en el C.P. de 1944, sacándolo del art. 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (cuya punición declaró la STC 70/85, de 31 de mayo que no vulnera el principio de legalidad), se dividió la doctrina al considerar o no como un precepto autónomo, respecto al art. 3, definidor de frustración y tentativa, el del art. 52. La jurisprudencia se ha inclinado por la autonomía de este artículo y así, en STS de 30 de enero de 1.992 se afirma: "El delito imposible o tentativa inidónea, representa una excepción asistemática y opuesta al concepto de tentativa que, por definición, debe ser idónea. El art. 52.2 C.P. supone una causa imperativa de extensión de la pena convirtiendo en típicos comportantes los que no lo son a tenor del art. 3 C.P.". En consecuencia, no conteniendo los arts. 62 y 63 del actual Código referencia al delito imposible, similar a la del art. 52 del derogado, no será posible, conforme al art. 4.1, su punición. Esta tesis ha sido acogida por la Sala Segunda, al declarar que "el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 4.1 del C.P. vigente, que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas" (STS s/n de 28 de mayo de 1.999), insistiendo en la atipicidad no sólo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados "delitos putativos", sino también en "los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de "inidoneidad absoluta", aunque admitiendo la tentativa en los casos que denomina de "idoneidad relativa", "en que los medios utilizados "objetivamente", valorados ex ante y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)" (SSTS 1000/99, de 21 de junio; 992/2000, de 2 de junio; 1243/2002, de 2 de julio; 1339/2004, de 24 de noviembre; 861/2007, de 24 de octubre), sin que sea necesario un peligro concreto (STS 77/2007, de 7 de febrero).

En la dicción del C.P. vigente, la acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa "los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito", lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el art. 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella -como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre- "los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica ( de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta".

Por el contrario son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa -aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Como dice la sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción». (F. J. 5º)

## **TERRORISMO. Delito de enaltecimiento. Conducta punible.**

Recurso: Casación nº 2131/2008

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 676/2009 de fecha 05/06/2009

«..En este sentido, es clara la improcedencia de la alegación contenida en el Recurso, toda vez que 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, también en el concreto extremo de la concurrencia de la intención, o dolo, delictivo de los recurrentes que, como venimos comprobando, es el verdadero eje de su argumentación.

Pues dice literalmente a este respecto la narración fáctica de la recurrida que los recurrentes *“...eran conocedores de la situación de prisión derivada de cumplimiento de pena impuesta por pertenencia a Eta de los dos figurantes, a quienes pretendían homenajear por tal condición de miembros presos de banda terrorista.”*

Una vez afirmada, como se ha venido haciendo, la conclusión de la Audiencia respecto de la existencia del dolo necesario para la comisión de un delito como el enjuiciado, consistente en la intención de enaltecer la actividad terrorista de unos integrantes de la banda armada ETA y, a través de ellos y de su condición de condenados por dicha causa, incluso a esta organización delictiva, resulta evidente que los actos llevados a cabo por los recurrentes con tal propósito fueron del todo idóneos para ese fin, de acuerdo con la propia descripción típica de la infracción que el referido precepto, en su actual redacción introducida por la LO 7/2000 de 22 de Diciembre, define como:

*“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución...”*

No se trata, por tanto, de aquellas actividades de simple apología ideológica, cuya punición pudiera pugnar con el contenido del artículo 20 de nuestra Constitución cuando consagra el derecho a la libertad de expresión, ni tampoco de actos de provocación directamente encaminados a la comisión de un determinado delito, contemplados con carácter general en el artículo 18 del Código, sino de un tipo específico descrito por el Legislador sin tacha de constitucionalidad, consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como lo es la de los elementos terroristas.

El propio carácter del fenómeno terrorista justifica ampliamente tal previsión legislativa que enfrenta una fenomenología delictiva de enorme importancia social, en la que incluso personas o grupos inicialmente ajenos a la propia actividad ilícita contribuyen a ella, reforzando su actuación mediante mensajes de justificación y claro apoyo.

Por ello, ha de tenerse muy presente que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

Ya decía la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 2007 que son elementos de este delito los siguientes:

*“1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.*

*Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP.*

*Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.*

*2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:*

*a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.*

*b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.*

*3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.”*

Y resulta evidente que el distinguir como Representantes de una agrupación en las fiestas populares de su localidad a quienes se encuentran desde hace años cumpliendo importantes penas por la comisión de concretos delitos de terrorismo, haciendo desfilar en la procesión tradicional en lugar de honor a sus efigies, claramente identificables para los vecinos por las fotografías de sus rostros, exhibiéndoles previamente y proponiéndoles a la aclamación popular desde el balcón de la Casa Consistorial, tras haber forzado a las Autoridades locales a imponerles los distintivos de tan encumbrada posición, en el contexto de las fiestas patronales de la localidad, tiene un evidente significado de ensalzamiento de las conductas ilícitas por las que se encuentran en la actualidad en esa situación de cumplimiento de graves penas de prisión, como debía de conocer, sin duda, gran parte del público congregado con motivo de la celebración popular.

Se trata, por tanto, de un claro comportamiento de enaltecimiento de unos terroristas, por el hecho de serlo, de lo que les ha conducido a su situación de penados, y, por consiguiente, de las graves actividades delictivas que, en su día, llevaron a cabo.

Por ello, precisamente, en su alegato exculpatorio y ante la evidencia de unos actos y circunstancias innegables, la pretensión de quienes recurren no es sino la de afirmar que tales honores no se dispensaban con esa concreta intención,

extremo que ya ha quedado desautorizado, como vimos, al acoger la razonabilidad y el acierto de la convicción de los Juzgadores de instancia al respecto.

En consecuencia, este último motivo, y con él la totalidad del Recurso, han de ser desestimados». (F. J. 3º)

### **TERRORISMO. Delito de enaltecimiento. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 2506/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 539/2008 de fecha 23/09/2008

«..Para centrar la interpretación y alcance de la conducta típica contenida en el art. 568 C.P. no es de más enmarcar el precepto dentro de los valores de la Constitución que podían limitarlo o exigir una interpretación restrictiva. En tal sentido es oportuno recordar que uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, propio de un estado democrático de derecho, es el pluralismo político (art. 1º C.E.) al que va ligado el derecho a la libertad ideológica a que se refiere el art. 16 C.E. que el art. 20 de dicha Carta Magna concreta en los derechos a la libertad de expresión e información, si bien establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y especialmente en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Si dentro de estos derechos la jurisprudencia constitucional -como apunta el Fiscal- ha destacado el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella, no es menos cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión puedan ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista.

Esta Sala ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse sobre este delito. En la sentencia nº 149 de 26-02-2007 establecía los siguientes requisitos:

Nos decía, son elementos de esta figura delictiva los siguientes:

*"1º.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.*

*Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 C.P.*

*Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.*

*2º.- El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:*

*a) cualquier de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.*

*b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.*

*3º.- Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.*

3. En nuestro caso se daban esos requisitos. El primero integrado por la acción enaltecedora se cumplía con enarbolar, ondear, flamear y desplegar al viento el símbolo compuesto por el escudo adulterado de la Real Sociedad Club de Fútbol y el dibujo, acrónimo, símbolo y lemas de la organización terrorista ETA. Enarbolar una bandera constituye la expresión simbólica de la aceptación y exaltación de su significado y llevar a cabo tal acto ante un concurso plural de personas en un espectáculo deportivo comporta enaltecer, vitorear y aplaudir los valores que representa, colocando a los mismos -ejercicio de la violencia terrorista y subversión del orden constitucional- y a sus autores en actitud de loa, reconocimiento y admiración universales.

En definitiva la riqueza semiótica del gesto de enarbolar la bandera incautada comporta, sin duda, justificar el crimen terrorista y enaltecer a los autores, así como hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquéllas que sólo constituyen la expresión de un comportamiento criminal.

El segundo elemento (ensalzar acciones terroristas y sus autores) se cumple ondeando la bandera con el símbolo de ETA, pues ensalzar a la organización terrorista no es otra cosa que legitimar y justificar las conductas realizadas por sus activistas que encuentran acomodo legal en los arts. 571 a 577 C.P., al mismo tiempo que se está aplaudiendo a los ejecutores de las mismas (véase S.T.S. nº 149 de 26-2-2007).

El tercer y último requisito exigiría que la conducta de exaltación, justificación o enaltecimiento se realice por cualquier modo de expresión pública o difusión, siendo llano concluir que unos actos desarrollados al aire libre en un acontecimiento deportivo (partido de fútbol de 1ª división) entre dos equipos en un gran estadio da satisfacción a la exigencia legal.

Desde otra óptica resulta obvio afirmar, respecto al dolo, que de los elementos objetivos sobradamente acreditados no puede derivar otra finalidad o "dolo" que la exaltación del terrorismo, con todo lo que implica la actividad delictiva y las personas que la llevan a cabo». (F. J. 3º)

## **TERRORISMO. Integración en banda armada.**

Recurso: Casación nº 10386/2008 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 618/2008 de fecha 07/10/2008

«...Como se ha dicho por la más sólida doctrina penal, el derecho terrenal no castiga nunca por si sola la voluntad mala. El núcleo y la justificación del derecho penal se encuentra cuando la acción, por su conexión en el espacio o en el tiempo, por su forma de ejecución y por su relación con otras acciones, es perfectamente valorable y, permite incluirlas en un tipo penal aun cuando de esos comportamientos no se haya derivado un resultado.

**6.-** En el caso presente, la sentencia que estamos examinando, cuya ordenación sistemática nos permite realizar una valoración conjunta de los hechos, pone de relieve que los comportamientos imputados a aquellos que condena, son semejantes con matices a los que se relatan y valoran en el fundamento decimoséptimo y que llevan a la sala sentenciadora a absolver del delito de integración en banda armada a nueve de los inicialmente procesados y posteriormente acusados.

**7.-** El delito recorre un camino desde su ideación hasta que se plasma en actividades concretas de carácter externo que, sin llegar a la consecución de los objetivos finales, denota que la persona tenía como propósito cierto, conseguir la perfección de idea delictiva que, en el caso presente era la de constituir una asociación ilícita de carácter terrorista.

El periodo de deliberación interno no se exterioriza, ya que la gran baza que piensa utilizar el actor es la sorpresa, de tal forma que cuando actúe, el sujeto, o los sujetos pasivos, estén más o menos desprevenidos.

**8.-** La ideación delictiva puede ser abstracta o concreta pero siempre con unos objetivos definidos. La ideación puede ser producto de una reflexión interna y solitaria o el resultado de una idea compartida con otros o asumida a partir de la transmisión de un propagador.

Las ideas propagandísticas pueden propugnar diversos objetivos y fines. Las ideas pueden ser contagiosas pero no por ello necesariamente delictivas. El derecho penal solo puede introducirse en ese nebuloso terreno si la exaltación la inducción y la propaganda son directas y concretas. Cualquier valoración jurídica sobre estas actividades queda fuera de nuestra posibilidad de análisis ya que debemos ajustarnos al objeto del recurso.

**9.-** La manifestación de la voluntad delictiva exige que el individuo haya traspasado la línea de la exaltación y la haya concretado en un acto de voluntad medible y contrastable. En esa fase previa el derecho penal puede, no sin dificultades, castigar la conspiración y la proposición.

**10.-** El rechazo de las ideas se combate dialécticamente pero utilizar el Derecho penal como único argumento las idealiza a la vista de sus adictos.



Por ello, nos hemos situado en el plano de la acción o resolución manifestada mediante actos materialmente medibles, dejando fuera de la sanción penal aquellas conductas exaltadas, incuestionablemente peligrosas, pero que solo permiten la adopción de medidas de prevención ante unos sujetos potencialmente proclives a llevar a cabo acciones que evidencien que la idea no se ha quedado en la mente del autor sino que se ha traspasado a la realidad. (F. J. 3º)

1.- Todas las imputaciones parten de relatar sus numerosas peripecias carcelarias y, sobre todo, su confluencia en uno u otro momento de la secuencia de los hechos en la cárcel de Topas (Salamanca). No dudamos de la admiración y sugestión de todos por las predicaciones de Tahiri incluso la comunión o aceptación de sus ideas fundamentalistas que se contienen en las numerosas cartas que, sin ninguna precaución o cautela se intercambiaban. Proclamaban sus convicciones ante los funcionarios de prisiones sin ocultar sus deseos de acabar con los infieles y anhelar la eliminación de líderes políticos. En todas sus manifestaciones está presente el estudio de la yihad y de los textos de la sharia para ser mejores musulmanes. Como síntesis de las relaciones que se establecieron entre ellos por su identidad de convicciones religiosas, seleccionamos algunos textos intercambiados entre Tahiri y Saif A.: *“Querido hermano Ibrahim vice-príncipe-Emir del Grupo Salafista que la paz este contigo”, “así me gusta hermano siempre fuerte, valiente, muy buen estudiante y combatiente, sin temor a lo que se pueda decir, siempre preparado para difundir la auténtica religión y la buena fe, la creencia de los de la tradición y la comunidad musulmana”, “se han aprovechado de mi ausencia, pero no les hagas caso que van de enterados, diles que manden una carta para que les aclare las cuestiones a las que se ven opuestos, si Dios quiere estar allí y les aclarare muy bien estas cuestiones, nos tenemos que preparar para la Yihad, en el nombre de Dios y no pierdas tiempo con aquellos en discusiones secundarias”.*

2.- No se encuentra ninguna referencia a intervenciones concretas mas allá de la inmersión fanática en teorías fundamentalistas que pasaban desde la necesidad de predicar la doctrina y convencer a los infieles con la propuesta violenta de amenazar a la humanidad, si no se convierten a la verdadera fe y se mantenían en la infidelidad a la doctrina auténtica. Todos los extractos de las cartas ocupadas, que la sentencia considera como hechos probados, hacen referencia a su ideología religiosa y a su predisposición genérica a luchar contra los tiranos invocando la ayuda de Dios. Como puede observarse y ya se ha mencionado anteriormente cuando abordamos la intervención del Derecho Penal en las fronteras de la ideación o de la ideología, no es posible convertir todo este bagaje de declaraciones y confesiones de creencias en un hecho delictivo de integración de banda armada.

3.- No se aprecia que hubieran decidido o aceptado participar de alguna forma en la imposición de esas ideas mediante la violencia terrorista». (F. J. 5º)

**TRIBUNAL DEL JURADO. El jurado no decide sobre aplicabilidad de circunstancias modificativas sino sobre los hechos que pudieran sustentarlas.**

Recurso: Casación nº 10798/2008 P  
Ponente: Sr. Varela Castro  
Sentencia: nº 157/2009 de fecha 12/02/2009

**«El Jurado no decide sobre la aplicabilidad de circunstancias modificativas, sino sobre si declara probados o no los hechos que justifican la resolución del Magistrado Presidente sobre la aplicación de aquellas circunstancias.**

**No cabe impugnar esta aplicación en la casación si para ello se pretende que sea realizada una modificación de los hechos**

En el ordinal sexto apenas enuncia la pretensión de que debiera haberse estimado una atenuante por incompleta exención por legítima defensa. Lo hace con invocación del artículo 21.1ª en relación con el 20.4ª del Código Penal.

Estima en su brevísimo motivo que el recurrente fue objeto de una agresión ilegítima sin que precediera provocación por su parte.

El cauce procesal de la infracción de ley circunscribe la casación al debate sobre la subsunción del hecho en la norma. Pero sin que el hecho a considerar a esos efectos pueda variar ni un ápice del que ha sido declarado probado.

En el motivo anterior, único atinente al contenido de aquella declaración, ya hemos dejado expuesto que nada autoriza a estimar conculcada la presunción de inocencia. Y que, por ello, la narración fáctica, ratificada con ocasión de la apelación, es inmutable en este recurso de casación.

Pues bien, de la citada declaración de hechos se deriva que el enfrentamiento que culminó en el luctuoso resultado no tiene origen en una agresión procedente de la víctima, ni que la actuación del acusado se dirigiera a conjurar el riesgo para ninguno de sus bienes con ocasión de esa inexistente previa agresión calificable de ilegítima.

Ciertamente la sentencia de apelación deja sin respuesta alguna lo concerniente a la exención incompleta por legítima defensa. Pese al abigarramiento de su discurso en otras cuestiones, esta alegación del penado no merece otra consideración que referir que fue objeto del sexto motivo de los del recurso de apelación.

Pero lo hace en el contexto de una globalizada, indebidamente globalizada, respuesta sobre las diversas pretensiones de atenuación. Sin duda por entender que también respecto de ésta incompleta exención cabe la misma argumentación de refutación.

En efecto la sentencia dictada en apelación refuta la tesis del condenado sobre la existencia de motivos para atenuar, siquiera también sin más argumento que la reproducción del contenido de la inicial sentencia del Tribunal del Jurado.

Ciertamente es difícil de asumir la afirmación de que el Jurado, en su veredicto, detalló las razones para rechazar las causas de exención "en el sentido de no tenerlas por probadas". Y ello porque las circunstancias modificativas no pueden tenerse por *probadas* o por *no probadas*. Solamente los hechos justifican tal predicado. La *aplicación* de la circunstancia legal modificativa es una labor *posterior*. De pura valoración jurídica.

Otras valoraciones jurídicas, y precisamente entre ellas la exención por justificación del hecho cometido por el acusado, sí que son competencia del Jurado, implícitas en la decisión sobre la cuestión de la culpabilidad. Así cuando el Jurado declara que ésta concurre está valorando que los hechos que declaró probados no merecen ser tenidos por justificados. Y, cuando declara no culpable al acusado, pese a que el hecho declarado probado, tras el juicio de tipicidad pueda tenerse por subsumible en un tipo penal, está valorando dicha conducta como justificada. Lo que, y eso es otra cuestión, exige que también haya dado adecuada respuesta sobre los hechos que el objeto del veredicto le proponga al respecto. Correspondencia que controlará el Magistrado Presidente cuando reciba el acta del veredicto, que deberá devolver si la decisión sobre culpabilidad adoleciera de todo apoyo en el veredicto sobre el hecho.

Pero las valoraciones jurídicas sobre la aplicación de circunstancias modificativas, una vez establecido el hecho probado, **en ningún caso es competencia del Jurado, sino del Magistrado Presidente** y, por ello, controlable en casación bajo los motivos de infracción de ley.

Pues bien, la exención incompleta por legítima defensa requiere que determinados presupuestos de la causa de exención se encuentren presentes entre los hechos probados, tolerando la ausencia de otros requisitos. Entre los ineludibles se encuentra la agresión ilegítima». (F. J. 6º)

**TRIBUNAL DEL JURADO. El pronunciamiento sobre culpabilidad, inculpabilidad requiere declaración preexistencia del hecho. Interpretación art. 60 LOPJ.**

Recurso: Casación nº 11134/2007 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 595/2008 de fecha 03/10/2008

«...Y, en ese sentido, asumiendo, por consiguiente, el criterio de la Sentencia dictada en la primera instancia y los lógicos razonamientos en los que aquella se apoyó, tan sólo nos restaría aquí poner de relieve, para reforzar semejante conclusión, alguna de las graves consecuencias a las que nos conduciría las tesis de la del Tribunal Superior, secundadas por la Fiscalía y el resto de las Acusaciones.

En efecto, la anulación del Acta del veredicto y repetición del Juicio ante un nuevo Jurado, más allá de los graves inconvenientes de todo orden que ello reporta y lo contraria que resulta respecto del régimen propio del procedimiento seguido ante la Justicia técnica, habida cuenta de que el defecto apreciado se

referiría, en ese caso, a un quebrantamiento formal “in iudicando”, no “in procedendo”, y, por ello los efectos de tal anulación se retrotraerían, tan sólo, al momento de la comisión de ese vicio formal, es decir, al de la devolución del Acta por el Presidente al Jurado para que éste prosiguiera su deliberación respetando los pronunciamientos ya alcanzados correctamente en ella, constituye, no obstante, la solución prevista expresamente y de manera especial en la Ley del Jurado, aunque exclusivamente para el Recurso de Apelación (arts. 846 bis f) en relación con el 846 bis a)), toda vez que el correspondiente precepto de la Casación lo que establece, a semejanza de lo ya dicho para la generalidad de los procedimientos, es que *“Cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, **reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta**, la sustancie y termine con arreglo a derecho.”*

Precepto que en principio es el que había que aplicar si fuera este Tribunal y no el de Apelación quien acordase la anulación del procedimiento de instancia

Solución ésta de la repetición íntegra del Juicio en casos como el presente, sin previsión expresa en la regulación del Recurso de Casación, que, no obstante, se vería por supuesto mucho más aconsejada y facilitada, a pesar de todos los inconvenientes legales y prácticos existentes, si la decisión última del Jurado hubiere conducido a una Resolución condenatoria pues, en ese caso, la expectativa de un resultado distinto y más favorable para el reo podría avalar su razón de ser, desde el reconocimiento a éste de su derecho a un Juicio con todas las garantías (art. 24 CE), para depurar la integridad del enjuiciamiento.

Pero no podemos olvidar que aquí nos hallamos ante una absolución, apoyada en el dato incontestable de un pronunciamiento sobre los hechos, ya correctamente alcanzado por el Juzgador legalmente constituido en el progresivo discurrir lógico de su decisión, que excluye la base fáctica necesaria para la declaración de culpabilidad y que las Acusaciones, en buena lógica y en el nuevo Juicio, pretenderían sustituir con la obtención de una futura condena.

Porque de optar por la repetición íntegra del Juicio ante un nuevo Jurado, como hace la Sentencia recurrida, sin duda en su caso y por tratarse de una Apelación aplicando con la previsión de la Ley especial para esta clase de supuestos, nos encontraríamos con que quien ya fue juzgado, con todas las garantías y requisitos legales para ello, tanto materiales como formales, obteniendo un indiscutible pronunciamiento fáctico, adoptado también de acuerdo a los requisitos establecidos en la propia Ley, que declaraba la insuficiencia de acreditación de su participación delictiva en los hechos enjuiciados, todo ello conforme a la convicción de un Jurado compuesto expresamente para ese enjuiciamiento, ahora se enfrentaría a la eventualidad contradictoria de ser hallado partícipe en ellos, por un nuevo y distinto Tribunal, y lo que pudiera resultar aún más insoportable, incluso con una nueva calificación jurídica de lo acaecido como delito de Asesinato, cuando dicha hipótesis, que era la inicial de las Acusaciones, ya se encuentra rechazada con plena firmeza para el otro acusado, objeto de condena como autor material de un Homicidio.

Así decía a propósito de esta cuestión, la STS de 14 de Noviembre de 2001: *"Ha de tenerse en cuenta que la estimación de este motivo de recurso conlleva la anulación del juicio y su íntegra repetición ante un nuevo jurado. La anulación determina que el nuevo Jurado deba pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones suscitadas, con posibilidad de que la nueva sentencia resulte incluso más gravosa para el recurrente: por ejemplo en el caso actual un nuevo juicio podría determinar una condena por asesinato y no por simple homicidio. Por ello la estimación de este motivo debe producirse en supuestos muy excepcionales, como expresa la propia norma legal, pues no es suficiente con que el Tribunal de Apelación haya apreciado alguna infracción de las normas y garantías procesales sino que es **imprescindible que dicha infracción haya ocasionado indefensión...***

*...Esta indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso, en materia de derecho, fundamentales, ha de hablarse siempre de indefensión material y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (SSTC 181/1994, de 20 de junio, 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre y 105/1999, de 14 de junio, y STS núm. 243/2001 de 21 de febrero, entre otras)."*

Razones, en definitiva, que nos llevan a confirmar, aún más si cabe, el acierto del Magistrado-Presidente del Jurado en el criterio aplicado para la resolución de un problema procesal tan complejo y difícil como el abordado en esta ocasión». (F. J. 5º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de la sentencia.**

Recurso: Casación nº 10136/2008 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 813/2008 de fecha 02/12/2008

«...En cualquier caso hemos de partir de la necesidad de justificar o motivar la decisión, que como obligación genérica afecta a los Tribunales de Justicia (art. 120.3 C.E.) y de forma particular en nuestro caso a los Jurados y a la Presidenta del Tribunal de Jurado.

En este sentido constituye doctrina de esta Sala (véanse por todas la reciente sentencia nº 790 de 18 de noviembre de 2008) que "la motivación de las resoluciones judiciales afecta al derecho a la tutela judicial efectiva y la ley la impone al Jurado, ya que de este modo se permite la comprobación por el Tribunal

Superior de que el ejercicio de la función jurisdiccional en la determinación de los hechos (motivación fáctica) no se revela como injustificada, sorprendente o absurda, sino acorde con criterios de racionalidad y prudencia. Dicho esto no es de más recordar que esta Sala, dada la extracción popular de los jurados, ha manifestado que la motivación exigida a estos últimos no debe poseer el mismo nivel intelectual y técnico que la que puede exigirse a un juez profesional. La propia ley así parece indicarlo al referirse a una "sucinta" explicación de las razones que ha tenido para declarar probados o no probados los hechos que se le someten a su consideración en el objeto del veredicto"». (F. J. 5º)

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Naturaleza de la casación en relación a los juicios de competencia del Tribunal del Jurado.**

Recurso: Casación nº 11291/2007 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 41/2009 de fecha 20/01/2009

«...la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega.

Al respecto, basta recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que incluye dentro del ámbito del Recurso de Amparo la verificación de la consistencia y razonabilidad de los juicios de inferencia alcanzados en la instancia que se refieren, de ordinario, a la existencia de hechos subjetivos conectados con el dolo en el doble aspecto de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad y todo ello en el marco de una actividad probatoria de naturaleza indiciaria.

Declara el Tribunal Constitucional --SSTC 135/2003 ó 263/2005 entre otras-- que dicho examen debe efectuarse:

a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y

b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

Realmente no podría ser de otra manera porque la garantía de la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial --art. 9-3º C.E.-- integra el núcleo reforzado de todo control jurisdiccional singularmente en el orden penal por la naturaleza de los bienes que pueden quedar afectados con la decisión judicial --singularmente la libertad individual-- lo que convierte la verificación de que la razón está en la decisión judicial». (F. J. 1º)