

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE
LA SALA DE LO PENAL
AÑO JUDICIAL
2009-2010**

NOVIEMBRE 2010

- **ABUSOS SEXUALES. Compatibilidad entre especial vulnerabilidad por edad y prevalimiento de situación de superioridad. No vulneración del “Non bis in idem”** 16
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Competencia** 18
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Heterogeneidad de la pena de prisión sustituida por expulsión.....** 19
- **AGRAVANTES. Abuso de superioridad** 19
- **AGRAVANTES. Agravante ideológica** 20
- **AGRAVANTES. Disfraz** 21
- **AGRAVANTES. Ensañamiento. No concurre.....** 21
- **AGRAVANTES. Reincidencia. Cancelación de pena accesoria** 23
- **AGRESIÓN SEXUAL. Delito continuado** 24
- **ALZAMIENTO DE BIENES. Elementos objetivos y subjetivos del delito** 25
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal. Diferencia con delito societario** 28
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Delito continuado y especial gravedad. Acuerdos del Pleno.....** 29
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Diferencia con el delito societario.....** 31
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero. No concurre** 31
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Elementos del tipo.....** 33
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Requisitos: obrar con abuso de funciones** 34
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Subtipo agravado de abuso de relaciones personales o aprovechamiento de credibilidad. No concurre** 35
- **ATENUANTE ANALÓGICA. Dilaciones indebidas: inicio del cómputo del tiempo** 36
- **ATENUANTES. Arrebato y obcecación (art. 21.3 CP)** 36
- **ATENUANTES. Confesión, en delito flagrante.....** 37

- **ATENUANTES. Drogadicción: no opera cuando se trate de cantidades elevadas de droga.....38**
- **ATENUANTES. Reparación del daño (art. 21 CP.).....38**
- **AUTORÍA. Administración de hecho. Delimitación de funciones a efectos de responsabilidad penal40**
- **AUTORÍA. Coautoría. Complicidad omisiva.....42**
- **AUTORÍA. Coautoría. Jurisprudencia sobre coautoría por dominio funcional del hecho.....44**
- **AUTORÍA. Complicidad en el tráfico de drogas45**
- **AUTORÍA. Condena de cooperador necesario sin condena al autor. Principio de accesoriad.....46**
- **AUTORÍA. Cooperación necesaria y complicidad. Diferencia.....47**
- **AUTORÍA. Participación omisiva en delitos de comisión por omisión (art. 11 CP)49**
- **AUTORÍA. Requisitos de la coautoría: es suficiente el acuerdo de voluntades, independientemente de la función asignada a cada uno50**
- **AUTORÍA. Son coautores los que en el seno de una organización ilícita (“Latin Kings”) deciden la comisión de un delito.....50**
- **CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Convivencia análoga a la conyugal52**
- **COMISO. Motivación de la procedencia.....52**
- **COMPETENCIA. Criterios para determinarla entre tribunal profesional y jurado. Acuerdos del Pleno.....53**
- **COMPETENCIA. Delito de prevaricación. Incompetencia del Tribunal del Jurado54**
- **COMPETENCIA. Juzgado de Instrucción y Audiencia Nacional: Teoría de la ubicuidad55**
- **COMPETENCIA. Pleno no jurisdiccional 20/01/2010. Competencias del Tribunal del Jurado56**

- **CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: Robo y detención ilegal. Absorción58**
- **CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: principio de especialidad. Falsedad y estafa.....59**
- **CONCURSO DE DELITOS. Falsedad en documento mercantil y estafa agravada61**
- **CONCURSO DE DELITOS. Inmigración ilegal y favorecimiento de la prostitución. Concurso real.....63**
- **CONCURSO DE DELITOS. Pluralidad típica64**
- **COSA JUZGADA. Formal y material65**
- **COSA JUZGADA. Requisitos67**
- **COSTAS PROCESALES. Absolución parcial en la instancia69**
- **DELITO CONTINUADO. Acuerdo del Pleno 30/10/2007.....69**
- **DELITO CONTINUADO. Cosa juzgada y “principio non bis in idem”71**
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Contaminación acústica.....74**
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Elementos.....75**
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Interpretación del concepto de “violencia” (art. 173.2 CP). Acuerdo del Pleno.....75**
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Trato degradante (Artículo 173 CP).....77**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 25/10/05: Naturaleza.....78**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del tipo hiperagravado (art. 370 CP): utilización de menores (Acuerdo de Sala).....79**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.2º: pertenencia a una organización80**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 374 Código Penal.....82**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad: funciones de vigilancia.....83**

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de droga y drogodependencia85**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Consumo compartido. Concurre...
.....85**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Consumo compartido. No concurre.....87**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Delimitación del concepto “posesión”.....88**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Diferentes domicilios.....89**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad (Artículo 370 CP).....90**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Inaplicación de la agravación del art. 369.1º al concurrir con un delito de cohecho.....91**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Insignificancia. Acreditación de la condición de consumidor.....92**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa92**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado de organización criminal. Incluye la organización transitoria.....93**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.1.10 CP. No concurre94**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado. Colaboración con la justicia (Art. 276 CP).....96**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376: no es posible su aplicación analógica.....96**
- **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL97**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Concurrencia de la conducta típica.....97**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Extranjeros dedicados a la prostitución. No consta la existencia del tipo delictivo del art. 312.2 CP98**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Inmigración clandestina con finalidad de explotación sexual. Aplicación conjunta con delito de determinación coactiva a la prostitución99**

- **DELITO DE ABANDONO DE MENOR..... 100**
- **DELITO DE ASESINATO. Tentativa. Compatibilidad entre alevosía y dolo eventual..... 101**
- **DELITO DE ASESORAMIENTO ILEGAL. Exigencias del tipo previsto en el art. 441 CP. Banalidad de un consejo..... 102**
- **DELITO DE ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD. Subtipo agravado de empleo de arma o instrumento peligroso 104**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Modalidad dolosa y no imprudente..... 104**
- **DELITO DE COACCIONES. Diferencia con el delito de amenazas..... 106**
- **DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Difusión de pornografía infantil. No aplicación del subtipo agravado de utilizar a menores de 13 años..... 107**
- **DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL. Elementos del tipo (Art. 467 del CP.)..... 108**
- **DELITO DE DESOBEDIENCIA GRAVE. Requisitos 110**
- **DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Acuerdo del Pleno
..... 111**
- **DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Concurso real con inmigración ilegal. Indebida aplicación de subtipos agravados de finalidad de explotación sexual y ánimo de lucro 112**
- **DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCION. No toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito del art. 188.1 CP: elementos de esa modalidad delictiva..... 113**
- **DELITO DE ENCUBRIMIENTO. Ayudar a eludir la acción de la justicia (art. 451.3 a) CP)..... 114**
- **DELITO DE EXTORSIÓN. Elementos 115**
- **DELITO DE INCENDIO. Delito de peligro. Idoneidad de la acción 116**
- **DELITO DE INCENDIO. Delito de peligro potencial desde una perspectiva “ex ante” 117**
- **DELITO DE INCENDIO. Doctrina sobre el art. 351 CP 118**

- **DELITO DE INCENDIO. Riesgo para las personas. Tentativa..... 119**
- **DELITO DE LESIONES. Riña tumultuaria..... 121**
- **DELITO DE MALTRATO FAMILIAR. Doctrina..... 122**
- **DELITO DE MALTRATO FAMILIAR. Sujeto pasivo..... 122**
- **DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Elementos..... 123**
- **DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Malversación impropia: no concurren los elementos 125**
- **DELITO DE TENENCIA DE MONEDA FALSA. Tenencia de tarjeta de crédito falsa. Acuerdo del Pleno de 16/12/2008..... 128**
- **DELITO DE TORTURAS. Elementos del delito..... 128**
- **DELITO FISCAL. Fraude de subvenciones 130**
- **DELITO PROVOCADO. Requisitos. No concurre 132**
- **DELITO PUBLICITARIO. Concepto: Directiva comunitaria 11/05/05..... 133**
- **DELITO SOCIETARIO. El impedimento del ejercicio de los derechos de los socios..... 134**
- **DELITO SOCIETARIO. Gestión desleal y apropiación indebida..... 136**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad: conexión de antijuricidad..... 137**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación del IMEI 138**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Incumplimiento del deber de motivación sobre calificación jurídica 140**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración. Auto de sobreseimiento libre que anticipa indebidamente una sentencia absolutoria 142**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar. Efectos de su ejercicio. Doctrina del TEDH, del TC y del TS..... 143**

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley. Competencia objetiva, determinada por los hechos y calificación jurídica de la acusación..... 144**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Denegación injustificada..... 145**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Remedio contra la denegación de prueba..... 146**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al juez imparcial. Omisión de recusación 147**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Acceso a las llamadas archivadas en la memoria del teléfono 148**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Apertura paquete postal. L.24/98, 13 de julio del servicio postal universal y de la liberalización de los servicios postales
..... 149**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: captación del IMSI..... 151**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Diferencia entre indicios/sospechas 152**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones previas en otro procedimiento. Acuerdo del Pleno 26/05/2009 152**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. La ley 25/2007. Examen por el Pleno 23/02/2010 153**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: doctrina 154**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: garantías 166**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Auto acordando la prórroga de la intervención. Motivación 167**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Escuchas en los calabozos 167**

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Protocolo de incorporación de las escuchas. Requisitos..... 172**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas: indeterminación subjetiva 173**
- **DERECHO FUNDAMENTALES. Derecho de defensa cuando se exige responsabilidad civil solidaria de las personas jurídicas 174**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Diferencias entre la prueba anticipada y las meras diligencias de instrucción..... 175**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal 176**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Escuchas telefónicas. Criterios jurisprudenciales..... 177**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Escuchas telefónicas. IMSI 178**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Forma de aportar como prueba las grabaciones al plenario 180**
- **DETENCIÓN ILEGAL. Tipo del art. 166 CP: delito de sospecha..... 181**
- **DOLO. Artículo 5 CP 181**
- **DOLO. Delito de omisión 182**
- **DROGADICCIÓN. Configuración como eximente completa o incompleta y como atenuante..... 186**
- **DROGADICCIÓN. Posibilidad de aplicar medida del art. 87 CP en ejecución de sentencia 190**
- **ERROR DE DERECHO. Infracción de ley: juicios de valor 192**
- **ERROR DE PROHIBICIÓN. Artículo 14.3 CP 194**
- **ERROR DE PROHIBICIÓN. No concurre 195**
- **ESTAFA. Concepto de especial gravedad 197**
- **ESTAFA. Engaño bastante a persona jurídica..... 198**
- **EXIMIENTE INCOMPLETA. Trastorno mental transitorio. Rebaja de pena en dos grados..... 199**
- **EXIMENTES. Cumplimiento de un deber. Actuación de policía..... 200**

- **EXIMENTES. Enajenación mental: oligofrenia. Refunde la jurisprudencia que existe..... 201**
- **EXIMENTES. Legítima defensa. Compatibilidad con “animus necandi” 203**
- **EXIMENTES. Legítima defensa. Necesidad racional del medio empleado ... 204**
- **EXIMENTES. Trastorno mental: paidofilia. Inaplicación..... 205**
- **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Existencia de contradicción 207**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Caso Yak 42. Falsedad de certificados de defunción. Unidad natural de acción..... 208**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de “documento oficial”. Impreso de solicitud de autorización de residencia 210**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de “documento oficial” y “documento mercantil” 212**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Documento público “por destino” 214**
- **HOMICIDIO. Homicidio por imprudencia. Estimación: imprudencia leve degradación a falta..... 215**
- **HOMICIDIO. Imprudencia. No concurre..... 217**
- **INSOLVENCIA PUNIBLE. Requisito de procedibilidad 219**
- **LESIONES. Ejercicio del deber de corrección por uno de los padres..... 220**
- **LESIONES. Lesiones no dolosas. Imprudencia leve: falta 221**
- **LESIONES. Tipo básico: puntos de sutura, antiinflamatorios 222**
- **LESIONES. Violencia de género. Acreditación de las lesiones psíquicas consecutivas a la acción del acusado. Sucesión normativa..... 224**
- **MEDIDAS DE SEGURIDAD. Juicio de peligrosidad del reo 226**
- **ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA. Principio de especialidad..... 227**
- **PENALIDAD. Multa: criterios para su determinación..... 228**
- **PENALIDAD. Penas accesorias: comiso o decomiso..... 228**

- ***PENALIDAD. Penas accesorias: prohibición de comunicación y de aproximación a la víctima.....230***
- ***PENALIDAD. Sustitución de pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional.....231***
- ***PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos: Acuerdo del Pleno de 27/10/2009234***
- ***PORNOGRAFÍA INFANTIL. Art. 189 CP. Uso de Internet: requisitos del delito.....235***
- ***PORNOGRAFIA INFANTIL. Uso de menores de 13 años en la elaboración de imágenes difundidas por Internet.....236***
- ***PRESCRIPCIÓN. Interrupción: interposición de querrela.....237***
- ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Ámbito del control casacional.....238***
- ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración ante la Policía. Valor en el proceso240***
- ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración autoinculpatoria ante la Policía. Requisitos para enervar la presunción constitucional de inocencia.....242***
- ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración sumarial de la denunciante leída en juicio pese a que se acoge a la dispensa a declarar en plenario. Vulneración.....243***
- ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general244***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Consumación246***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Elementos del delito.....247***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Exacciones ilegales. Conducta típica.....248***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Infidelidad en la custodia de documentos.....249***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Registrador de la Propiedad. Conducta atípica251***
- ***PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Tipo penal.....252***
- ***PRINCIPIOS PROCESALES. Cosa Juzgada.....252***

- **PRINCIPIOS PROCESALES. “Non bis in idem”.....253**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.....254**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acuerdos del Pleno de la Sala.....256**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acusación por el delito del art. 363.4º CP y condena por delito del art. 368 CP: absolución.....256**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Alteración esencial en los hechos de la acusación. Vulneración259**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Homogeneidad entre arts. 148 y 150 CP.....260**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificaciones. Doctrina.....262**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificaciones de detalles.....263**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Ofrecimiento de acciones (Artículo 109 LECrim)263**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Posibilidad de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación, cuando esta se encuentra por debajo del mínimo legal.....264**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración265**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de imparcialidad266**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de legalidad267**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Publicidad, inmediación y contradicción. Testigos protegidos268**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Retroactividad de la Ley penal más favorable. Menores.....270**
- **PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo. Doctrina del Tribunal Constitucional expresada en sentencia271**
- **PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo conforme a doctrina del Tribunal Constitucional (STC57/2008).....273**

- **PRISIÓN PROVISIONAL. Libertad del reo. Abono de prisión provisional o preventiva en el cómputo de penas (art. 58 del Código Penal).....274**
- **PRUEBA. Careo innecesario276**
- **PRUEBA. Declaración del testigo-víctima. Las advertencias del art. 416 LECrim277**
- **PRUEBA. Declaración del testigo-víctima. Menor de edad. No basta la corroboración pericial277**
- **PRUEBA. Declaración de testigo-víctima: menor de edad. Protección del menor y derecho de defensa.....278**
- **PRUEBA. Documentación de las sesiones del juicio oral (art. 743 LECrim)281**
- **PRUEBA. Documental por reproducida282**
- **PRUEBA. Documento electrónico283**
- **PRUEBA. Doctrina de la conexión de antijuricidad284**
- **PRUEBA. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuricidad.....286**
- **PRUEBA. Juicios de inferencia: revisión casacional.....288**
- **PRUEBA. Pericial psicológica. Menores de edad, víctimas de delitos sexuales289**
- **PRUEBA. Prueba anticipada y prueba preconstituida. Diferencias.....290**
- **PRUEBA. Prueba ilícita. Diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular.....292**
- **PRUEBA. Prueba ilícita. Inexistencia de autonomía entre registro nulo y confesión293**
- **PRUEBA. Prueba fonométrica.....294**
- **PRUEBA. Reconocimiento fotográfico. Doctrina sobre su valor probatorio296**
- **PRUEBA. Relación entre la negativa a declarar y el art. 730 LECrim.....298**
- **PRUEBA. Testifical. Art. 416 LECrim., declaración de la víctima: doctrina298**
- **PRUEBA. Testifical. Declaración de coimputado ya juzgado..... 300**

- **PRUEBA. Testifical. Lectura de declaraciones de fallecidos 301**
- **PRUEBA. Testigos protegidos: Doctrina TEDH..... 301**
- **PRUEBA. Toma de muestras de ADN legalizada por Auto posterior 304**
- **PRUEBA. Valoración del testimonio de la víctima 305**
- **QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. El consentimiento de la mujer no excluye el tipo. Acuerdo del Pleno 306**
- **QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Inexistencia de error por consentimiento de la persona favorecida por la medida de alejamiento.....
..... 307**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Control de la prueba indiciaria..... 308**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Impugnación de Autos (Acuerdo del Pleno de 09/02/2005) 309**
- **RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto sobre suspensión o sustitución de penas..... 311**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Ausencia de hechos probados (Art. 851.2º LECrim.)..... 312**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Contradicción fáctica..... 313**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Momento para solicitar un contraanálisis..... 314**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Falta de citación del responsable civil subsidiario 315**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma: incongruencia omisiva..... 316**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Necesaria citación de todas las partes 317**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Requisitos de recurribilidad de los Autos de sobreseimiento (Acuerdo del Pleno de 09/02/2005) 318**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Contribución de la víctima al daño causado.....
..... 320**

- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración compañía aseguradora: lesiones dolosas en las que el vehículo es mero instrumento 321**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Liquidación de intereses..... 322**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsable a título lucrativo..... 325**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Art. 120.3 CP. Requisitos 326**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de la entidad bancaria (art. 120.3 CPenal)..... 327**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Valoración del daño..... 328**
- **REVELACIÓN DE SECRETOS. Denuncia del agravado 329**
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Diferencias con el depósito. Autoría 330**
- **TENTATIVA. Clases. Diferencias entre el desistimiento activo y la tentativa acabada 331**
- **TENTATIVA. Tipos..... 332**
- **TERRORISMO. Asociación terrorista 334**
- **TERRORISMO. Colaboración con banda armada u organización terrorista. Posesión de organigramas de la banda terrorista..... 335**
- **TERRORISMO. Delito de enaltecimiento: el criterio de la “zona intermedia” 336**
- **TERRORISMO. Delito de enaltecimiento: requisitos..... 337**
- **TERRORISMO. Elemento intencional 338**
- **TERRORISMO. Integración en organización terrorista..... 338**
- **TERRORISMO. Integrantes y dirigentes de asociación terrorista 340**
- **TERRORISMO. Pertenencia a banda armada. Diferencia con colaboración 341**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación del veredicto 342**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Valor de las declaraciones sumariales 342**

ABUSOS SEXUALES. Compatibilidad entre especial vulnerabilidad por edad y prevalimiento de situación de superioridad. No vulneración del “Non bis in idem”

Recurso: Casación nº 10964/2009 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 422/2010 de fecha 23/04/2010

«..La subsunción de los hechos en el art. 182.1 del C. Penal, en relación con el art. 181 del mismo texto legal no suscita duda alguna, una vez que han permanecido incólumes los hechos declarados probados, en los que se describen de forma diáfana los actos sexuales ejecutados por el acusado sobre la menor, consistentes en el acceso carnal por las vías vaginal y anal. La cuestión debe por tanto centrarse en la aplicación de los subtipos agravados previstos en el art. 180.1.3ª y 4ª, consistentes en este caso en la edad de la víctima, menor de trece años, y en el prevalimiento de la relación de superioridad por parte del acusado sobre una menor que convivía con él debido a la relación de pareja que mantenía con la madre de ésta.

Pues bien, tiene razón la parte recurrente cuando afirma que no puede apreciarse doblemente la minoría de trece años para integrar el tipo penal básico del abuso sexual (art. 181.2 del C. Penal) y para operar al mismo tiempo como supuesto agravado de vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad (art. 182.2 y 180.1.3ª del C. Penal). Sin embargo, no debe olvidarse que en la primera fase de los hechos, esto es, cuando los abusos fueron perpetrados en la localidad de Villanueva de la Reina, no sólo concurría en la acción delictiva la minoría de trece años, ya que hasta los trece años y medio no se fueron a vivir al término municipal de Andujar, sino que también concurría un supuesto de prevalimiento de una situación de superioridad (art. 180.1.4ª del C. Penal). Y ello porque, tal como se afirma en la sentencia, confluía una situación de superioridad clara entre el acusado y la víctima derivada del ejercicio de las funciones de padre que desempeñaba en calidad de compañero de la madre de la menor, J... Situación de superioridad que se daba tanto en el periodo de convivencia en Villanueva de la Reina como en Andujar. Tan es así, dice la sentencia, que esa cuestión no ha sido debatida en el juicio, limitándose la estrategia de la defensa a negar la veracidad del testimonio de la víctima.

Por consiguiente, en la primera fase de la ejecución delictiva, que tuvo lugar en Villanueva de la Reina, y que comprendió desde los 11 años a los 13 y medio de la menor, no concurrió el subtipo agravado de la edad (art. 180.1.3ª del C. Penal), dado que la edad ya operaba para apreciar el tipo básico del abuso sexual del art. 182.1. Sin embargo, en ese momento sí era de aplicación el subtipo agravado del abuso de la situación de superioridad (art. 180.1.4ª), que junto con la continuidad delictiva determinó la exasperación de la pena por dos vías, generando la imposición de la pena en la mitad superior de la mitad superior, lo que determina un marco punitivo

legal concreto de ocho años, seis meses y un día hasta los diez años de prisión.

A la vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad, se une por tanto el plus de antijuridicidad derivado del hecho de que el acusado ejerciera el rol social de padre con respecto a la víctima, debido a su relación sentimental con la madre de ésta. A la vulnerabilidad ya inherente a la víctima por razón de la edad subsumible en el tipo básico del abuso sexual, se le sumaba pues la correspondiente a la superioridad derivada del ejercicio del rol social de padre, que ha de operar a mayores activando el subtipo agravado del art. 180.1.4ª del C. Penal, en relación con el art. 182.2 del mismo texto legal. Se trata de dos circunstancias diferentes que incrementan la indefensión de la menor y generan una mayor lesividad en el bien jurídico que tutela la norma penal: la libertad y la indemnidad sexual de la víctima. Y como se trata de dos razones o situaciones fácticas diferentes y que actúan con un fundamento axiológico distinto, es claro que no se genera un supuesto vedado de bis in idem.

A este respecto, esta Sala tiene declarado, en su sentencia 1205/2009, de 5-de noviembre, que “la minoría de trece años y el prevalimiento aún siendo convergentes en su relevancia típica para integrar indistintamente el abuso sexual son realidades distintas, de modo que su análoga significación no excluye la diferenciación de sus respectivos fundamentos: el de la edad descansa en la personal limitación de la víctima invalidante de su formal consentimiento mientras que el prevalimiento se apoya en el abusivo aprovechamiento de una relación de superioridad por quien lo obtiene. Son desvaloraciones diferentes y compatibles entre sí, de modo que la imposibilidad de apreciar el subtipo agravado de la minoría de trece años previsto en el art. 180.1 3º cuando ésta ya se ha valorado para integrar el tipo genérico del abuso del art. 181-2, y la imposibilidad también de estimar el subtipo de prevalimiento del art. 180-1 4º cuando éste ha fundamentado el tipo del abuso del art. 181-3 del código Penal, no impide que se aprecie sin quebrantar el “ne bis in idem” el tipo del abuso sexual sobre menor de trece años, precisamente por razón de la edad de la víctima, y simultáneamente el subtipo del prevalimiento cuando además concurre el aprovechamiento por el sujeto de una relación de superioridad facilitadora de la acción por circunstancias distintas de la edad de la víctima”.

Y en la sentencia 904/2009, de 16 de septiembre, en un supuesto en que el acusado desempeñaba la función de padre de la menor, se argumenta que “la aplicación del art. 180.4 del C. Penal estuvo plenamente justificada, sin que pueda sostenerse la existencia de la infracción legal que el recurrente atribuye a la sentencia. No hubo tampoco vulneración del bis in idem, pues el prevalimiento, es cierto, encierra el presupuesto del abuso sexual, pero cuando el prevalimiento se basa justamente en esa relación de superioridad que deriva en este caso del rol del papel de padre ejercido sobre la menor, se considera que es más grave. Dicho con otras palabras, no se trata de considerar dos veces el mismo elemento, sino de graduar la gravedad de las distintas clases de prevalimiento”.

Con posterioridad a la convivencia en la localidad de Villanueva de la Reina, y a partir de la ubicación de la vivienda familiar en el municipio de Andújar (Jaén), cuando la menor ya rebasaba los trece años de edad, ya no operaba el subtipo agravado de la relación de superioridad, pues resultaba imprescindible para configurar el tipo penal básico del abuso sexual. Lo cual no excluye la doble agravación del periodo anterior, que es la que ha determinado la imposición de la pena de prisión en la cuantía mínima de ocho años y seis meses de prisión». (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Competencia.

Recurso: Casación nº 10522/2009 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 70/2010 de fecha 04/02/2010

«..En el auto que se recurre se relacionan las doce ejecutorias cuya acumulación postula la defensa del penado, especificándose todos los datos relevantes concernientes a cada una de ellas a los efectos de una posible refundición. Sin embargo, en su fundamentación jurídica, la Juez únicamente da respuesta a la acumulación de la ejecutoria de su Juzgado de lo Penal con respecto a las ejecutorias precedentes, pero omite argumentar y resolver la posible formación de otros bloques de ejecutorias que podrían determinar otras acumulaciones parciales favorables al penado, a pesar de que es el Juzgado competente para resolver sobre todas ellas.

A este respecto, y tal como se recuerda en la sentencia 1234/2009, de 4 de noviembre, la Jurisprudencia reciente de esta Sala subraya lo decidido en Sala General de 27/03/98, donde se estima que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia deberá, asimismo, acordar lo que proceda respecto a la acumulación entre sí de las penas correspondientes a las restantes causas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no considere acumulables a las emanantes de la causa propia, en la que dictó sentencia, conceptuada como la última del listado atribuible al reo (SSTS. 569/2009 y 944/2006). También las SSTS 572 y 840/2009 argumentan que " se equivoca el Juez de lo Penal al tomar como referencia determinante de la acumulación la sentencia por él dictada ", añadiendo que " el hecho de que el artículo 988 de la LECr. adjudique la competencia para la fijación del límite de cumplimiento alJuez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia, encierra tan sólo un criterio de atribución competencial, pero no impone que esa última resolución, en atención a su fecha, sea la que inspire la procedencia o improcedencia de la acumulación interesada ".

Siendo así, y sin examinar en este momento los criterios y la decisión adoptada con respecto a la acumulación relativa a la ejecutoria 415/2004 del propio Juzgado de lo Penal, lo cierto es que debió la Juez entrar a decidir también sobre la posible acumulación entre sí por bloques de las restantes ejecutorias. Es factible que esto ya haya sido realizado en su día y que ya no quepa operar por tanto con respecto a las restantes condenas. Sin embargo,

en el caso de que así fuera debió especificarlo de forma expresa y concluyente en el auto impugnado, describiendo las acumulaciones precedentes y la imposibilidad por tanto de que se aplique en esos casos una refundición por bloques que ya habría sido tramitada y decidida en su momento. Pues la defensa del penado solicitó la acumulación de todas ellas, y esa petición obligaba a darle una respuesta completa, y no sólo referida a la ejecutoria tramitada en el Juzgado de lo Penal con respecto a las precedentes». (F. J. 1º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Heterogeneidad de la pena de prisión sustituida por expulsión.

Recurso: Casación nº 11357/2009

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 521/2010 de fecha 26/05/2010

«Al amparo del art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado infracción del art. 76 Cpenal en relación con el art. 25 CE. Ello por entender que no está justificada la exclusión de la acumulación de la pena de prisión de tres años, por la que se sigue Ejecutoria 254/2000 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón, sólo por el hecho de que la misma hubiera sido sustituida por la expulsión del territorio nacional, que se encuentra pendiente de ejecución.

El recurrente dice, en apoyo de la impugnación, que el hecho de hallarse en prisión desde 1999 le genera indefensión; que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión no debería ser un obstáculo para lo que insta; y que esta última, acordada por auto de 22 de diciembre de 2000 no ha sido ejecutada y tendría que considerarse prescrita.

El Fiscal en su informe pone de relieve que por la fecha de realización de las acciones perseguidas y la de las sentencias, todas aquéllas podrían haber sido enjuiciadas conjuntamente, a tenor de lo que dispone el art. 76 Cpenal; que la naturaleza de la pena no impide la refundición. Y que, de producirse la refundición de la pena sustituida y llegarse al límite de cumplimiento resultante, la eventual ulterior expulsión daría lugar a una duplicidad de sanciones.

Pero ninguno de los argumentos puede tener el alcance que se pretende. En efecto, que la pena de expulsión no haya sido ejecutada tiene que ver con el dato de que el penado se halla en situación de cumplimiento de otras condenas. Y lo cierto es que, en virtud del auto citado, la afectada por la sustitución realmente ha cambiado de naturaleza. Por eso, su radical heterogeneidad respecto de las restantes de prisión objeto de refundición, hace imposible la inclusión en ésta». (F. J. Único)

AGRAVANTES. Abuso de superioridad.

Recurso: Casación nº 10485/2009 P

Ponente: Sr. García Pérez
Sentencia: nº 1350/2009 de fecha 10/12/2009

«La doctrina de esta Sala reputa la circunstancia de abuso de superioridad como una alevosía menor o de segundo grado y señala, para la concurrencia de tal agravante, los siguientes requisitos sentencia sede 30/2/2006 y 14/9/2006, TS-:

- a) Desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora.**
- b) Disminución de las posibilidades de defensa.**
- c) Aprovechamiento por el agresor del desequilibrio de fuerzas.**
- d) Que la superioridad no sea inherente al tipo delictivo.**

e) No puede dejar de sospecharse que esos elementos concurrieran en el caso enjuiciado; pero la sospecha no puede justificar la apreciación de una circunstancia agravante, que ha de estar tan acreditada como el hecho nuclear.

En el factum no se abarcan precisiones sobre cómo se desarrolló la conducta letal, más allá, insistamos, que para aseverar el dolo eventual. Y, consiguientemente, no cupo apreciar la concurrencia de la agravante que nos ocupa». (F. J. 13º)

AGRAVANTES. Agravante ideológica.

Recurso: Casación nº 11387/2009 P
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 360/2010 de fecha 22/04/2010

«La inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1.995 respondió, según la Exposición de Motivos de la L.O. 4/95, a que "la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella", no habiendo España "permanecido ajena al despertar de este fenómeno". En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4ª del art. 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos.

El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional "contra el racismo antiespañol"; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos "Sieg Heil", de acentuada

tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Carlos, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra "guarros" para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de Carlos, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Josué contra Carlos Javier, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando "serenamente" la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal». (F. J. 8º)

AGRAVANTES. Disfraz.

Recurso: Casación nº 10132/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1113/2009 de fecha 10/11/2009

«..La jurisprudencia de esta Sala exige tres requisitos para la apreciación de esta agravante (entre otras STS 1001/2009, de 1 de octubre):

1º Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona.

2º. Subjetivo, o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades (o en menos ocasiones, para una mayor facilidad).

3º. Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a estos efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS 1264/1998, de 20.10, 939/2004, de 12.7).

Aunque la jurisprudencia no se haya pronunciado de modo concluyente acerca de que quien ha de utilizar tales medios impeditivos de la identificación sea el propio autor del delito, resulta de la propia configuración histórica de esta agravación y del significado gramatical de disfraz (artificio que se utilizar para desfigurar algo y que no se conozca). Es cierto que lo mismo da que el agresor se tape la cara, o que, por el contrario, le cubra el rostro a la víctima, a efectos de no ser reconocido o identificado por ella, particularmente cuando no hay nadie más. Pero este mecanismo, más que un propio disfraz, resulta un procedimiento que opera exclusivamente sobre la víctima, pero no sobre los terceros que puedan eventualmente ser testigos de la ejecución del hecho. Al no estar incluida esta genérica agravación como tal en nuestro Código, no puede interpretarse extensivamente esta agravante de disfraz, fuera de sus contornos históricos, que pueden comprobarse con la Sentencia de esta Sala, de 25 de octubre de 1962, en

donde ya se declaraba que existe disfraz siempre que el culpable se vale de cualquier artificio para desfigurar sus rasgos característicos, evitando con ello el reconocimiento de su persona». (F. J. 3º)

AGRAVANTES. Ensañamiento. No concurre.

Recurso: Casación nº 11118/2009 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 600/2010 de fecha 16/06/2010

«El art. 22.5 del CP describe la agravante de ensañamiento como el hecho de "...aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". De acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes, sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona. Esta idea aparece claramente reflejada en la STS 589/2004, 6 de mayo, cuando proclama la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera "...saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento". También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre, en la que se afirma que la agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido. En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, someténdola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

La STS 713/2008, 13 de noviembre, analiza un supuesto muy similar al que ahora es sometido a nuestra consideración. En aquel caso, la acción enjuiciada era la de un acusado que, portando un martillo tipo "encofrador", asestó repetidos golpes, hasta un total de quince, en la región frontal, región nasal, región malar izquierda, región de la sien izquierda y región parietal izquierda de la víctima, ataque que no le produjo la muerte instantánea, causándole, durante un espacio indeterminado, la agonía hasta su expiración. En el supuesto entonces enjuiciado, esta misma Sala rechazó la

conurrencia de la agravante de ensañamiento recordando, desde el punto de vista de su estructura, que su apreciación exige dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1554/2003, 19 de noviembre); elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso (STS 2523/2001, 20 de diciembre).

Volcando este cuerpo de doctrina sobre la acción que el Tribunal del Jurado imputó a Juan Carmelo S., la estimación del motivo se hace obligada. En el factum, es cierto, se señala que cuando la víctima, Brian D., llamó a la puerta del acusado, éste "...se dirigió a la puerta con el martillo en la mano y nada más entrar Brian en el domicilio, de forma inmediata y guiado por la intención de acabar con la vida del mismo, sin mediar palabra, comenzó a propinarle con una violencia desmedida una serie continua de golpes, un mínimo de diez veces, en la cabeza que le ocasionaron la muerte".

En este fragmento, como puede apreciarse, no se menciona otro propósito en el acusado que el de acabar con la vida de Brian D., aludiéndose a una serie continua de golpes, al menos diez, que fueron ejecutados con "...violencia desmedida". El carácter desmedido de la violencia, por más que ésta pueda calificarse, en su genuina significación gramatical, como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido de la agravación prevista en el art. 22.5 del CP, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum ni, por supuesto, puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos». (F. J. 2º.1)

AGRAVANTES. Reincidencia. Cancelación de pena accesoria.

**Recurso: Casación nº 11067/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 406/2010 de fecha 11/05/2010**

«Plantea El Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación para sostener la tesis de la vigencia del antecedente el argumento que de junto a la pena privativa de libertad le fue impuesta también una pena accesoria (suspensión del derecho de sufragio pasivo) que no puede cumplirse cautelarmente sino que su cumplimiento empieza desde la firmeza de la sentencia, y que ha de operar a efectos de fijar el dies "a quo" del computo de los plazos de cancelación, y desde ese prisma el antecedente penal no podía ser cancelable necesariamente en marzo de 2006.

La cuestión es discutible doctrinalmente, pero en principio siendo la pena privativa de derechos impuesta accesoria de la privativa de libertad debe seguir el mismo régimen que ésta, en cuanto que su imposición depende de ella tanto en lo relativo a la posibilidad de suspensión de su

ejecución como en las incidencias que se planteen en su cumplimiento, incluyendo la cancelación del antecedente penal.

En efecto, las penas accesorias desempeñan sus funciones no individualmente sino como parte integrante de una respuesta más amplia, complementando la pena principal, cuyos efectos agravan, siendo su duración idéntica a la principal. Por tanto esta concepción de las penas accesorias como penas dependientes de la principal a la que acompañan, determina que ambas permanezcan unidas desde su imposición hasta su completa ejecución.

En este sentido el Tribunal Constitución en casos de solicitud de suspensión del inicio de la ejecución de penas privativas de libertad extiende la suspensión a la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pues conforme a nuestra jurisprudencia las penas accesorias han de seguir la misma suerte que la principal (AATC. 131/2001 de 22.5, 408/2005 de 21.11, 266/2008 de 11.9).

Consecuentemente el motivo debe merecer favorable acogida, pues ante esas constatadas imprecisiones, toda duda debe resolverse a favor del reo (STS. 691/96 de 15.10) no resultando procedente la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, lo que no impide tener en cuenta aquellos antecedentes penales como un factor de individualización» (F. J. 8º)

AGRESIÓN SEXUAL. Delito continuado.

Recurso: Casación nº 1116/2009 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 398/2010 de fecha 19/04/2010

«..En el “factum” de la sentencia, intangible a los efectos de este motivo de impugnación por infracción de ley, constan dos episodios de hechos claramente diferenciables, que se hallan separados por el periodo de tiempo señalado (unas dos horas y media). De modo que si bien se cumplimenta el requisito objetivo de la unidad espacial para configurar lo que se entiende como una unidad natural de acción, ya no puede establecerse con la misma claridad que se dé el supuesto objetivo de la estrechez o inmediatez temporal de que habla la jurisprudencia para engarzar normativamente lo que son dos episodios fácticos en uno solo a los efectos de operar con el concepto de unidad natural de acción. El tiempo de intervalo de dos horas o de dos horas y media cuestiona en gran medida la unidad de acción que, como criterio normativo, permitiría unificar los que son dos actos —más bien dos conjuntos de actos— desde una perspectiva naturalística o fenomenológica en uno solo.

Sin embargo, aunque aplicáramos con cierta flexibilidad y laxitud, como se ha hecho en ocasiones, el requisito de la estrechez o inmediatez temporal y estimáramos que concurre en el presente caso a pesar de haber

transcurrido más de dos horas entre los actos del primer episodio y los del segundo, no podría hacerse lo mismo con respecto a la apreciación del elemento subjetivo del dolo a los efectos de aplicar la unidad natural de acción para condenar por un solo delito de agresión sexual sin continuidad delictiva.

En efecto, el hecho relevante de que el acusado después de quedarse dormido durante más de dos horas reiniciara su conducta de agresión sexual contra la denunciante, nos obliga a hablar de un dolo renovado en su comportamiento delictivo. De modo que perpetró el segundo episodio de actos sexuales con una voluntad renovada de agredir sexualmente a la víctima y menoscabar el bien jurídico que tutela la norma penal. Ello impide integrar estos actos del segundo episodio en los del primero por medio del criterio de una unidad natural de acción, ya que no sólo se trataría de entrelazar o unificar lo que naturalísticamente es claramente plural, sino de fusionar dos episodios conductuales que constan ejecutados merced a decisiones subjetivas claramente discernibles y que han de atribuirse separadamente a cada grupo o conjunto de actos, sin que pueda por consiguiente apreciarse un único dolo extensible a todos los actos sexuales perpetrados por el acusado en la fecha de los hechos. Y es que el componente de normatividad que alberga el concepto de unidad natural de acción no tiene un margen de operatividad suficiente para unificar o fusionar dos voluntades o decisiones delictivas que presentan una autonomía propia a la hora de ejecutar los dos episodios. De modo que cada uno de ellos sí ha de ser comprendido como una unidad natural de acción, pero no ambos conjuntamente, que es lo que sostiene erróneamente la tesis de la defensa. La progresividad propia de la unidad natural de acción ha quedado, pues, fragmentada en este caso.

Por lo demás, si examinamos detenidamente el supuesto comprendido en la sentencia que integra el núcleo argumental del recurso (STS 1302/2006, de 18 de diciembre), se comprueba que en ella se describen unos hechos que no concuerdan con los que ahora nos ocupan en lo referente a la espinosa cuestión del concepto de la unidad natural de acción y a su complejo deslinde de la figura del delito continuado. Pues en la sentencia citada por la defensa las dos acciones sexuales tienen lugar casi de forma inmediata: una dentro de un vehículo y la otra a continuación en la playa situada en las proximidades del lugar en que se hallaba aparcado el coche. Ni parece transcurrir tanto tiempo entre un episodio y otro como en el caso que ahora se enjuicia, ni, sobre todo, concurre un intervalo de un periodo de sueño de más de dos horas que volatiliza y secciona o fragmenta el elemento subjetivo del delito, obligando a renovarlo una vez que el acusado se despierta, que es lo que sucedió en el presente caso.

El dolo propio de la continuidad delictiva es el que concurre en el acusado, pues lo que realmente hace es aprovechar en una segunda ocasión la situación violenta creada y el temor generado con anterioridad en la víctima. De modo que cuando se despierta, transcurridas más de dos horas desde los actos sexuales anteriores, inicia una nueva actividad delictiva movido por una renovada voluntad o decisión criminal, acción voluntaria que

no puede aglutinarse a través de una unidad natural de acción con los actos delictivos anteriores, ya que se trata de dos voluntades o decisiones claramente discernibles y autónomas, aunque en los dos casos se aproveche del clima de violencia generado. Las dos manifestaciones volitivas evidenciadas impiden, pues, hablar de un delito único con pluralidad de actos, debiendo acudirse por tanto a la figura del delito continuado, que se distingue por la pluralidad de decisiones volitivas de carácter delictivo pero realizadas con motivo de aprovechar una misma ocasión en un mismo contexto espacio-temporal». (F. J. 2º)

ALZAMIENTO DE BIENES. Elementos objetivos y subjetivos del delito.

Recurso: Casación nº 73/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 984/2009 de fecha 08/10/2009

«...en el presente caso el hecho de que el acusado destinara el dinero a efectuar pagos que todo indica que estaban directamente relacionados con deudas de la empresa excluiría la aplicación del tipo penal, máxime cuando las dos cantidades que se refieren en el relato fáctico como indicios objetivos de la conducta defraudatoria (30.000 y 44.000 euros) eran dos anticipos destinados a iniciar dos obras concretas de dos clientes, tal como se reseña en la propia narración de hechos.

... porque al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado.

La aplicación del art. 257.1.2º del C. Penal en esos casos resulta de difícil justificación debido a la irrelevancia del menoscabo del bien jurídico que protege el delito de alzamiento de bienes. La aplicación del tipo penal sólo cabría justificarla mediante el encumbramiento de otro bien jurídico complementario que legitimara la aplicación del precepto nutriéndolo de una nueva antijuridicidad. Podría hablarse entonces de una posible protección de la administración de justicia, al promoverse la eficacia de los juicios de ejecución y de apremio. Ello implicaría, sin embargo, una interpretación de la norma excesivamente amplia, pues se volatizaría de modo sustancial la tutela del bien jurídico protegido en el capítulo de las insolvencias punibles

para extender la aplicación del precepto a supuestos que deberían incardinarse en otros títulos del texto penal.

De otra parte, el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, sólo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, a contrario sensu, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas.

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2º cuando se refiere a un procedimiento “iniciado o de previsible iniciación”. El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos de previsible reclamación en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho penal a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente insolventado con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Desde la perspectiva, pues, del elemento objetivo del tipo penal, al no constatarse en este caso que el acusado estuviera ocultando o evadiendo el patrimonio para generar insolvencia en perjuicio de los acreedores, no cabe apreciar el delito de alzamiento de bienes. Los indicios claros de insolvencia previa del acusado, el origen de las dos cantidades reseñadas en la sentencia de instancia y los movimientos bancarios posteriores al ingreso de los 30.000 euros impiden hablar de una maniobra de ocultación o de evasión por parte del ahora recurrente. Y es que no consta que su conducta incrementara realmente la situación previa de insolvencia patrimonial del acusado. Sólo debe, por tanto, hablarse del mero pago preferente de unas deudas con respecto a otras.

2. En otro orden de cosas, y en lo que atañe a los elementos subjetivos del delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión “en perjuicio de sus acreedores” que contiene el texto del art. 257 del C. Penal ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS 2068/2001, de 8-11; 440/2002, de 13-3; 1716/2003, de 17-12; 7/2005, de 17-1; 1522/2005, de 20-12; 1117/2007, de 28-11; 538/2008, de 1-9; 372/2009, de 8-4; y 557/2009, de 8-4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptuado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS 667/2002, de 15-4; 974/2002, de 27-5; 590/2006, de 29-5; y 557/2009, de 8-4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del

mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2; 944/2004, de 23-7; 1564/2005, de 4-1; y 234/2005, de 24-2).

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de dolo que se requiera para la aplicación del tipo penal, lo cierto es que aquí concurren datos objetivos que convierten en plausible la versión del acusado de que su conducta pretendía únicamente abonar unas deudas que tenía con otros acreedores y atender al destino de unos anticipos dinerarios aportados por dos clientes que tenían como objetivo el inicio de unas obras concretas en sus viviendas. No debe olvidarse, además, que la exclusión del elemento objetivo del tipo penal impide, tal como ya se anticipó, apreciar el delito y construir una inferencia evidenciadora del elemento subjetivo del tipo, independientemente de cuál fuera el móvil o fin último con que actuara el acusado.

La doctrina mayoritaria viene considerando, ciertamente, que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto típico, elemento que, a tenor de lo que se ha argumentado con respecto a las connotaciones de la conducta externa del acusado, no parece de fácil apreciación en el supuesto que se enjuicia. Pues, aunque el acusado pudiera perjudicar a algunos acreedores al posponerlos a otros a la hora de abonar las deudas y actuara con conocimiento de ello, ésta no es la clase de perjuicio que tutela el tipo penal aplicable en el presente caso, ya que el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolventarse en perjuicio de los acreedores, y no la mera distribución del orden de pago de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad.

En consecuencia, ha de entenderse que no se dan los elementos del tipo penal y por tanto debe estimarse el recurso de casación y anularse la sentencia impugnada, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.)». (F. J. 4º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal. Diferencia con delito societario.

Recurso: Casación nº 741/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1181/2009 de fecha 18/11/2009

«..Es claro que la posible colisión se produciría en su caso:

a) entre la modalidad distractiva de la apropiación indebida. Debe excluirse la apropiación en sentido estricto, en cuanto delito contra la propiedad, y la negación de haber recibido una cosa con pretensión de hacerla propia.

b) la modalidad dispositiva del art. 295 C.Penal.

Cuando el administrador de una sociedad toma para sí bienes de la misma para hacerlos propios o para un tercero o los desvía sin retorno, cometerá, aunque sea administrador social el delito de apropiación indebida, pues de no ser así se estaría privilegiando la apropiación pura y simple de los bienes de sociedades frente a otros patrimonios individuales, reconducible al art. 252, que permite, en términos generales, imponer pena superior lo que evidentemente constituiría un absurdo.

Consecuentemente podemos dejar sentado que:

a) en la apropiación indebida (art. 252) sólo se incluyen los supuestos de administración desleal o fraudulenta que suponen actos de apropiación y en el art. 295 todos aquéllos que suponen un simple uso dominical abusivo del que se deriva un perjuicio para el patrimonio administrado. Así pues, en la apropiación indebida el acusado sin título o justificación se apropia de los bienes, en la administración desleal el sujeto activo realiza una actividad legal o amparada formalmente por la ley, pero con perjuicio de los socios o terceros interesados.

b) ello hace que ambos preceptos tengan un campo de acción distinto recíprocamente excluyente.

5. De la tajante separación o distinción entre la denominada distracción indebida (administración desleal, como modalidad apropiativa) y la administración desleal societaria, se ha hecho eco la doctrina más cualificada que redundando en esa línea jurisprudencial que viene cimentándose en esta Sala a partir de la sentencia nº 915 de 11 de julio de 2005, aunque con altibajos o resoluciones discrepantes que nos hablan del solapamiento o coincidencia parcial en algún aspecto conductual común de ambos tipos (Cfr. SSTs. nº 1362 de 23-11-2005; nº 769 de 7-6-2006 y nº 279 de 11-4-2007. Pero lo cierto y verdad es que se está imponiendo la orientación que aboga por la nítida separación entre las dos figuras delictivas y muestra de ello son las SSTs. nº 841 de 17-7-2006, nº 565 de 21-6-2007 y nº 9 de 26-1-2009.

En sintonía con la doctrina de la separación normativa que acepta este Tribunal, se ha dicho que "en la apropiación indebida la acción típica es la apropiación o la distracción como ejercicio de hecho de un poder de disposición no amparado jurídicamente y en ello estriba el desvalor y su antijuricidad material como lesión del bien jurídico de la propiedad ajena. En la administración desleal en cambio la acción típica es el ejercicio jurídico de una facultad legalmente amparada en la esfera contractual o en la dispositiva,

pero con abuso en su ejercicio por dirigirlo a la satisfacción de intereses ajenos a la sociedad con perjuicio para los de ésta".

"Consiguientemente el administrador que dispone para sí o para tercero de lo que no puede disponer comete una indebida apropiación (art. 252 C.P.). El administrador que dispone de lo que puede disponer, pero lo hace intencionadamente en términos desventajosos para la sociedad administrada y ventajosos para intereses -propios o ajenos pero no de la sociedad- distintos al fin único que debe orientar su acción administradora, que es el de la sociedad que administra, comete delito de administración desleal societaria (art. 295 C.P.)"». (F. J. 12º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Delito continuado y especial gravedad. Acuerdos del Pleno.

Recurso: Casación nº 29/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 973/2009 de fecha 06/10/2009

«2. Esta Sala ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado (art. 74.2 del C. Penal) con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6º), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros, aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio non bis in idem. La razón es clara, dice este Tribunal: el delito continuado es más grave que el delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consiguientemente, si cada uno de los actos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no pueda quedar sin contenido. Además, se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en la STS de 2036/2001, 6-11, que ha sido ratificada después en las SSTS 1236/2002, 27-6; 155/2003, 7-2; 1111/2003, 22-7; 605/2005, 11-5; 700/2006, 27-6; y 416/2007, 23-5, entre otras).

En cambio, se deniega la aplicación conjunta del delito continuado con la agravación por razón de la cuantía defraudada en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta continuada defraudatoria alcanza la cifra de 36.000 euros, aunque sumadas todas ellas sí la rebasen. Cuando se da esta situación este Tribunal considera que se está ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal. Pues si se aplicaran conjuntamente ambas agravaciones se vulneraría el principio non bis in idem, en cuanto que la reiteración de los hechos ilícitos integrantes del delito continuado acabaría operando también como base fáctica agravatoria para sustentar el subtipo de especial valor de la suma defraudada.

En esa tesitura la jurisprudencia venía resolviendo generalmente el concurso de normas aplicando sólo el subtipo agravado del art. 250.1.6º, con arreglo al principio de especialidad o sin que se expresara argumento alguno (SSTS 1017/1999, 16-6; 232/2005, 24-2; 1280/2006, 28-12; y 123/2007, de 20-2). Si bien en algunos casos se aplicaba el tipo básico del delito continuado y quedaba desplazado el subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal (SSTS 276/2005, 2-3; 356/2005, 21-3; y 1155/2006, 20-11).

A partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007 se adoptó 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 del art. 74-1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en la sentencia 662/2008, de 14 de octubre, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1-6º y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2.

En la nueva jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1-6º, pero sí lo fueran globalmente consideradas, en los delitos patrimoniales, según el Acuerdo del referido Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre 2007, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Ese Acuerdo lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1-6º dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 36.000 euros, en conjunto superan esa cifra. Ahora bien, no se aplicará el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.6º y no la del art. 249 del C. Penal; en cambio, sí operará el apartado 1 del art. 74 cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; y 662/2008, de 14-10)». (F. J. 6º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Diferencia con el delito societario.

Recurso: Casación nº 1656/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 434/2010 de fecha 04/05/2010

«...cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal

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

La solución es, como dijimos, difícil y parte de la escasa fortuna en la redacción de preceptos. En este supuesto no plantea mayores problemas que el de la consideración que la propia Sala realiza, un cooperador en la acción de apreciación de coacusado». (F. J. 13º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero. No concurre.

Recurso: Casación nº 2094/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 249/2010 de fecha 18/03/2010

«..Limitada la condena del recurrente al delito de apropiación indebida, conviene recordar algunas líneas esenciales de la doctrina que la Jurisprudencia ha venido indicado como delimitadoras de ese tipo delictivo en la modalidad denominada de distracción del dinero percibido por el autor.

Se trata de una modalidad típica, prevista en el art. 252 del Código Penal, en la que el comportamiento consiste en disponer de bienes que integran un patrimonio ajeno en perjuicio del titular de éste. El autor tiene atribuidas facultades de gestión de dicho patrimonio, derivadas de una relación en virtud de la cual surge en el autor la obligación de dar a lo recibido un fin determinado. Lo recibido puede venir constituido por dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

Por otro lado el elemento subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a la entrega del dinero a quien se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero (Sentencias del TS de 9 de octubre de 2009, 27 de Enero del 2009 y 20 de noviembre de 2008).

Pero ha de resultar un perjuicio para ese destinatario de la cosa, que lo era conforme a lo pactado y a la relación jurídica de la que procede la recepción de la cosa.

También hemos señalado la diferencia de esta modalidad respecto de la de apropiación por el autor de lo que le fue entregado por título que exige su devolución. En tales supuestos la obligación de devolver o entregar, ya no puede referirse a lo mismo que se recibe que pasa a la propiedad del autor del delito receptor de dicho objeto, salvo excepciones. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio, -puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada-, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto. (Sentencias núm. 782/2008 de 20 de noviembre, y nº 162/2008 de 6 de mayo).

Desde otra perspectiva también difiere esta figura de la administración desleal en lo que concierne al modo en que ocurre el tránsito de la legítima posesión a la ilicitud del acto de distracción. Aquí el autor excede los poderes que se le habían otorgado para disponer de dinero del patrimonio administrado, produciendo de esa manera un perjuicio patrimonial a éste (Sentencia nº 221/2008 de 9 de mayo).

Cuando se trata de los supuestos en los que la entrega del dinero tiene por finalidad la adquisición de una vivienda, todavía en fase de promoción o en construcción, también hemos dicho que incluso después de la derogación de la Ley 57/68, la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor pueden ser objeto de la alternativa típica de la distracción de dinero del art. 252 Código Penal (STS de 29 de Abril del 2008 y 2 de diciembre de 2009).

Es verdad, como hemos dicho en nuestras Sentencias núm. 145/2006, de 20 febrero y núm. 886/2003, de 20 junio que "...El Código Penal vigente, ha derogado, de forma expresa, el artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. El precepto indicado, con una técnica inadmisibles, consideraba la no devolución de las cantidades, como un delito de apropiación indebida, estableciendo un criterio automático, que repugna al principio de culpabilidad. En todo caso, conviene destacar, que el artículo, expresamente derogado, sólo hacía entrar en juego las disposiciones penales, en el supuesto de la no devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas, dejando al margen del derecho punitivo los casos, en que se había terminado gran parte de la construcción y no se ha producido la apropiación de la totalidad de las cantidades recibidas, habiéndose invertido en gran parte, en lo previamente convenido y pactado." (F. J. 2º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Elementos del tipo.

Recurso: Casación nº 29/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 973/2009 de fecha 06/10/2009

«..En el supuesto que ahora se juzga ha quedado fehacientemente probado que la acusada dio al dinero de un número importante de clientes de la sociedad gestora un destino distinto al estipulado. Pues, de una parte, sometió el importe depositado a operaciones de "intradía" de alto riesgo sin autorización específica de los interesados, y cuando se produjo el descubierto acudió a disponer indebidamente del dinero de otros clientes con el fin de cubrir el negativo de las cuentas de los que habían resultado previamente perjudicados.

Se dan por tanto las condiciones fácticas que integran el elemento objetivo del delito de apropiación indebida con respecto a la modalidad de distraer: no darle el destino pactado al dinero recibido de los clientes, a quienes acabó irrogando un perjuicio en su patrimonio. Sin que sea preciso que el dinero quede incorporado definitivamente al patrimonio de la acusada para que la distracción punible se produzca.

La recurrente alega en su defensa que no tenía el ánimo de distraer de forma definitiva el dinero de los clientes, pues se trataba de traspasos meramente temporales o transitorios, o al menos con esa finalidad se realizaron. Y cita para apoyar su argumentación la STS 374/2008, de 24 de junio.

En esa sentencia se dice que para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales (SSTS. 513/2007 de 19.6, 938/98 de 8.7). No basta pues, con la distracción orientada a

un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesario la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia” (STS. 11.7.2005)”.

Esa cita jurisprudencial es correcta. Sin embargo, su traslación al presente caso no se considera pertinente. En efecto, aquí el destino del dinero a un uso distinto no puede considerarse con un grado de provisionalidad que permita concluir que la acusada dispuso sólo de forma puntual del dinero de los clientes, por un tiempo ínfimo y con una perspectiva de fácil o próxima devolución. Por el contrario, la forma de generar los descubiertos y de solventarlos, y la perspectiva de que se trataba de una forma de operar que era muy probable que acabara generando perjuicios patrimoniales para los clientes impide afirmar que se trataba de una disposición contra la estipulado sin vocación de permanencia.

A este respecto, en la misma sentencia de 28 de junio de 2008 que cita la recurrente también se argumenta que el tipo subjetivo requiere que “el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada”. Y asimismo se dice que únicamente se aceptaría la existencia de dolo “cuando pudiera constatarse que el autor se plantea el resultado de la apropiación como meta directa de su actuación, o cuando menos como una consecuencia accesoria no improbable (dolo eventual)”.

Al aplicar los criterios precedentes al caso enjuiciado, resulta claro que la acusada sabía que las operaciones que realizaba tenían como consecuencia muy probable un punto de no retorno, como así fue, y pese a ello prosiguió realizándolas, asumiendo de ese modo un probable perjuicio económico que sólo puede atribuirse a su comportamiento ilícito contrario a lo convenido con los sujetos inversores.

Se rechaza, en consecuencia, este segundo motivo de impugnación».
(F. J. 3º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Requisitos: obrar con abuso de funciones.

Recurso: Casación nº 1488/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 91/2010 de fecha 15/02/2010

«c) Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación. En efecto, sin información a sus socios, y un día antes de su cese, el acusado incuestionablemente abusa de sus funciones, despatrimonializando la sociedad en ese activo que corresponde a la sociedad, aspecto éste en donde se traduce ese “abuso”, que significa una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador para con la sociedad representada y los socios. No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que con dos cosas distintas. El abuso ha

de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales. La actuación –en este caso– sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspasa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos». (F. J. 2º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Subtipo agravado de abuso de relaciones personales o aprovechamiento de credibilidad. No concurre.

Recurso: Casación nº 711/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1167/2009 de fecha 28/10/2009

«...No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de un motivo por infracción de ley que alcanza también la aplicación del subtipo agravado de abuso de relaciones personales o aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, del artículo 250.1.7º C.P., que acoge la Audiencia a instancia de la acusación particular, debemos señalar que en relación con este subtipo la subsunción no es correcta, lo que apoya el Ministerio Fiscal, pues la mera "constitución de una sociedad y la apertura de un local abierto al público y el inmediato cierre por el cese de administradora " no es suficiente para desbordar el tipo básico y aplicar el agravado definido más arriba.

A este respecto, la reciente S.T.S. 813/09, con cita profusa de nuestra Jurisprudencia precedente, recuerda que 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).

En el caso, no se contempla que la relación de confianza exceda la genérica que conlleva el tipo básico de la apropiación indebida, la que es consecuencia del establecimiento abierto al público, y desde luego la posterior conducta del sujeto activo del delito no es relevante para la consumación del subtipo agravado, es decir, falta el "plus" exigible en estos casos que hubiese determinado una cierta relajación de las pautas normales del comportamiento de los sujetos pasivos en relación con el negocio de que se trate». (F. J. 2º)

ATENUANTE ANALÓGICA. Dilaciones indebidas: inicio del cómputo del tiempo.

**Recurso: Casación nº 397/2009
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 1045/2009 de fecha 04/11/2009**

«...En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España)». (F. J. 9º)

ATENUANTES. Arrebato y obcecación (art. 21.3 CP).

**Recurso: Casación nº 1444/2009
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 339/2010 de fecha 09/04/2010**

«...En la STS 4337/2008, 10 de julio, decíamos que la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en los que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se

ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre, la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de «estado pasional», que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de «arrebato» u «obcecación». El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebato como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS 1237/19992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

Ahora bien, tal atenuante será incompatible con aquellas situaciones en que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado son consustanciales al desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras crisparse los ánimos, las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos, presos del calor y de la tensión, avivados por la defensa de sus respectivas posiciones, inmersos en la descompostura, continúan por acometerse mutuamente, agredándose con intensidad. Y en ese estadio de ofuscación, naturalmente concurrente en toda riña, no puede apreciarse la circunstancias atenuante de arrebato, como ha declarado esta Sala con reiteración, al no poderse privilegiar el dar rienda suelta a las pasiones, ni menos -como ocurre en este caso- que fruto de tal situación el acusado acometa a su víctima y con una piedra le golpee el rostro hasta producirle la pérdida del globo ocular». (F. J. 6º)

ATENUANTES. Confesión, en delito flagrante.

Recurso: Casación nº 1519/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 609/2010 de fecha 24/06/2010

«Como dijimos en I STS 942/2009, de 23 de septiembre, conviene tener presente que, por más elasticidad conceptual que quiera atribuirse a aquella atenuante (art. 21.4 del Código penal) es evidente que la simple confesión de un hecho delictivo, apreciado en su flagrancia por las fuerzas policiales que efectúan el seguimiento del sospechoso, y procedente de quien acaba de ser sorprendido en el momento de la ofensa al bien jurídico, no justifica, por sí solo, ningún tratamiento privilegiado (STS 73/2009, 29 de enero). Además, no existe razón de política criminal, decíamos en nuestra STS 527/2008, 31 de julio que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal. En el caso concreto de la causa la confesión ni es completa, pues trata de exonerar a otros imputados, ni es espontánea, en la medida en la que la sustancia ya había sido intervenida». (F. J. 11º)

ATENUANTES. Drogadicción: no opera cuando se trate de cantidades elevadas de droga.

Recurso: Casación nº 1002/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 507/2010 de fecha 21/05/2010

«El tercer motivo pretende la acreditación de la atenuante de drogadicción, cuando el recurrente es adicto a la cocaína y no a estas sustancias psicotrópicas –pastillas de MDMA–, y sobre todo, por razones de funcionalidad, pues no puede concederse la atenuante cuando el volumen del tráfico excede notoriamente de unas ventas orientadas a financiarse el consumo, pues, como hemos declarado en nuestra Sentencia 343/2003, de 7 de marzo, lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es su relación funcional con el delito, es decir, que incida como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho delictivo, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo, y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan continuar con sus costumbres e inclinaciones. Esa compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador, pues el delito se comete “a causa” de tal dependencia y para paliar los efectos de la misma en el organismo del sujeto activo del delito; sin embargo, este móvil está ausente en las grandes operaciones de narcotráfico, cuyo elemento determinante es el enriquecimiento, dados los beneficios que ordinariamente se obtienen a través de tan ilícita actividad, como es un hecho notorio. Obsérvese que el segundo párrafo del nuevo artículo 376 del Código penal (modificado por la LO 15/2003), descarta cualquier tipo de atenuación penológica consecuencia de la drogadicción cuando estamos en presencia de cantidades de notoria importancia o extrema gravedad, como es el caso». (F. J. 8º)

ATENUANTES. Reparación del daño (art. 21 CP.)

Recurso: Casación nº 675/2009

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1346/2009 de fecha 29/12/2009

«..Interesa el Ministerio Público, que no el recurrente, la aplicación de la atenuante analógica de reparación del daño del art. 21.5 C.P. en base al dato de que la acusada entregó al perjudicado 3.000 euros a la firma del acuerdo de rescisión del contrato de cesión de negocio.

La pretensión no puede ser acogida porque no habiendo sido solicitada por la acusada ante el Tribunal de instancia, tampoco lo ha sido por aquélla en este recurso de casación, lo que impide al Fiscal -parte recurrida- apoyar una pretensión no formulada por la recurrente ni promover la aplicación de la atenuante en cuestión al no ser parte recurrente, por lo que, en definitiva, carece de legitimidad activa para impugnar una sentencia que la acusación pública no ha recurrido.

Con independencia de lo dicho, y a mayor abundamiento, la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el CP anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el CP de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio.

Se trata de una atenuante -como la de confesión- que se fundamenta en la realización de un "actus contrarius" al delito cometido, lo que implica un reconocimiento "ex post facto" de la norma vulnerada por el acusado al realizar la acción delictiva, lo que disminuye la reprochabilidad de la

conducta por cuanto supone una suerte de retorno del delincuente al ámbito del orden jurídico.

Es importante destacar (véanse SS.T.S. de 4 de febrero de 2.000 y de 7 de diciembre de 2.002, entre otras), que el legislador emplea el término "reparación" en un sentido amplio más allá de la estricta significación del art. 110 C.P. que se refiere a una modalidad de la responsabilidad civil que tiene un indudable matiz jurídico-civilista, bien diferenciado de la responsabilidad penal sobre la que proyecta sus efectos la atenuante. Por ello mismo, lo que pretende esta circunstancia al incluirla el legislador en el catálogo de las atenuantes es incentivar la reparación de los efectos dañosos del delito y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción delictiva puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena.

Lo mismo que ocurre con la confesión, la apreciación de la atenuante de reparación o disminución del daño prescinde de toda exigencia subjetiva siendo suficiente con que la reparación o disminución del daño se produzca de manera efectiva y de acuerdo con las posibilidades y capacidad económica del autor de los hechos. La atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria, en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño.

También ha de subrayarse que cuando la reparación o disminución tiene un contenido económico, ésta debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 1 de julio). Pero, en todo caso, debe acreditarse que el delincuente ha hecho un esfuerzo, un sacrificio reparador aunque sea parcial para merecer la rebaja penológica». (F. J. 4º)

AUTORÍA. Administración de hecho. Delimitación de funciones a efectos de responsabilidad penal.

Recurso: Casación nº 519/2009

Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 606/2010 de fecha 25/06/2010

«...Forzoso resulta establecer algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho. Así no será obstáculo, para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito, los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

3.- A tal efecto será relevante la consideración de la concreta organización interna de la persona jurídica con la que se configura su específica estructura. Matizándola, en su caso, respecto de la de la empresa, de la que aquella persona jurídica es titular.

En esa perspectiva han de diferenciarse las previsiones legales y estatutarias que determinan la posición de quienes forman parte de los correspondientes Consejos de Administración o de otros órganos en los que también se integran administradores en sentido propio: Comisiones Ejecutivas o Delegadas, Consejero Delegado. Diversa es la posición de los Directivos. Incluso de los "altos" directivos.

En principio los que componen el Consejo son órganos de la persona jurídica. Los directivos lo son más exactamente de la empresa. De ahí que los ámbitos de incidencia de sus facultades sean diversos.

En el plano formal cabe hacer alguna precisión. Así los Directivos de la empresa, cualquiera que sea su nivel, son dependientes de los órganos de la persona jurídica. Vienen reglamentariamente definidos como el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad (RD 1382/1985).

Ello ha de traducirse en la forma de actuar las denominadas cláusulas de transferencia. Todos ellos extraneus, no devendrán intraneus sin atender a la jerarquía y al ámbito de la actividad en que se produzca el comportamiento típico.

El Director General, dependiente del Consejo u Órganos de Gobierno de la persona jurídica titular de la empresa, se superpone jerárquicamente a los demás directivos de la empresa sectoriales.

4.- Establecidas estas premisas nos corresponderá dilucidar, en relación al caso que juzgamos, si a los acusados se les transfirió la calidad exigida para ser posible autor criminalmente responsable del delito fiscal, especial propio, atribuido a la persona jurídica obligada tributaria.

Y conviene resaltar que no se trata de una actuación delictiva por sujetos horizontalmente "asociados", sino producido en el marco de una compleja organización en la que lo determinante es la competencia que dentro de la misma asume cada sujeto. Asunción que, no es inútil reiterar, no ha de examinarse desde la perspectiva formal organizativa, sino desde la material del efectivo ejercicio.

Como recordaba la Sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1974, por más que en delito diverso del fiscal, "...las clasificaciones laborales realizadas por normas reglamentarias de profesiones o actividades en que se deslinden los cometidos de los sujetos que actúan como directores, encargados, mandos intermedios, técnicos y obreros, tienen sus efectos puros dentro de las relaciones laborales públicas, pero son meramente indicativos en el orden criminal... porque ha de estarse no a lo que tales normas dispongan, sino a la efectiva realidad del hecho...".

La declaración de hechos probados que hemos recogido no hace indicación de ningún dato que autorice a entender que los cargos ostentados por los recurrentes impliquen la atribución de las funciones propias de un administrador de las sociedades, ni antes ni después de la fusión.

Menos aún, si cabe, en las áreas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones fiscales de dichas personas jurídicas.

Incluso puede estimarse que concurren motivos para excluir tal atribución.

Las personas jurídicas, titulares de las empresas de las que eran empleados los recurrentes, antes y después de la fusión, preveían en su organización, además del Consejo de Administración, una Comisión Ejecutiva y un Comité de Dirección. De la primera formaban parte miembros del Consejo de Administración. En la segunda se atribuía la presidencia a quien la ostentaba en el Consejo de Administración y se integraba a cargos directivos. Tal estructura refleja la inequívoca dependencia de éstos respecto del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva. Por lo que mal puede predicarse una equiparación en autonomía y atribuciones entre los administradores y los directivos». (F. J. 7º)

AUTORÍA. Coautoría. Complicidad omisiva.

Recurso: Casación nº 1798/2009
Ponente: Sr. Marchena Góñez
Sentencia: nº 314/2010 de fecha 07/04/2010

«..B) La queja del recurrente se extiende también a su condena como cómplice del delito cometido por el procesado rebelde, que habría actuado como verdadero autor material. Esa línea argumental, no dibujada con suficiente trazo en el motivo, da pie al Ministerio Fiscal para extender su informe a las razones técnicas que permitirían detectar un error del Tribunal de instancia al calificar la acción del acusado Mustapha como la propia de un cómplice por omisión cuando, en realidad, no era sino un verdadero coautor. El Fiscal, con un encomiable ejercicio de precisión técnica, concluye que ese desenfoque de la Sala al calificar como forma de participación lo que en realidad no era sino una forma de coautoría, no debe ser obstáculo para el mantenimiento de la condena, aun por el título participativo que de forma errónea han aplicado los Jueces de instancia.

Y tiene razón el Fiscal.

El razonamiento de la Sala al concluir que la conducta de Mustapha ha de ser reputada como una forma de complicidad omisiva, se basa en la idea de que la conducta de aquél implicó "...un comportamiento omisivo en el desarrollo de los hechos, pues en ningún momento realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico. [...] En efecto Mustapha desarrolla en todo momento un comportamiento pasivo y meramente expectante, que si bien no reunía las notas de relevancia y utilidad al no resultar imprescindible, ni necesario para la consumación delictiva, sí fue en cambio facilitador y favorecedor de la realización del hecho criminal. Mustapha con la aceptación de esa conducta generadora de riesgo y peligro para terceros, venía obligado a su vez a asegurar la no producción del daño. Ese <no impedir>, que como dice la jurisprudencia citada, es característico de la comisión omisiva, determina en este caso, que la participación del procesado quede subsumida en el grado de complicidad omisiva del art. 29 del Código Penal".

Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado.

Desde esta perspectiva, desde luego, mal podría hablarse de complicidad omisiva en la acción del recurrente, pues su participación está relacionada con un delito principal –el delito de incendio atribuido como autor material al otro procesado- que es un genuino delito de acción, en la medida en que lo que se está enjuiciado no es otra cosa que el incendio intencionado de una vivienda compartida. Y en la afectación del bien jurídico

el acusado tuvo un papel decisivo, pues el desencadenamiento del fuego fue el resultado de la decisión compartida entre ambos acusados. Es cierto que – como tantas veces ha expresado la jurisprudencia de esta Sala- el acuerdo previo no es suficiente para fundamentar la coautoría. Pero también lo es que, en el presente caso, como apunta el Fiscal, más que una participación omisiva en un delito de otro, lo que existió fue un acto común en el que ambos imputados, con absoluta independencia de las actuaciones concretas llevadas a cabo por cada uno, ejecutaron el hecho con pleno dominio funcional del hecho común.

Conviene insistir en que lo decisivo en la coautoría –en línea de lo que afirmábamos en la STS 434/2007, 16 de mayo- es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente.

En el presente caso, la existencia de ese proyecto criminal compartido, fluye con naturalidad del juicio histórico. Ambos toman la decisión de “...prender fuego a la vivienda” y ambos abandonan el inmueble en el momento de la propagación del fuego, “...mientras las llamas invadían todo el inmueble”.

La cuestión del grado de participación –afirmábamos en la STS 1169/1998, 14 de octubre- depende del valor concreto de la aportación del partícipe al hecho típico. En cada caso se debe decidir si dicha aportación tiene la significación requerida para atribuirle el dominio del hecho o no, es decir, para imputar al partícipe la totalidad del hecho. Esta valoración se orientará en el caso de la coautoría por criterios formulados en la doctrina reciente: a) el «dominio por la decisión», en los casos en los que el partícipe con su desistimiento determina el fracaso del plan delictivo; y b) el «dominio por configuración», en los que el dominio del partícipe se caracteriza por una aportación que otorga al hecho su especial configuración. En este último sentido se requiere para la coautoría una aportación, en el momento de la ejecución, que no sea de menor entidad que la de los otros partícipes.

Pese a todo, ningún error jurídico de trascendencia casacional habría cometido el Tribunal a quo al calificar la participación de Mustapha como la

que es propia de una complicidad omisiva. Como recuerda el Fiscal, la complicidad y la coautoría se encuentra en una relación de subsidiariedad expresa, de forma que el precepto subsidiario –la complicidad- sólo se aplica en defecto del precepto principal –la autoría-, de manera que toda autoría comporta una complicidad superada en el camino progresivo de la participación. Ello significaría que aunque el comportamiento estudiado fuese el propio de la autoría, la aplicación de la complicidad omisiva, tácitamente comprendida y superada por aquélla, no comportaría lesión alguna del derecho del recurrente, sino disfrute de un privilegiado trato de penalidad a tenor del alcance real de su participación en el hecho». (F. J. 4º)

AUTORÍA. Coautoría. Jurisprudencia sobre coautoría por dominio funcional del hecho.

Recurso: Casación nº 10501/2009 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1028/2009 de fecha 14/10/2009

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

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

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

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

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado.

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

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen». (F. J. 5º)

AUTORÍA. Complicidad en el tráfico de drogas.

Recurso: Casación nº 2649/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 518/2010 de fecha 17/05/2010

«En la sentencia 933/2009, de 1 de octubre, se define la complicidad delictiva en los siguientes términos: “Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoria referida al cómplice, definido en el art. 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores con quien -es obvio- comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, solo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución; el cómplice es ajeno al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial —SSTS 1277/2004, 1387/2004 ó 1371/2004 ó de 24 de marzo de 2005”—.

También se ha destacado en otras resoluciones que la colaboración del cómplice es fácilmente reemplazable y que tal aportación es, en sí misma, esporádica y de escasa consideración (STS 384/2009, de 13-4); y que ha de

tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia (STS 5/2009, de 8-1).

Y ya en el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en la referida sentencia de esta Sala 115/2010 la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor" (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (STS núm. 93/2005, de 31 de enero).

En la STS 1276/2009, de 21 de diciembre, se afirma que "respecto de la complicidad en sentido estricto, esta sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, la aplicación del art. 29 con la consiguiente rebaja de la pena en un grado prevista en el art. 63. Tal ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar"». (F. J. 3º)

AUTORÍA. Condena de cooperador necesario sin condena al autor. Principio de accesoriedad.

Recurso: Casación nº 10372/2009 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1394/2009 de fecha 25/01/2010

«..Entiende la defensa que Juan R. ha sido condenado en concepto de cooperador necesario del art. 28.2.b) del CP, es decir, como partícipe, en un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin que se haya condenado a persona alguna como autor del mencionado delito, vulnerándose con ello el principio de accesoriedad limitada, en virtud del cual la participación, tanto en calidad de cómplice, inducción o cooperación necesaria, es accesoria respecto del hecho del autor. En suma, no habiendo autor del delito, no puede haber, de ninguna de las maneras, partícipe en el mismo. La única persona que aparece en la sentencia acusada por el Ministerio Fiscal como autor –del art. 28.1 del CP- del delito de malversación de caudales públicos, es Eduardo G. M., quien ha resultado absuelto. El acusado de cooperación necesaria, en fin, tiene derecho a examinar y contradecir, en su caso, la tipicidad y la antijuridicidad que necesariamente

deberían concurrir en los hechos del inexistente autor y, sin los cuales, no se puede condenar al partícipe.

No tiene razón el recurrente.

La importancia que el principio de accesoriadad tiene en la dogmática mayoritaria y en la jurisprudencia de esta Sala, no necesita ser argumentada. De hecho, aquel principio ha llegado a ser considerado como una necesidad conceptual. Ello no debe ser obstáculo, sin embargo, para reconocer que no faltan propuestas dogmáticas minoritarias que explican la coparticipación sin necesidad de recurrir al principio de accesoriadad, argumentando que el partícipe realiza su propio injusto. Pese a todo, es cierto que esta Sala –en sintonía con la doctrina dominante–, ha convertido el principio de accesoriadad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente.

El principio de accesoriadad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriadad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriadad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes.

No ha habido infracción del art. 28.2.b) ni se han vulnerado los derechos de defensa y a un proceso justo. Como razona el Ministerio Fiscal, en el descriptivo relato de los hechos probados se expresan con claridad el conjunto de operaciones a través de las cuales se llevó a cabo por terceros la desviación de fondos municipales, así como la contribución aportada por el recurrente, quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por el fallecimiento de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables». (F. J. 5º)

AUTORÍA. Cooperación necesaria y complicidad. Diferencia.

Recurso: Casación nº 2277/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 435/2010 de fecha 03/05/2010

«...Según jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el derogado art. 14.3.º CP de 1973 y en el vigente art. 28 b) CP de 1995, cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se había cometido (teoría de la conditio sine

qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y más recientemente, Sentencia de 24 de abril de 2000. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio 1992).

En el caso sometido a nuestra consideración, aunque es indudable que la aportación de María Victoria C. C. contribuye a la realización del delito,

los actos que se relatan en el apartado 8 del factum no son determinantes sino coadyuvantes en la realización del ilícito, pues se ocupó de transmitir a los empleados de su chalet las instrucciones de Salvador S. C., relativas a que siguieran percibiendo cobros de los clientes durante el año 2003, así como de intervenir personal y decisivamente en su puesta en práctica, pero a renglón seguido se expone que su actividad consistió en realizar cobros y firmar recibos, y tal actividad, ni fue esencial, ni satisface las exigencias de las teorías de la cooperación necesaria, careciendo desde luego de dominio funcional del hecho, que se atribuye esencialmente a Salvador S. C., al punto de que la sentencia recurrida en trance de establecer cuotas indemnizatorias “en su relación interna”, lo hace asignando a éste el 70 por 100, y a María Victoria C.C., el 30 por 100.

Procederá, en consecuencia, la estimación de este reproche casacional, y la condena de María Victoria C. C. en concepto de cómplice. Individualizaremos la respuesta punitiva que la ha de corresponder, en la segunda sentencia que dictaremos a continuación de ésta». (F. J. 6º)

AUTORÍA. Participación omisiva en delitos de comisión por omisión (art. 11 CP).

Recurso: Casación nº 10339/2009 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«En la doctrina más moderna se considera que la delimitación de la autoría y de la participación resulta especialmente dificultosa en el caso de los delitos de omisión; entendiendo la mayoría que la participación activa en un delito de omisión es posible, tanto como inducción, como cooperación o complicidad.

Y, dogmáticamente, se entiende que mayores problemas plantea aún la participación omisiva en un delito de comisión. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe.

Con arreglo a lo expuesto, no cabiendo duda, según los hechos declarados probados, que la acusada conocía los tratos vejatorios que el procesado sometía a la hija de la primera y que, a pesar de ello, no adoptó decisión alguna para evitarlos, siendo evidente que sobre ella, en cuanto madre de la menor, recaía la función de protección del bien jurídico de preservación de la integridad moral de la niña; o bien, como mínimo, a ella correspondía la función de control del peligro que sobre ese bien procediera de un tercero, como era el coprocesado, es claro que la imputación realizada por el Tribunal de instancia como partícipe, en calidad de cómplice, es adecuada a derecho». (F. J. 8º)

AUTORÍA. Requisitos de la coautoría: es suficiente el acuerdo de voluntades, independientemente de la función asignada a cada uno

**Recurso: Casación nº 10719/2009 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1249/2009 de fecha 09/12/2009**

«...La concurrencia de varios sujetos con plurales contribuciones a la producción de la muerte, compartiendo el designio de causar ésta, sea la pactum scaeleris asumido al tiempo de los hechos, o, como en este caso se entiende por la acusación, previo, ha sido considerada determinante de coautoría del nº 1 del artículo 28 del Código Penal. Y ello sin que la distribución funcional de trabajo en la empresa criminal tenga relevancia alguna, ni siquiera en supuestos de asimetría en la entidad de las contribuciones». (F. J. 1º)

AUTORÍA. Son coautores los que en el seno de una organización ilícita (“Latin Kings”) deciden la comisión de un delito.

**Recurso: Casación nº 11026/2009
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 708/2010 de fecha 14/07/2010**

«4. El Código Penal distingue en el artículo 28 como supuestos de autoría, la autoría directa individual, la realización conjunta del hecho o coautoría y la autoría mediata. A ellas añade, considerándolas también como autoría, la cooperación necesaria y la inducción. Aunque todos ellos estén castigados con la misma pena, la posición legal impone la búsqueda de diferencias entre las distintas figuras. Cuando existen varios intervinientes, la doctrina del dominio del hecho conduce a afirmar que solo son autores los que lo ostentan. De esta forma, las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación el dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran, la comisión del hecho resultaría imposible.

Cuando se trata de organizaciones fuera de la ley, suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la aplicación de estas tesis encuentran algunas dificultades para establecer la responsabilidad del hombre de atrás que da la orden o toma la decisión que luego es ejecutada por otros. De un lado, es claro que la decisión es un elemento esencial, sea concreta o de carácter más general tanto en relación con las posibles víctimas como con las acciones que deban ejecutarse, pues no es concebible en el seno de esas organizaciones que tales actos se lleven a cabo si los autores directos no cuentan con la aprobación de los superiores, expresada de alguna forma. De otro, quien actúa igualmente debe responder, pues aun cuando en el seno de esas organizaciones pueda apreciarse una cierta situación coactiva sobre los inferiores, es insuficiente, en general, para excluir que su acto sea lo suficientemente libre como para considerarlo penalmente responsable de su ejecución. La constatación de esta responsabilidad se aprecia por un sector doctrinal como un inconveniente para trasladarla al autor mediato.

(...)

Es claro que, aun en estos casos, existen límites a la responsabilidad del hombre de atrás, impuestos por la necesidad de que éste conozca el resultado que luego se produce, al menos en el ámbito del dolo eventual. Como ya hemos dicho más arriba, actúa con dolo (eventual) quien conoce el peligro concreto creado con su acción y a pesar de eso la pone en marcha.

En el caso, en la sentencia se establece la existencia de una organización estructurada y jerarquizada, que disponía de una normativa interna denominada "literatura" que contenía un régimen disciplinario en el que figuraban las faltas y las correspondientes sanciones, de manera que los miembros inferiores deben cumplir las instrucciones de quienes ocupan posiciones de jerarquía superior. Dentro de esa normativa, concretamente en la carta fundacional, se contiene una referencia a "derramar nuestra sangre y dar la vida si es necesario para luchar en contra de los que nos nieguen y defender nuestra querida y poderosa nación", añadiendo que "los Ñetas y otros grupos son sus enemigos y nunca los dejaremos crecer porque por manos de ellos han muerto muchos hermanos. Nosotros tenemos que aprender a reconocerlos y someterlos o tumbarlos con todo nuestro rencor". Los llamados "reyes" se encuentran en situación de superioridad jerárquica respecto de los simples miembros. Los acusados que ocupan la posición de "reyes", son en el caso quienes deciden, planifican y organizan la ejecución de un acto de agresión contra miembros de la banda rival de los Ñetas, deciden la utilización de armas y ponen en marcha la ejecución de lo decidido, en directa relación con las proclamas antes mencionadas, entendidas en forma que conducen al empleo de la violencia, cumpliéndose por todos los demás y participando activamente los "reyes".

Igualmente debe apreciarse, al menos, dolo eventual respecto del resultado de muerte, incluyendo la forma de ejecución. La organización del ataque comprendía la utilización de armas blancas, hábiles para causar la

muerte. Y las mismas características del ataque planificado suponían la altísima probabilidad de que se tradujera en agresiones ejecutadas en grupo.

Por lo tanto, los que tomaron la decisión, que en el marco de la organización debe ser cumplida, son responsables en concepto de autores de los delitos cometidos en su ejecución, en cuanto, al menos, se concretaron en resultados producidos dentro del ámbito del riesgo creado.

En consecuencia, el motivo se desestima». (F. J. 15º)

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Convivencia análoga a la conyugal.

Recurso: Casación nº 2513/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 366/2010 de fecha 12/04/2010

«..La Sala de instancia justifica la desestimación de esta agravante en la ausencia de afectividad entre agresor y víctima por estar rota su relación sentimental con anterioridad a los hechos. Criterio que, como sostiene el Ministerio Fiscal, ya no es aplicable tras la reforma del art. 23 por L.O 11/2003 de 29 de septiembre que ha objetivado la configuración de la agravante al prescindir de la subsistencia o vigencia de la efectividad exigiendo con carácter alternativo ser o "haber sido" el agraviado cónyuge o persona que esté o "haya estado" ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

Pero la posible apreciación de la agravante después de la desaparición de la afectividad no significa que se pueda prescindir de la necesidad de su anterior existencia en la relación entre agresor y víctima, en los términos precisos para establecer la analogía con la relación conyugal. Y es necesario que el relato de hechos probados contenga los datos y circunstancias fácticas suficientes para posibilitar esa valoración de la relación personal.

En este caso, lo único que afirma el hecho probado es que el acusado vivía "al modo marital" con Victoria desde meses atrás; pero ni expresa el tiempo aproximado de esa convivencia ni la expresión "al modo marital" que la acompaña subsana la insuficiencia descriptiva por ser un juicio de valor cuyos fundamentos fácticos se desconocen. Es decir no se expresa qué es lo que la Sala denomina valorativamente "modo marital" porque no basta para tal apreciación el dato significativo, pero por sí sólo insuficiente, de que ambos convivieran desde meses atrás en una caravana». (F. J. 4º)

COMISO. Motivación de la procedencia.

Recurso: Casación nº 12/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 981/2009 de fecha 17/10/2009

«..1. El Código Penal, en los artículos 127 y 374, dispone que serán decomisados los efectos que provengan del delito, los bienes, medios e instrumentos con que se haya preparado o ejecutado y las ganancias provenientes del delito o falta. Cuando se trata de efectos o ganancias provenientes del delito, es preciso que conste en la sentencia una declaración terminante en ese sentido, así como una explicación de las razones que han llevado al Tribunal a efectuarla. Ordinariamente es suficiente con entender razonablemente acreditada la inexistencia de otra posible procedencia». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. Criterios para determinarla entre tribunal profesional y jurado. Acuerdos del Pleno.

Recurso: Casación nº 1524/2009
Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 690/2010 de fecha 01/07/2010

«1) Así, en lo que se refiere a la reclamada competencia del Tribunal del Jurado, al margen de los argumentos expuestos al respecto en el Fundamento Jurídico Primero de los de la recurrida, hay que indicar que este Tribunal, tras un discurrir doctrinal algo incierto, ya ha fijado los criterios por los que esta materia ha de regirse, interpretando las dudas que suscitan los preceptos legales que la rigen, en aras de una mayor seguridad jurídica y respeto por el que parece ser espíritu informador de dicha normativa, alcanzando un Acuerdo, a lo largo de las sesiones del Pleno no jurisdiccional de la Sala de fechas 20 de Enero y 23 de Febrero de 2010, que, por lo que al caso objeto de las presentes actuaciones se refiere establece los siguientes principios de aplicación sucesiva:

a) en primer lugar, la división del procedimiento, atribuyendo a cada órgano jurisdiccional, el Tribunal profesional y el lego, el enjuiciamiento de los ilícitos de su propia competencia, según el listado contenido en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, aún cuando fueren conexos, siempre y cuando ello no suponga la ruptura de la “continencia de la causa”.

b) si, por la antedicha razón (ruptura de la “continencia de la causa”) no resultare posible tal enjuiciamiento por separado, se estará, a la hora de determinación de la competencia, en favor del Tribunal que la ostente, según el precepto antes citado, respecto del delito que constituya el "objetivo principal" perseguido por su autor dentro del conjunto de la conducta infractora.

c) Finalmente, si no fuera posible tal determinación, o existieran dudas al respecto, la competencia se establecerá de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados.

Aplicando semejantes criterios interpretativos al caso presente, se advierte que, no siendo posible la desmembración del procedimiento por la íntima vinculación entre los diferentes ilícitos a los que se refiere, para los que un pronunciamiento condenatorio o absolutorio de uno de ellos condicionaría inevitablemente el de los otros, tanto por tratarse del delito indudablemente perseguido como finalidad principal de la actividad infractora en su conjunto como por ser el más gravemente penado, ha de ser el delito contra la salud pública el determinante de la competencia que, por tales razones, debe recaer sobre el Tribunal profesional, como la Audiencia, con todo acierto, dispuso». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. Delito de prevaricación. Incompetencia del Tribunal del Jurado.

Recurso: Casación nº 186/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 273/2010 de fecha 03/03/2010

«..En relación a la vulneración al derecho al Juez natural, que en la tesis del recurrente hubiera supuesto el enjuiciamiento por un Tribunal del Jurado.

La competencia del Tribunal del Jurado, se extiende de acuerdo con el art. 5 de la LOTJ, al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que dos o más personas recurridas cometan simultáneamente los distintos delitos.

b) Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares y tiempos, si hubiese procedido concierto para ello.

c) Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

No obstante, como límite negativo infranqueable que impide el enjuiciamiento por el Jurado, se encuentra el delito de prevaricación así como de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado romper la continencia de la causa.

En el presente caso, el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de:

a) Un delito de negociaciones prohibidas del art. 439.

b) Dos delitos de cohecho en concurso con un delito de defraudación a la administración del art. 436.

c) Otro delito de uso de información privilegiada de los arts. 417 y 418, un delito de alzamiento de bienes y un delito de prevaricación de los arts. 404 y 74. En concreto de dicho delito de prevaricación continuada estimó autor a Lucas T. M.

De acuerdo con la Ley, dicho delito de prevaricación nunca puede ser competencia del Tribunal del Jurado por hallarse expresamente excluido del catálogo de delitos de su competencia pero, además, en el presente caso, teniendo en cuenta la dinámica comisiva no es posible el enjuiciamiento separado por el Tribunal técnico de dicho delito de prevaricación en exclusiva, pues el resto de imputaciones se encuentran interrelacionadas, de suerte que se produciría una ruptura de la continenencia de la causa. Así las cosas es claro que todo el conjunto de delitos, dada su unidad, debe ser competencia del Tribunal de la Audiencia Provincial, como efectivamente así lo ha sido.

Ello basta y sobra para rechazar el motivo, no obstante, puede adicionarse un argumento de naturaleza procesal. Esta cuestión, ya fue suscitada por la dirección letrada de la recurrente en fase de instrucción, concretamente en el escrito de 9 de Mayo de 2006 obrante al folio 1115 del Tomo III, en el que formalizó apelación contra la decisión de seguir el trámite de las Diligencias Previas acordado por el Sr. Juez Instructor, petición que recibió un informe adverso del Ministerio Fiscal en su escrito de 19 de Mayo -folio 1338--, reiterado en otro posterior obrante al folio 1441 del 7 de Julio, habiendo desistido la ahora recurrente de la apelación en su escrito de 31 de Julio de 2001 obrante al folio 1446.

Seguidas las diligencias previas por sus trámites, estas se transformaron en Procedimiento Abreviado por auto de 4 de Abril de 2007 --folio 1737, Tomo IV--, rechazándose la competencia del Juzgado por auto de 19 de Julio de 2007. En el procedimiento abreviado calificó los hechos provisionalmente la representación del ahora recurrente --folio 2108-- sin proponer --ahora hubiera sido momento oportuno-- la declinatoria de jurisdicción por los trámites de los arts. 666 y siguientes de la LECriminal.

En esta situación es claro que no procede plantear esta cuestión en esta sede casacional dada su manifiesta extemporaneidad. Por lo demás, y ex abundantia, en relación al fondo, es clara la improcedencia de competencia del Jurado ya que también se acusaba de un delito de prevaricación cuyo enjuiciamiento nunca es competencia del jurado, y, además, el resto de los delitos son conexos sin posibilidad de enjuiciamiento separado, como ya se ha dicho». (F. J. 4º)

COMPETENCIA. Juzgado de Instrucción y Audiencia Nacional: Teoría de la ubicación.

Recurso: Casación nº 1432/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 111/2010 de fecha 24/02/2010

«...no era absurdo ni arbitrario entender que eran los Juzgados de Instrucción de Cartagena los competentes para instruir estas diligencias y aunque la interpretación que se sustenta en el recurso pudiera también ser defendible, ello en modo alguno hubiera supuesto la vulneración del principio del Juez predeterminado por la Ley que se invoca en el motivo, sin olvidar que el principio de seguridad jurídica y el de la necesidad de conservación de los actos procesales (art. 242 LOPJ), en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan al sistema como también sostiene gran parte de la doctrina a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones (STS. 10.12.2003), pues si bien, conforme al art. 23.4 f) LOPJ. la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse según la Ley española como ... tráfico ilegal de drogas psicotrópicas tóxicas y estupefacientes, y el art. 65.1 e) de la misma Ley atribuye a la Audiencia Nacional la competencia para los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las Leyes o los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, no podemos olvidar que esta Sala ha distinguido con frecuencia (STS. 1445/2000 de 2.19) entre territorio geográfico, compuesto tanto por el espacio terrestre, como el marítimo o el aéreo, territorio político que sería aquel sobre el que el Estado español aplica su soberanía y jurisdicción; y territorio aduanero, espacio donde el Estado proyecta su acción fiscal, siendo necesario traspasar las aduanas estatales.

Distinción que podría ser útil a efectos de determinar el momento de consumación del delito de contrabando, pero que carece de importancia en el caso presente desde el momento que territorio español es todo aquel lugar o espacio donde se ejerce la soberanía del estado. Por ello por territorio del Estado debe entenderse no solo la propia tierra, continente e islas, sino también todos los otros lugares o espacios donde la soberanía del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción, y desde este punto de vista forman parte integrante del territorio, el mar territorial, el espacio aéreo, los buques y aeronaves que circulan con bandera y pabellón nacional, en el caso presente aunque el yate N. portaba la matrícula xxxxM y había sido matriculado en Alemania, había sido dado de baja en enero 2008, por lo que en el momento del abordaje carecía de matrícula legítima y de pabellón alguno, pero su titularidad pertenecía a un ciudadano español.

Siendo así no sería aplicable el art. 23.4 f) en relación con el art. 65.1 e) LOPJ. a efectos de la competencia de la Audiencia Nacional sino el apartado 1º del art. 23 que atribuye en el orden penal el conocimiento a la jurisdicción españolas de las causas por delitos y faltas "cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas...", lo que, a su vez, determina la competencia de los Juzgados de Cartagena, en base a la teoría de ubicuidad aceptada por esta Sala en el reciente Pleno no jurisdiccional de 3.2.2005, según el cual 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, cual acontece en el caso presente al ser Cartagena, el puerto al que fue llevada la embarcación y el lugar en que se practicó el registro y la droga fue aprehendida.

En consecuencia, el enjuiciamiento de los hechos por parte Audiencia Provincial de Murcia responde a una interpretación razonada de las reglas de competencia lo que en cualquier caso excluye la infracción constitucional del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley». (F. J. 9º)

COMPETENCIA. Pleno no jurisdiccional 20/01/2010. Competencias del Tribunal del Jurado.

**Recurso: Casación nº 11221/2009 P
Ponente: Sr. Delgado García
Sentencia: nº 143/2010 de fecha 18/02/2010**

«...Comenzamos examinando el motivo 3º en el que, sin concretar norma alguna que pudiera servir de base procesal a lo que aquí se alega, se denuncia vulneración de los arts. 1.1 a) y 1.2 a) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado, porque -se dice- la competencia para enjuiciar y resolver no era de la Audiencia Provincial, sino de tal Tribunal.

Ha de rechazarse este motivo:

A) Es un principio fundamental en nuestras leyes reguladoras de los procesos penales el que las cuestiones de declinatoria de jurisdicción han de resolverse con carácter definitivo antes del comienzo del juicio oral o, cuando existe una fase previa dentro del procedimiento de que se trate, como ocurre en el llamado Procedimiento Abreviado con el turno de intervenciones regulado en el art. 786.2, dentro de esa fase previa.

Por tanto, no cabe discutir en el recurso de casación la competencia de la Audiencia Provincial para conocer de unos determinados hechos delictivos.

B) Concretamente cuando, como aquí ocurrió, las actuaciones se han tramitado conforme al Procedimiento Ordinario, son aplicables las normas de los arts. 666 y ss. LECr que regulan los denominados artículos de previo pronunciamiento, el primero de los cuales es precisamente el relativo a la declinatoria de jurisdicción (art. 666).

Conforme a lo dispuesto en los arts. 676 y 678 LECr, queda claro lo antes dicho: contra lo que se resuelva en este trámite especial de los artículos de previo pronunciamiento, en el caso específico de la declinatoria

de jurisdicción, si se rechaza al artículo previo y se abre el juicio oral, no puede volverse a discutir este tema en el juicio oral. Cabe recurso de casación (apelación en el procedimiento del Tribunal del Jurado) contra el auto de la Audiencia Provincial que desestime en esa fase previa de los arts. 666 y ss. tal cuestión de declinatoria de jurisdicción; en estos casos solo se iniciará el juicio oral una vez resuelta esta casación especial.

Para dejar más clara la cuestión, añadimos aquí que en una reciente reunión del pleno no jurisdiccional de esta sala, destinada solo a tratar temas relativos a las competencias del Tribunal del Jurado, celebrada el día 20 del pasado mes de enero de 2010, acordamos, entre otras cosas, que en aquellos casos en que forzosamente han de conocerse dentro del mismo proceso varios hechos constitutivos de diferentes delitos, unos de la competencia del jurado y otros no, se tendrá en cuenta el delito fin (el que movió al autor o autores al comportamiento punible) para resolver si ha de conocer y resolver, bien el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, bien el Tribunal del Jurado; y ello aunque tal delito fin no sea el más gravemente sancionado. Y en este caso queda claro por el propio contenido de la sentencia recurrida, particularmente en su relato de hechos probados, que la finalidad de la actuación criminal de los acusados fue el delito de robo, no el allanamiento de morada ni el homicidio». (F.J. 2º)

CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: Robo y detención ilegal. Absorción.

Recurso: Casación nº 11395/2008 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1001/2009 de fecha 01/10/2009

«..es evidente que la duración de la privación de libertad, en nuestro caso, no excedió de la correspondiente al propio comienzo del apoderamiento, que supuso unos treinta minutos aproximadamente. Siendo ello así, es evidente que no podemos aplicar en perjuicio de reo las posibilidades ulteriores que los autores cubrían en su designio criminal, esto es, liberar inmediatamente a los cautivos, o dejarlos atados con posterioridad al robo, una vez consumado éste. La realidad es que fueron inmediatamente liberados, una vez se frustró el propósito de los autores por la intervención de la policía judicial. Hasta ese momento, la detención no sobrepasaba la estrictamente necesaria para el robo, pues es inherente a tal delito la inmovilización de los empleados de la entidad bancaria, sin cuya paralización, por el efecto intimidante de las armas, o por sus ataduras, no era posible concebir la comisión delictiva (un atraco a una entidad bancaria). De modo que no puede aplicarse el concurso real, ni siquiera el medial, pues la inmovilización era estrictamente necesaria, y las consecuencias posibles posteriores, es decir, la situación en que hubieran quedado, una vez consumado el robo, ni aparecen en el relato fáctico, ni pueden aparecer, pues se trata de un futurible, que no puede ser juzgado con anticipación, y desde luego, menos, en perjuicio de reo.

Así las cosas, hemos de entender, que la duración de la privación de libertad no excedió de la estrictamente necesaria para dar comienzo a su acción, y en este estado de cosas, no puede existir otra solución que la absorción de tal privación de libertad en el robo, estimando los motivos 12º y 13º (que se corresponden con los 1º y 2º por infracción de ley) de Antonio P. H., 1º y 2º de José Luis C. G. y de Jesús Manuel U. L.

De este modo igualmente se satisface el derecho constitucional a una respuesta proporcionada. En efecto, las penas impuestas a Jesús Manuel U. L., han sido la de 18 años de prisión, y las de José Luis C. G. y Antonio P. H., al primero 21 años y dos meses, y al segundo, 21 años de prisión. Con la limitación penológica dispuesta en el art. 76 del Código penal, a Jesús Manuel U. L., 15 años de prisión, a Antonio P. H., 16 años y medio, y lo mismo a José Luis C. G.. A todas luces, un resultado desproporcionado, que el intérprete penal ha de valorar también en la interpretación de las normas jurídicas, y ello que el Ministerio Fiscal solicitó por las detenciones ilegales, el tipo atenuado del art. 163.2 del Código penal, con gran indulgencia, cuando de intervenciones policiales se trata, o que la Sala sentenciadora de instancia incluyó en el delito de robo intentado una de las detenciones ilegales, configurándolas como concurso medial, y las restantes, en la relación establecida en el art. 73 del propio texto legal (concurso real), como solución más favorable para los acusados, al impedirse la construcción conjunta de todos las detenciones ilegales en concurso medial con un solo robo, por tratarse de bienes personales. Así lo ha mantenido la STS 179/2007, de 7 marzo, declarando que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial. En todo caso, la doctrina científica se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones: 1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin; 2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTS 13.3 y 2.11.1984) que se penarían con independencia; y 3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTS 191/95 de 14.12 con cita de la STS 8.7.1985).

Estas disquisiciones son puramente teóricas, pues en nuestro caso, por las razones antedichas, consideramos que ha de producirse la absorción (art. 8-3º del Código penal), en el delito de robo, dada la fugaz retención de los empleados del banco, y la corta duración del encierro, conforme a nuestra jurisprudencia en casos similares». (F. J. 8º)

CONCURSO DE DELITOS. Concurso de normas: principio de especialidad. Falsedad y estafa.

Recurso: Casación nº 11185/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 263/2010 de fecha 19/03/2010

«Se denuncia, en segundo lugar, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 392 en relación con el 390. 1º, 2º y 3º y 74 del Código Penal y el 248 en relación con el 250.1º y 6º, 77 y 74 del Código Penal. Estiman los recurrentes que no procedía la condena por los delitos continuados, ambos de falsedad y estafa en relación medial.

Este motivo encierra en realidad varias quejas diversas: a) que los hechos probados no justifican la estimación del delito de falsedad; b) que la falsedad debió tenerse por absorbida por el delito de estafa; c) que no debió estimarse que los delitos habían sido cometidos con las características de la continuidad prevista en el artículo 74 y d) que se les ha enjuiciado por delitos diversos de aquellos por los que fue cumplimentada la orden europea de detención.

a) Por lo que concierne al delito de falsedad -circunscribiéndonos exclusivamente a las imputadas en el hecho nº 4 del apartado tercero de la declaración de hechos probados, por las razones que luego diremos, al examinar la cuestión del principio de especialidad de la entrega a España de uno de los acusados- es claro que confeccionar un documento suponiendo una solicitud de reintegro y firmarlo imitando la firma de otra persona -lo que hizo en dos documentos- integra el delito de falsedad del artículo 392 en relación con el 390 en su apartado 1 nº 2º del Código Penal.

En cuanto a las otras actuaciones falsarias que se declaran probadas, no se incluyen en la petición de detención, ni cabría incluir las que no se acomodan al listado del artículo 9 de la ley 3/2003 que se circunscribe a las falsedades de documentos administrativos y de "instrumentos de pago". Son incluibles las peticiones falsas de reintegro, que se refieren a pago por la entidad bancaria al requerimiento de los acusados, y que han sido falsamente creadas por éstos.

Todo ello con independencia de que al otro penado D. T. le sería de aplicación el delito de falsedad en relación a las demás cometidas de que da cuenta la declaración de hechos probados.

b) basta recordar que la naturaleza mercantil de los documentos, bien justificada en la recurrida, acarrea la consecuencia, también allí justificada, de excluir cualquier absorción entre tal delito de falsedad y el de estafa.

c) en cuanto a la estimación de la continuidad debemos comenzar advirtiendo que su consideración, en la falsedad, resulta beneficiosa para el reo ya que, caso contrario, si se rechaza, la alternativa sería castigar las falsedades separadamente. En cualquier caso, al haberse cometido, por las razones antes dichas, y en relación al penado D. Timo, dos delitos de falsedad, es ineludible aplicar el artículo 74 del Código Penal.

Se trata del documento que primero, los acusados remiten a la sucursal, y del que, después, presentan también en el momento del cobro. Esa dualidad autoriza a la aplicación del artículo 74 del Código Penal y el castigo de la falsedad como delito continuado.

Cosa distinta es que el delito de estafa no pueda ser considerado con carácter de delito continuado en relación al penado D. Timo, como ya se cuida de discriminar la sentencia recurrida, debido a la especialidad que se traduce en el veto de enjuiciamiento por delito distinto de aquel por el que fue concedida la entrega (solamente el hecho nº 4 del apartado tercero de la declaración de hechos probados).

d) Por lo que se refiere al incumplimiento del principio de especialidad -recogido en el artículo 24 de la ley 3/2003 de 14 de marzo-, debemos comenzar advirtiendo que no solamente es una manifestación del respeto a la soberanía del Estado que ejecuta la orden emitida, en este caso, por España, sino también una garantía del propio detenido que al verse juzgado, tras la entrega, por un delito diverso del considerado al tramitarse la orden sufre una evidente indefensión, dado que nada pudo argüir en el Estado de procedencia para oponerse a la entrega por esos otros delitos.

En cualquier caso no cabe olvidar que la propia sentencia recurrida parte de la decisión de observancia de tal limitación al enjuiciamiento. Así, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero se dice: “si observamos la orden de detención -folios 328 y ss- solo se indica la infracción relativa a al denuncia del Sr. Endel S., por lo que en atención al principio de especialidad citado, al que el acusado Timo P. M. se acogió en Alemania, no puede ser condenado por el resto de los delitos...”

Efectivamente, a continuación pasa a determinar la pena y justifica la imposición de la misma en su máxima extensión. Y atiende solamente al hecho nº 4 del apartado tercero de los hechos probados.

Tal alegación no puede considerarse respecto del otro penado D. T. ya que éste no fue puesto a disposición por virtud de la orden europea de detención sino tras haberse logrado esta en España.

No se cuestiona en el recurso la falta de diferencia en la medida de la pena no obstante la diversidad del cúmulo de delito que se imputa. Por lo que no ha lugar a entrar en consideración de este particular sin perjuicio de haber sido justificada adecuadamente por la recurrida la imposición de las penas a ambos condenados». (F. J. 2º)

CONCURSO DE DELITOS. Falsedad en documento mercantil y estafa agravada.

Recurso: Casación nº 614/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1175/2009 de fecha 16/11/2009

«..La implantación del subtipo de estafa agravada en el C. Penal de 1995 por perpetrarse la defraudación mediante el uso de cheque, pone de relieve que el legislador ha querido acentuar la punición penal para tutelar los efectos mercantiles reseñados en el art. 250.1.3º del C. Penal (cheques, pagarés y letras de cambio), en los casos en que la estafa se lleva a cabo valiéndose de esos documentos. Por consiguiente, el mismo legislador que prescindió de castigar el cheque en descubierto como delito independiente por considerar que la tutela de la norma penal no ha de extenderse a la protección del cheque como figura autónoma del tráfico mercantil, sí consideró en cambio que debía protegerlo penalmente de forma especial en los supuestos en que es utilizado como medio engañoso para ejecutar el delito de estafa.

Y aquí es donde surgió un primer dilema centrado en dilucidar si el nuevo texto legal de 1995 pretende tutelar el cheque mediante el subtipo agravado de estafa sólo para evitar los supuestos en que se expide en descubierto (contra una cuenta sin fondos que respalden su pago), o si también protege el cheque cuando el engaño integrante de la estafa no aparece configurado por la apariencia de fondos sino por la confección de un cheque falso, que es utilizado como medio engañoso para que el sujeto pasivo se desprenda del dinero en favor del defraudador.

Se suscitó así el interrogante de si no se estaría penando dos veces el hecho falsario: primero a través del delito de falsedad y después como supuesto agravatorio específico de la estafa, pues en ambos casos es la falsedad de los efectos mercantiles la que opera, ya que es ella la que integra el engaño único que sirve de señuelo para intentar defraudar a las entidades financieras. La cuestión se complica más todavía al sopesar que el único fin de la falsificación del documento suele ser el presentarlo al cobro inmediato en los bancos correspondientes.

Así las cosas, podría estimarse que la norma específica de la estafa agravada del art. 250.1.3º desplazaba al delito de falsedad, dejando ya de operar el concurso de delitos. Se aplicaría de este modo un concurso de normas en que, merced al criterio de la consunción, el delito de falsedad quedaría consumido por el tipo específico agravado de la estafa.

La complejidad del problema suscitado generó una primera fase de incertidumbre en la jurisprudencia de este Tribunal, que llegó a admitir la tesis del concurso de normas en su sentencia 1235/2001, de 20 de junio.

Con el fin de zanjar la cuestión concursal planteada, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 8 de marzo de 2002 acogió el criterio del concurso de los delitos de falsedad en documento mercantil y de estafa agravada del art. 250.1.3º del C. Penal. Los argumentos para ello se expusieron en los fundamentos de las sentencias dictadas a partir ese Pleno (SSTS 2250/2002, de 13-3; 832/2002, de 13-5; 1035/2002, de 3-6; 1475/2002, de 20-9; 1623/2002, de 8-10; 752/2003, de 22-5; 916/2003, 24-6; y 1430/2003, 29-10):

1º) La mayor capacidad lesiva de la utilización de ciertos documentos mercantiles, por su idoneidad para vencer las barreras de autoprotección de la víctima, dada la confianza que generan los instrumentos mercantiles en el tráfico jurídico, justifica la agravación, que en consecuencia concurre en cualquier caso aunque los instrumentos utilizados sean auténticos. El art. 250.1.3º no hace referencia al cheque falsificado, lo que quiere decir que deben incluirse en dicho precepto las diversas posibilidades de cometer un delito de estafa a través de un cheque, que puede no estar falsificado como sucede en el caso del cheque carente de fondos suficientes para hacerlo efectivo.

2º) De no estimarse la aplicación conjunta de ambas figuras delictivas, entendiéndose ya computada o consumida en la estafa la utilización del cheque falso (art. 8.3 C. Penal), se dispensaría el mismo tratamiento penológico al que falsifica un cheque para cometer estafa que a quien lo utiliza para el mismo fin sin falsificarlo previamente. Con lo cual, se olvida que lo que refuerza la antijuricidad de la acción descrita en el citado art. 250.1.3º del C. Penal es el ataque a la seguridad del tráfico mercantil, bien jurídico distinto –se dice en algunas de las sentencias citadas- al que tutela el tipo falsario, que protege también la fe pública y la función social de los documentos. La conducta falsaria no puede por tanto quedar absorbida por el delito de estafa, pues la sanción de ésta no cubriría todo el disvalor de la conducta realizada al dejar sin sanción la falsificación previa, que conforme a lo dispuesto por el art. 392 C. Penal no requiere para su punición el perjuicio de tercero ni el animo de causárselo por tratarse el cheque de un documento mercantil y no de un documento privado.

Esta doctrina del concurso medial de delitos se ha visto después refrendada en las resoluciones que se han ido dictando en años posteriores (SSTS 1556/2004, de 30-12; 591/2006, de 29-5; 180/2007, de 6-3; 1067/2007, de 17-12; 822/2008, de 4-12; y 236/2009, de 17-3).

La pretensión del recurrente de que el delito de falsedad en documento mercantil quede absorbido por el delito de estafa agravada del art. 250.1.3º del C. Penal, opción que en su momento ocupó el centro del debate y tuvo incluso algunos visos de que prosperara, actualmente no puede, pues, acogerse al haberse impuesto la línea jurisprudencial propicia al concurso de delitos y no al concurso de normas». (F. J.2º)

CONCURSO DE DELITOS. Inmigración ilegal y favorecimiento de la prostitución. Concurso real.

Recurso: Casación nº 10656/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1238/2009 de fecha 11/12/2009

«..En la STS nº 1465/2005, antes citada, esta Sala también se había manifestado en el sentido de entender que el artículo 318 bis no absorbía la

conducta descrita en el artículo 188.1º del Código Penal. Efectivamente, la conducta típica del artículo 318 bis se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella.

Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1º requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual.

Sin embargo, la cuestión es diferente en lo que se refiere al ánimo de lucro. La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero. Sin duda, el Código se refiere a la prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone.

Es por ello que, cuando la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal sean realizadas con la finalidad de explotar sexualmente a las víctimas, la agravación por la existencia de ánimo de lucro en la primera conducta no debe ser aplicada.

La jurisprudencia más reciente de esta Sala reafirma esta doctrina y acoge el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24.4.2007, “la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos el artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis, 2º del Código Penal debe estimarse como un concurso de delitos. En tal dirección la STS. 380/2007 de 10.5.

Finalmente el Pleno de esta Sala de 26.2.2008 acordó que “en relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP. en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia de un concurso real de delitos.

Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis.1, descartando la aplicación del art. 318 bis 2 al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo. Acuerdo este, que complementa el anterior de 22.4.2007 al que se refiere la STS. 152/2008 de 8.4, que en su caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, estimó la existencia de concurso real, si bien, haciéndose de evitar efectuar una doble consideración de la “intención de explotación sexual”. Y ello porque en el art. 318 bis. E está presente tal intención a realizar en el futuro en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir no en aplicar el art. 188.1 CP. junto con la figura básica no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura.

Consecuentemente el motivo, que en este punto concreto es apoyado por el Ministerio Fiscal, solo parcialmente ha de ser estimado». (F. J. 12º)

CONCURSO DE DELITOS. Pluralidad típica.

Recurso: Casación nº 11016/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 372/2010 de fecha 29/04/2010

«..Se plantea, a continuación, el problema de encontrarnos ante un supuesto de pluralidad de conexiones mediales encadenadas. Un delito – allanamiento de morada- es medio para cometer otro –robo con violencia-, que a su vez es medio de un tercero –detención ilegal de dos personas-.

Problema que analizamos en la STS. 179/2007 de 7.3, que, en un caso similar señaló como:

La doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTs. 13.3 y 2.11.84) que se penarían con independencia.

3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTs. 191/95 de 14.12 con cita STS. 8.7.85, homicidio frustrado, atentado y lesiones).

Descartada la primera por cuanto preventiva a serias objeciones desde el principio non bis in idem, la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas

infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera que el inciso primero del art. 77.1 CP. no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente

Ahora bien, esta solución en el caso concreto, debe ser corregida, por cuanto concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalísimo como es el de la libertad de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, SSTS. 1397/2003 de 16.10, cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas se cometen tantos delitos de detención ilegal en concurso real, pues se estima que se realizan varias acciones, STS. 788/2003 de 29.5, deben apreciarse tantos delitos como detenidos, STS. 1261/97 de 15.10.

Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las sentencias 1588/2005 de 16.12, 73/2005 de 31.1 y 452/2003 de 18.3, que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial». (F. J. 5º)

COSA JUZGADA. Formal y material.

Recurso: Casación nº 11029/2009 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 67/2010 de fecha 05/02/2010

«1. Hay cosa juzgada formal cuando, por haberse agotado los recursos previstos o por ser irrecurrible, goza una resolución judicial de inatacabilidad directa (firmeza). A veces esas resoluciones firmes son inatacables también indirectamente, cuando gozan del efecto llamado cosa juzgada material, que tienen un doble contenido en general: a) un efecto positivo o prejudicialidad, por el que vincula a otros tribunales que para resolver sus procesos han de tener en consideración lo resuelto con carácter definitivo en otro anterior; b) otro negativo, que impide resolver sobre aquello que ya antes ha quedado resuelto en firme. Este es el único que tiene operatividad en las causas penales. Esta materia aparecía regulada en el art. 1253 del Código Civil, ya derogado y sustituido por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en sus arts. 207 y 222.

Requisito previo, en principio, para la producción de cosa juzgada material es que haya una sentencia firme; lo que habría de ser un obstáculo para que esa cosa juzgada pudiera operar en estos expedientes del art. 988 LECr que han de terminar por auto. Entendemos en esta cuestión que cabe equiparar a estos efectos los autos firmes con que finalizan estos expedientes a una sentencia firme. En todo caso se trataría de un irrelevante juego de palabras: se llame o no cosa juzgada, es lo cierto que los autos firmes con que finalizan estos expedientes sobre acumulación de penas no pueden ser atacados indirectamente, esto es, a través de un procedimiento posterior sobre el mismo objeto que no debe iniciarse y, si se inicia, ha de concluir sin entrar en el fondo del asunto. Es la llamada excepción de cosa juzgada que en nuestra LECr, en los arts. 666 y ss. aparece regulada como uno de los llamados artículos de previo pronunciamiento. Nosotros, para una más fácil y clara exposición, con la expresada salvedad, vamos a seguir utilizando la expresión cosa juzgada como ya hizo esta sala al menos en dos sentencias anteriores, la 176/1998 de 9 de febrero y la 557/1996 de 18 de julio. También se refiere a este tema la 856/1998 de 17 de junio.

Entendemos que estas resoluciones dejan claro el tema de que la cosa juzgada opera con relación a estos autos del art. 988 LECr. El fundamento de esta institución, que radica en la necesidad de poner fin a los litigios para que no puedan reproducirse indefinidamente, concurre también en estas resoluciones que ponen término a estos procedimientos especiales que tienen por objeto la pretensión de limitación del cumplimiento de las penas. Así se deduce de las tres sentencias de esta sala que acabamos de citar.

2. Es obligado añadir aquí que, como ocurre siempre en todos los casos de cosa juzgada, el que sobrevenga un hecho nuevo que, como tal, no pudo ser tenido en cuenta cuando se resolvió el primer proceso, es un límite para el mencionado efecto preclusivo propio de esta institución procesal: cabe abrir otro proceso precisamente por tal novedad.

Y esto último ocurre en estos procedimientos del art. 988 LECr cuando aparece una nueva sentencia condenatoria, contra el mismo sujeto antes varias veces penado, que pudiera influir en los cómputos antes realizados a los efectos de aplicar los límites del triple de la sanción más grave o los 20, 25, 30 ó 40 años de máximo de cumplimiento efectivo (art. 76 CP). Pero tal no es aquí aplicable, pues, como bien dice el auto ahora recurrido este segundo expediente versa sobre las mismas sentencias que fueron objeto del primero.

3. Por todo ello, como ya hemos anticipado, ha de rechazarse este recurso. Estimamos que fue desestimada la petición de Juan José de la Mata Pina que pretendía un nuevo examen de una cuestión definitivamente resuelta en el primer expediente que terminó con el referido auto de inadmisión del recurso de casación de 7 de julio de 2005: fue bien aplicada al caso la excepción de cosa juzgada». (F. J. 2º)

COSA JUZGADA. Requisitos.

Recurso: Casación nº 191/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1040/2009 de fecha 30/10/2009

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

1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.

2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

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

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

La STS 752/2007, de 2 octubre, considera el supuesto de un recurrente que vino a sostener, como aquí ocurre, que una decisión judicial respecto de un hecho que forma parte de una unidad delictiva en el sentido del art. 74 CP, tiene efecto respecto de todos los hechos del delito continuado. Se valoraba en esta Sentencia que es cierto que “el contrato celebrado con D^a A. y su hermano es idéntico al celebrado con otras personas que resultaron perjudicadas. Sin embargo, el hecho que fue objeto del proceso en el que se dictó la sentencia de 15.7.1994, no es idéntico al que ha sido enjuiciado en la presente causa. El núcleo fáctico de esta causa ha sido el engaño respecto de la disponibilidad del dinero ingresado en cuentas especiales, mientras que en la sentencia citada por la Defensa se trata del incumplimiento de un acuerdo de devolución de 5.000.000.- de ptas. En el presente supuesto se trata de un engaño en la celebración del contrato, mientras que en el otro se discutió si el incumplimiento del convenio constituía un engaño en la ejecución del mismo”. Y se desestima la excepción de cosa juzgada porque “el hecho objeto de la sentencia recurrida es la información falsa del carácter de las cuentas abiertas en los bancos, mientras en la sentencia de 1994 el hecho era el incumplimiento del acuerdo de restitución”.

Y en este propio sentido la STS 505/2006, de 10 mayo, siguiendo a la 500/2004 de 20 de abril, que declaró «el que un hecho haya sido juzgado aisladamente y con posterioridad al resto, ello no justifica la aplicación del instituto de la cosa juzgada porque los hechos de la presente causa no han sido juzgados por ser hechos distintos y por tanto, no hay riesgo de vulneración del non bis in idem».

En el mismo sentido, la STS 690/2005, de 3 junio, en donde se lee que “hay, entre ambos procesos penales efectivamente identidad de personas acusadas y también identidad parcial en los hechos, no la identidad plena que al respecto sería necesaria. En efecto, son los mismos los tres aquí recurrentes y aquellos que fueron condenados por estafa en esa otra resolución firme. También los hechos ocurrieron en el ámbito de una determinada sociedad limitada cuya crisis económica, acuerdo de disolución ocultado, falta de pago a los acreedores, etc., son antecedentes comunes a ambas conductas delictivas. Sin embargo, los hechos sustanciales, aquellos por los que se condenó, son diversos en uno y otro proceso. En el primero se trata de una concreta conducta engañosa, por la que se propició la entrega de mercancía de un proveedor a tal sociedad familiar que ocultó la crisis que estaba atravesando y simuló, por el contrario, un aumento de ventas para obtener una línea de crédito muy superior. En el presente procedimiento nos hallamos ante una ocultación de la totalidad del patrimonio de esa empresa en perjuicio de la totalidad de sus acreedores que habría constituido un delito de alzamiento de bienes del actual art. 257, pero que hubo de calificarse conforme al delito más grave del actual art. 260 por haber existido una declaración de quiebra (ahora concurso) agravada dolosamente por la actuación referida de los tres condenados. A los efectos aquí examinados hay hechos punibles diferentes. No es lo mismo aquella puntual estafa cometida contra uno de sus acreedores, que este otro comportamiento: la ocultación del patrimonio total o casi total de la empresa en perjuicio de todos ellos”.

Otro caso similar se examinó en la sentencia de esta Sala de 17.10.1994, que denegó la eficacia de cosa juzgada de una sentencia anterior por estafa en un posterior proceso por el delito de quiebra fraudulenta del art. 520 CP anterior. El texto de esta sentencia, después de examinar las diferentes posiciones doctrinales al respecto, nos dice: «sin embargo, todos ellos tienen un núcleo común: una sentencia que no agota el contenido ilícito de una conducta no debería impedir un nuevo proceso»; y también «es indudable que la declaración de quiebra fraudulenta constituye una consecuencia ulterior de la conducta del procesado que no pudo ser objeto del proceso celebrado en La Coruña».

Y también la STS 930/2004, de 19 julio, que se refiere a que “nos hallamos ante una condena por haber realizado los dos acusados actos de disposición sobre unos bienes muebles propiedad de una sociedad anónima de cuyas acciones habían sido propietarios y que habían administrado hasta que cesaron en tales titularidad y administración. En definitiva, unos actos de disposición sobre determinados bienes muebles que poseían ya sin titularidad alguna, conducta que encaja en el delito de apropiación indebida definido en el art. 252 CP por el que la Audiencia Provincial condenó”.

En suma, en el supuesto enjuiciado no hay identidad de hechos, pues el caso ya resuelto se refiere a la entrega de cantidades a cuenta para la compra de una vivienda, por los adquirentes que se citan en la propia resolución judicial, cantidades no destinadas a la ejecución de la promoción

con engaño antecedente, y en el supuesto resuelto por la Audiencia de instancia, el hecho justiciable lo constituye el gravamen impuesto sobre las fincas permutadas, sin que a partir de tal constitución se destinare ninguna cantidad a finalizar la obra, con doloso propósito de apropiación.

No hay, pues, identidad de hecho, y en consecuencia, no se cumple uno de los requisitos de la excepción de cosa juzgada en el ámbito penal.

Ambos reproches casacionales serán desestimados». (F. J. 2º)

COSTAS PROCESALES. Absolución parcial en la instancia.

Recurso: Casación nº 1631/2009

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 76/2010 de fecha 12/02/2010

«El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave en concurso con una falta de lesiones dolosas, a las penas de seis meses de prisión y multa, fundamenta su Recurso de Casación en un Único motivo, en el que, expresa y concluyentemente apoyado por el Fiscal, “Apoyo total” dice, se plantea exclusivamente la infracción de Ley (art. 849.1º LECr) cometida por la Audiencia con la indebida aplicación de los artículos 123 y 124 del Código Penal, al imponer a los condenados el pago de las costas procesales causados en la instancia en su integridad.

Pues bien, resulta incuestionable la razón que asiste al recurrente y al propio Fiscal, cuando afirman que, al haberse producido la absolución respecto de uno de los dos delitos de los que en principio eran acusados, en concreto del delito de atentado a agente de la Autoridad, y manteniendo la inclusión en las mismas de las correspondientes a la Acusación Particular que no ha sido en ningún momento cuestionada, tan sólo deben imponerse a quienes fueron condenados la mitad de esos gastos procesales ocasionados en la instancia, en aplicación de los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpretados de acuerdo con la constante, inveterada y pacífica doctrina de esta Sala al respecto (vid. por todas la STS de 16 de Febrero de 2001).

Razones, en definitiva, por las que el Recurso debe estimarse, procediendo, a continuación, al dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se acojan las consecuencias derivadas de esta estimación, con extensión al otro condenado, no recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al serle aplicable la misma conclusión alcanzada para J». (F. J. 1º)

DELITO CONTINUADO. Acuerdo del Pleno 30/10/2007.

Recurso: Casación nº 1947/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 527/2010 de fecha 04/06/2010

«...El recurso de la acusación particular tiene un único motivo que es apoyado por el Ministerio fiscal, referido a la penalidad del delito patrimonial continuado. Recordamos que el fallo de la sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa, ya definido, a la pena de dos años de prisión. Entiende la recurrente que los hechos debieron ser subsumidos en el delito continuado de estafa calificado por la especial gravedad. La razón de la discrepancia radica en la penalidad del delito continuado y en una defectuosa inteligencia del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 30 de octubre de 2007, lo que no puede ser debido sino a la dificultad en la interpretación de ese Acuerdo desde pronunciamientos posteriores de esta Sala, pues, ni el tribunal de instancia, ni el recurrente, tampoco el Ministerio fiscal, aciertan en su comprensión, lo que solo puede ser debido a problemas de argumentación por esta Sala en la explicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional.

...

Las reglas penológicas del delito continuado no son sino unas reglas específicas de aplicación de la pena para los supuestos que define. Esas reglas son las previstas en el art. 74 del Código penal, que prevé una primera regla penológica, en el apartado primero, la pena señalada para la infracción mas grave en su mitad superior; en los delitos patrimoniales, regla segunda, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado y una tercera regla para los supuestos de notoria importancia y pluralidad de personas, que se corresponde lo que ha sido conocido con el nombre de delito masa.

La aparente contradicción de estas reglas, y la pluralidad de soluciones en la imposición de la pena, pues se llegó a informar que existían dos reglas de determinación de la pena en el delito continuado, la de los delitos patrimoniales y las de los demás delitos, hizo que la Sala II, reunida en Pleno no jurisdiccional, alcanzara el Acuerdo de 30 de octubre de 2007, "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". Con este Acuerdo se trata de unificar la interpretación de la regla penológica.

A tenor de este Acuerdo, la naturaleza continuada del hecho, cuando se trata de delitos patrimoniales, no debe suponer que no se aplique la previsión general de agravación de la consecuencia jurídica, esto es la regla primera, la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pues no concurre causa alguna que justifique un mejor tratamiento penológico de los delitos continuados patrimoniales respecto a los no patrimoniales. Esta determinación del párrafo primero se excepciona, cuando teniendo en cuenta el resultado, el perjuicio total causado, su consideración implique una alteración de la subsunción. Por ejemplo, cuando

varias estafas o apropiaciones indebidas con resultados cada una de ellas inferior a 400 euros, pero en su consideración total supera esa cantidad, que es límite entre el delito o la falta. También cuando varios hechos cada uno de ellos constitutivos de un delito de estafa y en los que la consideración del resultado en su conjunto determina la agravación del art. 250.1.6 del Código penal. En estos supuestos la determinación de la pena se realiza teniendo en cuenta el perjuicio total causado, esto es delito continuado de estafa con la consecuencia prevista en el tipo básico, en el supuesto de pluralidad de estafas cada una de ellas constitutivas de falta pero en su conjunto de delito al superar los 400 euros, del tipo agravado, en el segundo supuesto relacionado, pues la consideración total del perjuicio causado es lo que ha permitido considerar delictivo las varias acciones, en principio, constitutivas de faltas de estafa o con la penalidad agravada en el segundo supuesto. Por ello, no es posible considerar doblemente el perjuicio en la determinación de la pena, uno para considerar delito lo que aisladamente eran faltas, y otro para imponer la pena es su mitad superior. De la misma manera, cuando el resultado de los delitos que se unifican den lugar a la aplicación de la agravación de la especial gravedad. No es procedente, como sugieren las acusaciones en este supuesto, valorar dos veces el perjuicio causado, uno para conformar la regla penológica derivada de la concurrencia de la agravación del art. 250.1.6, es decir la pena de prisión de 1 a 6 años y la de multa, y además, la regla primera del art. 74, para imponer la pena en su mitad superior. Se produce una doble valoración del perjuicio, una para considerar que la cantidad objeto de la apropiación conforma la específica agravación, la estafa agravada, y otra para imponer la pena en la mitad superior.

En el presente caso la pena procedente es la de la estafa agravada del art. 250.1, esto es la pena de prisión de 1 a 6 años y la pena de multa, por lo que la pena de dos años de prisión, y la de multa entra en los márgenes previstos para el delito, pena que se corresponde con la pena del tipo básico en su mitad superior, que sería procedente de aplicar al regla primera.

Por el contrario, la pena que las acusaciones postulan, de 3 años y seis meses de prisión, pena correspondiente a la mitad superior de la pena agravada del delito de estafa, supondría una doble valoración del perjuicio causado, uno para agravar el tipo básico, convirtiendo las estafas individualmente consideradas como subsumibles en el tipo básico, y otra vez para agravar la pena de acuerdo a la regla primera.

Consecuentemente, procede desestimar el motivo deducido». (F. J. 1º)

DELITO CONTINUADO. Cosa juzgada y “principio non bis in idem”.

Recurso: Casación nº 2401/2008

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1017/2009 de fecha 16/10/2009

«....En materia de cosa juzgada, no se puede olvidar la identidad de los hechos, tanto objetiva como subjetivamente.

.... el problema que se plantea no es tanto de analizar la identidad de los sujetos, como de valorar en qué medida la cosa juzgada jugará frente a la institución del delito continuado, que por definición, supone una pluralidad de hechos (de modo que no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), aunque a efectos penales estemos ante la consideración de delito único.

El Tribunal Constitucional fija los presupuestos de la prohibición de bis in idem en la concurrencia de identidad de hecho, de fundamento y de sujeto. Los textos internacionales (vid. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.7- o Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 4 del Protocolo 7-) coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de <<infracción>> que viene a ser equivalente a <<hecho punible>> o, por utilizar las mismas palabras del Tribunal de Estrasburgo, a <<hecho penal único>>. Por tanto, <<infracción>> no es expresión que se equipare con delito, pero tampoco con hecho; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Para el Tribunal de Estrasburgo, en sintonía con la mejor doctrina, lo que permite identificar una infracción son los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales.

Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2001 (caso Franz Fischer c. Austria). En ella, el Tribunal de Estrasburgo, amén de dejar claro que infracción y delito no son términos identificables, pone de relieve la necesidad de atender a los elementos esenciales, al concreto fundamento, de las normas aplicadas, con vistas a apreciar si existe o no identidad de infracción. Estas son sus palabras: "El Tribunal observa que el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 no se refiere al "mismo delito", sino más bien a ser juzgado y condenado "nuevamente" por un delito por el que el demandante ya había sido previamente declarado inocente o culpable. Así, si bien es cierto que el mero hecho de que un acto único constituya más de un delito no es contrario a dicho artículo, el Tribunal no debe limitarse a resolver si un demandante, en base a un acto (sic), había sido juzgado o condenado por delitos nominalmente diferentes (...) Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros. Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos delitos, uno que contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en que los delitos únicamente se solapen ligeramente. Así, cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos delitos tienen o no los mismos elementos esenciales".

Por su parte en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también cabe descubrir algunas aportaciones interesantes a efectos de clarificar que son los mismos hechos que impiden el bis sancionador. La sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroek) considera que la condena por la importación de determinados productos estupefacientes, excluye una nueva condena por la exportación de esos mismos productos. En opinión del Tribunal de Luxemburgo la expresión "mismos hechos" se refiere a la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido (pueden verse igualmente as sentencias -de idéntica fecha: 28 de septiembre de 2006 -recaídas en el asunto C-467/04, Gasparini y otros; y en el asunto C-150/05, Van Straaten).

Además en la jurisprudencia de esta Sala segunda puede citarse la STS nº 1612/2002, de 1 de abril, que precisa que "Se trata de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, o en términos de la tradición jurídica anglosajona, de la prohibición del "double jeopardy", expresión a la que ya se ha referido alguna sentencia de esta Sala, como la núm. 1145/1997, de 26 de septiembre de 1997.

Este prohibición del "double jeopardy" se encuentra expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, aunque no es original del Common Law, sino del Derecho Romano pues su primera proclamación se encuentra en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (Libro IX, Título II, núm. 9) que establece que "El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen".

Esta vertiente del principio "ne bis in ídem" se funda en la protección de exigencias particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica como material) del individuo, más que en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciamiento propias de la "cosa juzgada", que exigen una y sólo una resolución definitiva.

Centrándonos en el delito continuado la doctrina tanto clásica como más moderna diferencia entre los casos en que la primera sentencia ha sido absolutoria de aquellos otros en que la sentencia ha sido condenatoria. Y es opinión pacífica que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento recaído sobre unos hechos no impide el enjuiciamiento de otros hechos diferentes desde el punto de vista naturalístico, pero que pudieran estar ligados por lazos de continuidad con aquellos que fueron objeto de la sentencia absolutoria. De este modo se llega a considerar evidente que en caso de absolución no se entra para nada en la consideración de si se es o no delito continuado, por lo que la sentencia absolutoria sólo acoge a los hechos que han sido conocidos y juzgados.

Más cuestionable es la solución en el caso de una sentencia condenatoria que contempla varios de los hechos agrupados en la

continuidad delictiva pero no otros que podrían haberse integrado allí pero que por los motivos que sean, dan lugar a un procedimiento posterior. En este punto la doctrina está más dividida y aunque predomina la opinión de quienes entienden que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria se extenderá a todos los hechos que han sido objeto de acusación y también a aquellos que podían haberlo sido y que no lo fueron pero entran en ese contexto temporal, no faltan fundadas tesis que se pronuncian en sentido contrario. Ahora bien la solución de este caso no puede transplantarse a un supuesto como el presente en que nos encontramos ante previas sentencias absolutorias. No está en riesgo el non bis in idem sustantivo (prohibición de doble sanción).

Es más, en nuestra jurisprudencia tanto el Tribunal Constitucional (sentencia 221/1997, de 4 de diciembre), como esa Sala Segunda (vid. sentencias 1074/2004, de 18 de octubre o la más reciente 253/2009, de 4 de marzo) han ido mucho más allá y han negado eficacia de cosa juzgada a la sentencia condenatoria por delito continuado respecto de hechos individuales que, pudiendo haberse integrado en tal continuidad, no fueron objeto de acusación, de forma que la condena posterior por esos otros hechos sería legítima. Esa perspectiva abriría incluso la posibilidad de dar por buena la sentencia condenatoria recaída en la presente causa, aunque la sentencia previa referida a unos hechos puntuales de los muchos que podrían integrarse en el delito continuado, hubiesen sido ya objeto de sanción. Aunque hay que insistir en que esa solución es mucho más cuestionable. Pero sirva la muestra de esa extrema postura jurisprudencial para concluir que si en esos casos no puede hablarse de cosa juzgada o de merma del non bis in idem (aunque con ciertos matices que habrán de proyectarse en la individualización penológica), mucho menos cuando la primera sentencia que analizaba solo alguno de los hechos integrantes de la posible continuidad delictiva es absolutoria». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Contaminación acústica.

Recurso: Casación nº 954/2009

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1307/2009 de fecha 05/11/2009

«1. Una faceta del motivo primero de casación, deducido por el cauce del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), denuncia la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica; y de manera paralela también se lleva a cabo tal denuncia en el motivo 4º, deducido al amparo del art. 849.1º LECr.

Todo ello se trata de fundamentar en que el art. 325 del Código Penal (CP) contiene norma penal en blanco, que ha de ser completada con otra de carácter general; lo que, se dice, no ocurre con las ordenanzas municipales de Barcelona, que, no son leyes ni siquiera tienen carácter reglamentario.

Ahora bien no se puede desconectar el art. 325 CP de los arts. 43 y 45 de la Constitución (CE) que, al proteger la salud y el medio ambiente, incluyen en su ámbito de control a la contaminación acústica, e incluso del art. 15 CE, que reconoce el derecho a la integridad física y moral, que puede quedar vulnerado cuando la contaminación acústica encierre un grave riesgo para la salud de las personas.

Aunque pudiéramos no fijarnos en la Directiva Comunitaria 2002/49, sobre Ruido Ambiental, ante las dificultades que se plantearan sobre su aplicación directa, como tampoco en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, dadas sus disposiciones sobre vacatio legis, no cabe dudar que el elemento normativo del tipo queda integrado con normas de carácter general, pues tal condición merecen tanto la Ley 16/2002, de 28 de junio, de la Generalitat de Catalunya sobre Contaminación Acústica, como la Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano del Ayuntamiento de Barcelona.

Cualquiera sean las diversas acepciones atribuidas doctrinalmente a la denominación norma general, lo que aquí interesa, respecto a la seguridad y a la igualdad jurídicas, es que la Ley de la Generalitat y la Ordenanza de Barcelona, aunque de vigencia territorial, contienen mandatos o prohibiciones sin discriminación alguna por razón de las personas Y, en ese sentido, deben reputarse como normas generales, no particulares, complementadoras del elemento normativo a que se refiere el art. 325 CP. Esta Sala, en la sentencia del 24/2/2003, que incorpora abundante cita jurisprudencial, explica a partir del art. 148.1.9º CE, de los arts. 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del art. 25 f) de la ley de Bases de Régimen Local, como las Leyes Autonómicas y las Ordenanzas Municipales pueden cumplir la función de completar la Ley penal estatal, que defina el núcleo esencial del tipo, en materia de contaminación acústica.

Y la alusión que lleva a cabo el recurso sobre la conducta corrupta de algunas personas funcionarios, o particulares, en nada afecta a las consideraciones hasta aquí efectuadas acerca de las características de las normas». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Elementos.

Recurso: Casación nº 2144/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 543/2010 de fecha 02/06/2010

«En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, se queja de lo que considera indebida aplicación del artículo 175 del Código Penal. Viene a argumentar que no consta que produjera padecimiento físico o psíquico alguno, y que una única bofetada no puede considerarse constitutiva de un delito contra la integridad moral.

1. La jurisprudencia, que no ha dejado de reconocer la defectuosa técnica con la que se define la conducta típica (STS nº 412/2009), ha exigido para apreciar un atentado a la integridad moral un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito (STS nº 1246/2009). El sujeto activo es la autoridad o funcionario que ejecuta el acto en abuso de su cargo». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Interpretación del concepto de “violencia” (art. 173.2 CP). Acuerdo del Pleno.

Recurso: Casación nº 2078/2008

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 477/2009 de fecha 10/11/2009

«... el actual artículo 173.2, tras la reforma de 2003, mantiene un catálogo bien estricto de comportamientos tipificados, sin duda en consonancia con el bien jurídico a que sirve desde esa nueva ubicación.

En primer lugar mal puede decirse que incluye modalidades típicas omisivas que no se compadecen con el verbo típico ejercer. No han faltado ocasiones en que se haya castigado, bajo aplicación del artículo 11 del Código Penal comportamientos no activos. Pero, además de venir referidos a la versión del precedente artículo 153 del Código Penal se imputaban a persona tenida por coautora de la violencia física ejercida por otro, respecto de cuya violencia se estimaba que el omitente tenía el dominio del hecho. (STS 26 de junio de 2000).

En segundo lugar el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla.

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008 de 3 de octubre, 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).

En nuestra Sentencia 1050/2007 de 20 de diciembre dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 febrero respecto a dicha autonomía que:

“...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento.”

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó en la sesión del día 21 de julio de 2009, que: El tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Aunque también matizó que, sin perjuicio de ello, es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante, con tal decisión vino a zanjar la discusión sobre el alcance del término violencia a los efectos del tipo que examinamos, de manera acorde a lo que ahora dejamos expuesto

En conclusión, conforme a las pautas interpretativas antes indicadas no basta, para estimar cometido este delito del artículo 173.2, ni el total incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ni la producción de tratos vejatorios y degradantes, ni siquiera la producción de resultados lesivos, sino que se requiere que, con o sin tal resultado, el autor haya ejercido violencia física o psíquica.

Al no poder considerarse como tal violencia los actos descritos en los hechos probados, el motivo debe ser estimado». (F. J. 5º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Trato degradante (Artículo 173 CP).

Recurso: Casación nº 10339/2009 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«Como tercero de los motivos, se formula, al amparo del artículo 849.1 LECr., infracción de precepto legal, por indebida aplicación del apartado 1 del art. 173 CP.

1. Se sostiene que el delito de trato degradante del art. 173.1 CP, está subsumido en el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del 173.2, por el que también se condena a la recurrente.

2. La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico segundo, salió al paso de esta objeción, diciendo que, independientemente de los actos de violencia que integran el tipo penal del artículo 173.2 CP, con el dolor no sólo físico sino moral sobre la perjudicada, tales actos descritos llevan consigo la nota de "envilecimiento y humillación", que corresponde al tipo del art. 173.1 CP.

3. Ello no supone sino la aplicación de la doctrina de esta Sala, en cuanto que ha venido proclamando (Cfr. STS de 8-5-2002, nº 819/2002) que el delito del artículo 173 CP representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral".

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante" que, -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la integridad moral,

como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP.

Por su parte la STS de 30-6-2005, nº 889/2005, nos dice que este delito, que también puede tener encaje en el artículo 15 de la Constitución, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de las personas, tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, y las de esta Sala 2ª de 8 de mayo de 2002 y 5 de julio de 2003». (F. J. 9º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 25/10/05: Naturaleza.

Recurso: Casación nº 1912/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 515/2010 de fecha 04/06/2010

«...el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de octubre de 2005 "que establece el límite penológico de dos años de privación de libertad para casos como el que nos ocupa".

El motivo carece de contenido casacional. La vía que elige el recurrente debe partir del respeto al hecho declarado probado discutiendo desde, ese respeto, el error en la subsunción del hecho en la norma. En este sentido la declaración fáctica es precisa en la redacción de un hecho constitutivo de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud cuya penalidad es la que media entre los tres y los nueve a los de prisión. El Acuerdo al que se refiere el recurrente no es un acuerdo interpretativo de la ley, o de unificación de doctrina en la aplicación de la ley, sino es la expresión de una voluntad colectiva de los Magistrados reunidos en Pleno no jurisdiccional en el que plantea una opción legislativa al gobierno y al legislativo solicitando, para determinados supuestos, la redacción típica de una de un tipo atenuado en el delito contra la salud pública que prevea el menor merecimiento de pena para conductas de mínima transmisión de sustancias tóxicas, de mínima afectación del bien

jurídico protegido por el tipo penal. No se trata de derecho directamente aplicable, sino de expresión de una voluntad dirigida a quien tiene el poder de legislar sobre la materia». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del tipo hiperagravado (art. 370 CP): utilización de menores (Acuerdo de Sala).

Recurso: Casación nº 10756/2009 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 4/2010 de fecha 28/01/2010

«1.- La argumentación se centra en contradecir las conclusiones de la sentencia basándose en que la intervención del menor es muy anterior a la aparición del padre en los hechos por los que ha sido condenado, luego, difícilmente puede aplicarse dicho subtipo agravado cuando el menor actúa por su cuenta y se implica en la comisión del delito, antes de que aparezca el padre.

2.- El debate no debe canalizarse por la vía de la cronología de los hechos, sino, entrando en el fondo, por la actividad y comportamiento del menor dentro de todo el ensamblaje delictivo. Por cierto, llama la atención el hecho de que sólo se aplique la agravante de utilización de menor al padre del mismo, cuando se considera que existe una organización, lo que implica que todos, teóricamente, compartirían las posibles ventajas derivadas de la participación de un menor en los hechos.

3.- La cuestión de fondo debe canalizarse por otras vertientes. Como se ha dicho en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 26 de Febrero de 2009, el tipo agravado previsto en el art. 370. 1º del Código Penal, resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y "en provecho propio o de un grupo", prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

4.- La inclusión de esta modalidad agravada nace de una de las múltiples recomendaciones de la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y tiene relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protección.

5.- Como puede observarse, la agravante persigue una doble finalidad: por un lado, aumentar la pena por la mayor facilidad o impunidad que puede producir la utilización de un menor y, al mismo tiempo, protegerle frente a los efectos perniciosos de introducirlo en el mundo del tráfico de drogas en edades tempranas.

6.- El caso que nos ocupa no encaja en ninguna de estas previsiones. Se trata de un menor de 17 años de edad, que según se desprende del relato de hechos probados, tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo, hasta tal punto, que la sentencia le imputa

actividades autónomas como viajes en ferry, sin la custodia ni tutela del padre. Su autonomía es tal que en un momento del desarrollo de la trama llama a su padre, con cierto enfado, porque no se ha cumplido con lo convenido en cuanto a la entrega de un automóvil.

7.- En consecuencia, la necesaria influencia derivada de la autoridad que un padre ejerce sobre su hijo, no aparece por ningún lado y mucho menos, cualquier actitud de coacción o intimidación que le obligase a participar en la realización de los hechos. El tipo penal aplicado no está previsto, como hemos dicho, para supuestos como el que acabamos de relatar». (F. J. 10º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.2º: pertenencia a una organización.

Recurso: Casación nº 313/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1154/2009 de fecha 11/11/2009

« 2. El subtipo agravado de pertenencia "a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir las sustancias tóxicas aun de modo ocasional", previsto en el art. 369.1.2ª CP, ha tratado de ser delimitado por la jurisprudencia y así se ha venido precisando (Cfr. STS de 3-7-2009, nº 749/2009), que: "los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo, el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal" (SSTS de 19-1 y 26-6-95; 10-2 y 25-5-97; y, 10-3-2000)".

Otras resoluciones (SSTS 899/2004, de 8-7; 1167/2004, de 22-10; y, 222/2006) sintetizan los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.

Respecto a éste último punto como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima

permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una "empresa criminal" (sentencias de 25 de mayo de 1997 ó 10 de marzo de 2000).

La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; pero este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización. En el caso (como dice la STS de 20-7-2006, y recuerda la STS de 27-1-2009, núm. 16/2009), de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. Es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la organización delictiva y la empresa, no forman parte de la empresa los que sólo hacen aportaciones puntuales.

Conocida jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS de 24 de junio de 1995, 10 de marzo de 2000 y 12 de junio de 2001) tiene declarado que existe organización para delinquir cuando se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

La concurrencia de un conglomerado de personas estructurado para llevar a cabo de manera eficaz una actividad, sugiere, al menos en principio, una forma de organización, y, desde luego, no improvisada ni ocasional, dada la envergadura de la operación y la importancia de los medios empleados (STS de 18-9-2002, núm. 1481/2002).

Ahora bien (Cfr. STS de 23-1-2003, núm. 57/2003), 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 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, aún 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)». (F. J. 18º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 374 Código Penal.

Recurso: Casación nº 313/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1154/2009 de fecha 11/11/2009

«...El art. 374 CP es una norma especial en relación con la general del comiso del art. 127, se refiere a dicha consecuencia en materia de tráfico de drogas con un alcance omnicompreensivo.

En las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127, estos son los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejercitado; y las ganancias provenientes de delito.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito, y los vehículos, buques y aeronaves, deben considerarse incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejercitado la infracción criminal.

Por ello, cuando el vehículo es utilizado como instrumento para la ejecución del delito y se trata de una operación de transporte lo que le es imputado, usándose aquél como lugar de ocultación de la droga que por su volumen y peso necesita el auxilio del vehículo, lo razonable es entender que el uso del vehículo para el transporte de la droga es un elemento esencial en el modo de comisión del mismo.

Y este es el criterio seguido por la sentencia de instancia que en su FD 5, apartado 5.2, acuerda, entre otros, el comiso del vehículo Hyundai Terracan DYV al haber sido utilizado por los acusados para la perpetración del delito.

Debe recordarse que en el cause casacional utilizado es necesario partir de manera inexcusable del más absoluto y riguroso respeto a los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico ni incorporar otros que no se encuentren en aquél. Se ha dicho reiteradamente que, cuando se opta por la vía del error de derecho, se parte de un absoluto respeto a la relación de hechos probados, por lo que, habiéndose constatado que no se puede modificar su contenido, resulta inoperante cualquier alegación sobre errores de calificación jurídica, ya que no existe base fáctica que pueda sustentar la pretensión del acusado». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad: funciones de vigilancia.

Recurso: Casación nº 1099/2009

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1276/2009 de fecha 21/12/2009

«..no cabe condenar a los dos acusados como coautores del mismo delito del art. 368 CP.

Hay una diferencia importante en la actuación de uno y otro:

A) Ciertamente la conducta de Jairo Pablo encaja en la autoría propiamente dicha del párrafo inicial del art. 28. Fue quien realizó por sí mismo el hecho definido como delito en el art. 368. Son tres las aprehensiones de cocaína que nos narran los hechos probados de la sentencia recurrida: la primera, relativa a la venta por parte de Jairo Pablo de una papelina de cocaína de 0,04 gramos; la segunda, otra venta de la misma persona respecto de cinco papelinas y peso total de 0,254 gr., y la última referida a otras once de 0,592 gr. que tenía entre sus nalgas dicho Jairo Pablo cuando fue registrado al ser detenido junto con Mauricio Francisco.

B) 1. Veamos qué nos dicen los citados hechos probados respecto de la intervención de este último:

a) Lo que se narra en el párrafo primero carece de relevancia, porque se refiere a un envoltorio cuyo contenido no llegó a acreditarse. No cabe hablar al respecto de sustancia estupefaciente.

b) En el párrafo tercero, con referencia a las dos citadas operaciones de venta que realizó Jairo Pablo, Mauricio Francisco, en la misma plaza barcelonesa en que estas tuvieron lugar, desplegó “funciones de vigilancia para aquel habiendo llegado a advertirle en dos ocasiones de la presencia de dos patrullas policiales”.

c) Mauricio Francisco fue detenido en esa madrugada del 16.12.2007 junto con Jairo Pablo; pero, a diferencia de este último, al primero nada significativo le encontraron al ser registrado.

Por tanto, la actuación punible del Mauricio Francisco queda reducida a la mencionada del apartado b) que, a nuestro juicio, encaja en la figura del cómplice definida en el art. 29 CP.

2. Es conocida la doctrina de esta sala, en virtud de la cual la aplicación de la figura de la complicidad respecto de estos delitos de los arts. 368 y ss. CP se ve reducida de modo muy significativo a consecuencia de los amplios términos en que aparece redactado tal art. 368, de modo que aquellas conductas que, para otra clase de delitos, habrían de considerarse constitutivas de cooperación necesaria --art. 28 b) CP-- o no necesaria --complicidad del art. 29-- en estos relativos al tráfico de drogas son autoría por encajar en los amplios términos antes referidos.

Si el art. 368 prevé como delito los actos que de cualquier modo "promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas", quiere decir que es conforme a la literalidad de este texto castigar a los que podrían encajar en los citados arts. 28 b) y 29 --cooperadores necesarios o no necesarios-- como personas que favorecen o facilitan ese consumo ilegal, es decir, como autores en sentido estricto con relación a este concreto delito.

Respecto de la cooperación necesaria ningún problema práctico hay, ya que en definitiva a estos (cooperadores necesarios) se les considera autores en el art. 28 y han de pensarse como tales, es decir, con las sanciones previstas en el texto legal correspondiente (art. 61 CP).

Y respecto de la complicidad en sentido estricto, esta sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, la aplicación de tal art 29 con la consiguiente rebaja de la pena en un grado prevista en el art. 63. Tal ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar.

Véanse las sentencias de esta sala de 3.3.1987, 30.5.1991, 14.4.1992, 21.3.1995, 9.7.1997, 27.4.1999, y las números 1184/2000, 1638/2000, 2459/2001, 1991/2002, 11/2005 y 198/2006, entre otras muchas.

3. Estimamos que, conforme a la doctrina que acabamos de exponer, ese comportamiento de Mauricio Francisco que se expone en el anterior apartado b) responde al concepto de complicidad. No actuó este en nada directamente relativo a la cocaína que estaba vendiendo Jairo Pablo. Se limitó a vigilar para avisar a este cuando viera aparecer por allí a la policía y así pudo ayudarle en dos ocasiones concretas. Estaba auxiliando a la persona del autor principal en una posición subordinada a este, favoreciendo al favorecedor». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de droga y drogodependencia

Recurso: Casación nº 11067/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 406/2010 de fecha 11/05/2010

«El motivo se desestima.

Como hemos dicho en recientes sentencias, 6/2010 de 27.1, 1238/2009 de 11.12, 1126/2009 de 19.11, según la Organización Mundial de la Salud por droga ha de entenderse “cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como “el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética”, y la dependencia como “el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma”». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Consumo compartido. Concurre.

Recurso: Casación nº 1754/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 86/2010 de fecha 09/02/2010

«..Los recurrentes alegan la existencia del consumo compartido o la tenencia, destinada a tal consumo, como causa de exclusión de la tipicidad.

Y, ciertamente, en los últimos años esta Sala (Cfr. SSTs de 12-6-2008, nº 364/2008; de 21-12-2006, núm. 1254/2006) ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros supuestos de autoconsumo en grupo, ante la frecuencia de casos en que particularmente los jóvenes se reúnen para

compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos. Supuesto de impunidad excepcional que excluye su aplicación cuando el grupo no es pequeño, o se trata de un número indeterminado de personas, cuando los componentes de ese grupo no quedan identificados, y cuando el consumo no se realiza en un local cerrado y determinado.

Y así, esta Sala ha venido generalmente exigiendo, para reputar atípica la conducta consistente en el consumo conjunto de droga por diversas personas (Cfr. SSTS de 31-3-2006, núm. 378/2006; núm. 376/2000, de 8 de marzo; núm. 1969/2002, de 27 de noviembre y 286/2004, de 8 de marzo) como circunstancias que deben concurrir para estimar el consumo compartido las siguientes:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994; 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia (SSTS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante (ver sentencias de 25 de junio 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. Al consumo normal e inmediato alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

(...)

7. En el supuesto ante el que nos encontramos, esos valores nos pueden dar idea, a partir de la cantidad de droga hallada en poder de los acusados, y desde el hecho probado en que se fija la cantidad de individuos (seis) destinados a compartirla, el proyecto de consumo que los acusados y

acompañantes tenían, y la entidad del mismo, deduciéndose de ello la existencia o no del supuesto como excepción a su normal tipicidad.

Pues bien, si se parte de la cantidad total de MDMA, no puro, aprehendido, (69 comprimidos) 20.577 mgs., dividido entre los seis consumidores, resulta cada uno de ellos a 11'5 comprimidos y 3.429'5 mgs., lo que dividido por la dosis mínima diaria de 50 mgs., da un resultado de 68'59 días. Si la división se efectúa por la dosis máxima de 150 mgs., el resultado es de 22'8 días. Por otra parte 11'5 comprimidos, divididos entre 6 días, no alcanza a 2 por día para cada uno de los consumidores.

Pero si se toma el MDMA puro, ascendente a la cantidad de 2.746 mgs., dividido entre seis consumidores, nos da 457'6 mgs. cada uno, que con una dosis diaria mínima de 50 mgs., nos da 9'1 días; y 3'0 días, si la dosis es la máxima de 150 mgs diarios.

Si el cálculo lo referimos a cocaína, no pura, 23.280 mgs., divididos entre 6 consumidores, nos da 3.880 miligramos por cabeza, que, divididos por un consumo máximo de 1'5 grs. (1500 mgs.), nos da que la cantidad portada alcanzaría para un consumo durante 2'5 días, de cada uno de aquéllos.

Si, en cambio, tomamos en cuenta la cocaína pura, 14.199 mgs., divididos por 6 consumidores, atribuiría, a cada uno de ellos, 2366'5 mgs., que, divididos por un consumo máximo diario de 1500 mgs., nos daría 1'5 días de consumo.

Por tanto, no puede sostenerse, en nuestro caso, que las cantidades de drogas ocupadas exceden de las adecuadas para el consumo más o menos inmediato por seis personas en el periodo considerado.

De otro lado, el concepto del requisito de inmediatez del consumo, no puede restringirse tanto que se haga consistir en la ingesta, u otro modo de autoadministración de la droga "en un solo acto", excluyendo -en el estudio, caso por caso, que debe hacerse- el alegado por los acusados y recurrentes (y declarado probado) consumo, a lo largo de la estancia en la isla de sus vacaciones, durante seis días.

Ante ello, se impone la estimación parcial del motivo». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Consumo compartido. No concurre.

Recurso: Casación nº 706/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1081/2009 de fecha 11/11/2009

«... con independencia de que la versión del recurrente de que todos los participantes en las fiestas de cumpleaños, habían puesto un fondo común para adquirir la droga -20 E-, concertados para distribuirla y

consumirla, y que el control policial fue rutinario, no puede asumirse de forma total pues ni el control fue rutinario: el Guardia Civil H xxxx L declaró que tenían conocimiento del alquiler del autobús para ir a una fiesta a una discoteca en Valencia y que se llevaba drogas, y el número xxxxx L, intervinieron porque había rumores de que en el autobús se podía portar droga.

Ni está acreditado que todos los partícipes pusieran ese fondo común para adquirir la droga, sino lo probado es el acuerdo para la adquisición, pero las pastillas cada uno tenía que pagarlas en el autobús (ver por ejemplo declaración del testigo Carlos P.), lo cierto es que ni siquiera la versión del acusado se compadece con la doctrina jurisprudencial expuesta.

Así las personas entre las que se debe distribuir la droga han de ser adictas –al menos, consumidores de fin de semana- pues al no serlo se corre el riesgo de potenciarse en ellos la adicción y su habituación, supuesto subsumible en el delito. En el caso presente solo hay una referencia a “un nutrido grupo de jóvenes” y a los 50 jóvenes que viajaban en el autobús a Valencia, sin más especificaciones en orden a su condición de consumidores –en el juicio oral solo comparecieron seis testigos y las sustancias que a algunos de ellos les fueron intervenidas fueron hachís y cocaína, no MDMA. Tampoco concurrirían los requisitos de ser pocos y determinados los consumidores y el consumo inmediato y en lugar cerrado o privado.

Así, de una parte, no solo no consta la identidad de aquellos jóvenes sino ni siquiera que el “nutrido grupo” lo constituyan la totalidad de los 50 viajeros del autobús, y de otra, los testigos que depusieron en el juicio oral apuntaron a un consumo que se prolongaría tanto en el autobús como en la discoteca durante toda la noche y la lógica que impone el sentido común es pensar que cada uno de ellos se llevase las pastillas que les correspondieran (3 ó 4) y las consumiera a su discreción y voluntad de manera independiente del grupo.

Lo razonado nos lleva, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la atipicidad del consumo compartido (STS. 30.6.2006), y que su impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela (SSTS. 8.6.2006, 2.3.2006, 24.7.2003, 21.9.99), a desestimar el motivo». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Delimitación del concepto “posesión”.

**Recurso: Casación nº 10313/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 924/2009 de fecha 07/10/2009**

«..La posesión se ha dicho por esta Sala Segunda, es un concepto esencialmente jurídico; no obstante ser un elemento normativo en el tipo del art. 368 CP. cabría preguntarse si el legislador lo utiliza en sentido vulgar o es necesaria su integración acudiendo al Código Civil (arts. 430 y ss.). La

cuestión no es en ultimo extremo tan trascendente, desde el momento en que el Código civil opera con varios conceptos de posesión o, si se prefiere, con un concepto amplio y elástico.

La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código civil para, en esta serie de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible; de esta manera se ha significado que puede ejercerse por la misma persona que tiene la cosa o disfruta el derecho o por otra en su nombre, y que se adquiere por la ocupación de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a nuestra voluntad; de donde se sigue que no es necesaria la tenencia material de ladrona, porque la entrega de la cosa ofrece en nuestro derecho expresiones plurales, muchas de ellas simbólicas, y todas ellas con cabida en el delito; por ello, la posesión puede ser directa e inmediata, puede ser actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído, -la droga-, esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente –dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga-; quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente y sí la tenga, para ella, otra, que sería la figura del llamado “servidor de la posesión” (así entre otras muchas SSTs. 12.1.96, 30.7.97 y 13.12.98).

En esa posesión mediata, indirecta o a distancia, sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el art. 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, telex, correos electrónicos u otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación, esto es, quienes conciertan la compraventa y obtienen los mayores beneficios, cuidando de no tener ningún contacto material con la mercancía, pero siendo sin embargo quienes deciden sobre ella, ordenando unos los envíos y organizando otros la recogida y posterior transporte y distribución.

En este sentido la STS. 1415/2005 de 28.10 precisa que “es difícil que en cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al consumidor, no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, siempre que se consiga una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda consumado”.

Por ello, están incluidos con detentadores materiales de la droga, ya que tienen disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones los transportistas y correos y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Diferentes domicilios.

Recurso: Casación nº 11651/2008 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1288/2009 de fecha 27/11/2009

«..La Sala de instancia atribuye a los dos acusados domicilios diferentes, y declara probado que la recurrente fue detenida en la calle teniendo en su poder, guardado en el bolso, un paquete con 915,83 gramos de cocaína con un 82,2% de pureza. Pero también la hace partícipe de la posesión de otras importantes cantidades de cocaína, balanzas de precisión e instrumentos propios del tráfico de droga, encontrados en el domicilio del otro acusado, donde la cocaína intervenida rondaba los dos kilogramos, de los que 1.924 gramos tenían una pureza entre 58,6 y 64,5%; más que suficiente para determinar la cantidad de notoria importancia.

Siendo éste último domicilio el del otro acusado, y teniendo la recurrente otro distinto, en cuyo registro no se encontraron elementos significativos, la relación entre ella y lo encontrado en el domicilio del otro acusado se fundamenta por el Tribunal en que la recurrente fue vista saliendo de esta vivienda varias veces por los Agentes de Policía que le siguieron, y en que también figuraba como su domicilio en la Oficina de Extranjería.

Sin embargo declarándose probado por la Sentencia que su domicilio era otro, el mero dato de que frecuentaba la otra vivienda no permite deducir, como inferencia razonable, que también poseyera o tuviera a su disposición lo que había en su interior. Tan posible es esta hipótesis como que, dedicada como estaba al tráfico de drogas, acudiera a ese domicilio del otro acusado para recibir la cantidad correspondiente de cocaína, es decir para adquirir lo que éste otro, disponiendo de lo que era exclusivamente suyo, le vendiera o entregara a ella para su difusión a terceros. Esta hipótesis, siendo posible no es menos probable, ya que según el testimonio de los policías que la seguían ni siquiera tenía llave de tal domicilio y necesitaba llamar al timbre para acceder a su interior. Este dato significativo unido al hecho de ser ese el domicilio del otro y tener ella, según el hecho probado, otro diferente no permite inferir razonablemente que, aparte de la droga que llevaba en el bolso cuando fue detenida en la calle, coposeyera o tuviera también la disponibilidad de la encontrada en la vivienda del segundo acusado.

El motivo segundo por tanto debe ser estimado». (F. J. 2º)

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

Recurso: Casación nº 10031/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 892/2009 de fecha 18/09/2009

«...El primero de los motivos alegados por estos recurrentes protesta vulneración del artículo 370 del Código Penal, estimando que la cuantía de la droga intervenida sin más consideraciones, no autoriza esa especial agravación por extrema gravedad del hecho.

Como venimos de decir en la Sentencia nº 624/09 de 9 de Junio, Recurso: 10179/2009: Por lo que se refiere a la extrema gravedad , si bien es cierto que la jurisprudencia anterior a la reforma indicada (la del año 2003) tenía declarado que la extrema gravedad no era equivalente a la extrema cantidad, actualmente tal criterio ha sido revisado dada la nueva redacción que se comenta, y sin desconocer las oscilaciones de esta Sala al concretar qué debe entenderse por extrema gravedad, o dicho en los términos legales "....excediese notablemente de la considerada como de notoria importancia...." , puede considerarse actualmente que por tal debe estimarse una cantidad mil veces superior a la indicada para la notoria importancia y que fue fijada en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 19 de Octubre de 2001

En dicho Pleno se fijó como cantidad a partir de la cual operaría la agravación de notoria importancia, en relación al hachís, las aprehensiones superiores a dos kilos y medio.

Pues bien, hoy puede estimarse como doctrina consolidada lo que eleva a dos mil quinientos kilos -mil veces la cantidad de notoria importancia-- la cantidad a partir de la cual operaría la hiper- agravante del art. 370-3º Cpenal.

Actualmente ya puede estimarse consolidada la doctrina expuesta y en tal sentido, se pueden citar las SSTS 808/2005; 410/2006; 298/2007; 352/2007; 789/2007; 909/2007; 1016/2007; 576/2008, o las más recientes 491/2009 y 588/2009». (F. J. 8º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Inaplicación de la agravación del art. 369.1º al concurrir con un delito de cohecho.

Recurso: Casación nº 1668/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menendez de Luarca

Sentencia: nº 376/2010 de fecha 27/04/2010

«...La agravación contemplada en el actual artículo 369.1º se orienta a sancionar con una mayor pena la comisión de los delitos de tráfico de drogas precisamente por quienes tienen la obligación de perseguirlos y abusan de

su cargo para su comisión. Cuando su conducta consiste en facilitar la comisión por parte de otros mediando dinero, además de la participación en el delito de tráfico de drogas en concepto de autor, dada la redacción del precepto, su conducta es subsumible directamente en las previsiones del artículo 419 del Código Penal. La cuestión es, entonces, establecer si es posible la condena por el delito de cohecho y al tiempo aplicar la agravación prevista para el caso de que el autor del tráfico de drogas sea funcionario público y obre en el ejercicio de su cargo.

La respuesta debe ser negativa. La comisión de un hecho delictivo como funcionario en el ejercicio del cargo, es ya un elemento valorado en la concreta modalidad de cohecho por la que se le condena. El tipo objetivo del delito de cohecho del artículo 419 exige que, en atención al soborno, el autor realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Si bien el delito debe ser penado de forma independiente, la mayor gravedad de la acción a consecuencia de su comisión por funcionario público en el ejercicio del cargo ya ha sido tomada en cuenta como elemento del delito de cohecho. Por lo tanto, no puede ser valorada de nuevo. En casos como el actual, la consecuencia es solamente la no aplicación de la agravación del artículo 368.1ª en su redacción actual, subsistiendo la condena por el delito de tráfico de drogas con la agravación por la notoria importancia de la cantidad». (F. J. 13º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Insignificancia. Acreditación de la condición de consumidor.

Recurso: Casación nº 557/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1330/2009 de fecha 16/12/2009

«1.- Estima que la escasa cuantía de las drogas y el consumo de su marido llevan necesariamente a la absolución por aplicación del principio de presunción de inocencia. Estima que no existe prueba directa ni indiciaria y contradice los razonamientos de la sentencia al valorar las declaraciones de los policías intervinientes. Tampoco se ha podido determinar quien era la persona que facilitaba la droga a la recurrente. Asimismo cuestiona el contenido del atestado en cuanto a la identificación de dos posibles compradores.

2.- Está acreditado que el marido era consumidor por lo que debemos centrar nuestra atención en la cantidad y pureza de la cocaína ocupada que, según el hecho probado, alcanzaba un peso total de 0,0075 gramos. Aunque le añadamos las dosis que se ocupan en poder de dos consumidores, 0,107 gramos y 0,0129 gramos respectivamente, carecemos de informes sobre el porcentaje de pureza, dato que si se facilita en cuanto al hachís. Por ello, debemos situarnos en la posición más favorable a la acusada, lo que nos lleva a considerar la insignificancia de la actividad psicoactiva que no cubre los mínimos señalados por esta Sala para que se pueda considerar la puesta

en peligro del bien jurídico protegido que no es otro que la salud pública general, lo que hace la conducta irrelevante, desde el punto de vista penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado. La estimación de este motivo lleva implícita la desestimación del motivo sexto en el que se alegaba la presunción de inocencia». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa.

Recurso: Casación nº 11276/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 327/2010 de fecha 12/04/2010

«...En las vigilancias policiales en el transcurso de una operación de narcotráfico, por ejemplo de una embarcación, esta Sala Casacional ha considerado siempre los hechos como consumados. En las operaciones de entregas vigiladas de droga procedentes del extranjero, el delito se ha considerado en grado de tentativa, exclusivamente en aquellos supuestos en que el autor no haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; o no sea el destinatario de la mercancía, o no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Ver SSTs de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 a 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001). Aquí, es incuestionable, que el recurrente estaba concertado previamente con ese tercero para recibir tales paquetes o bolsas con las pastillas de MDMA. Pero, sobre todo, porque este delito, como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal en su escrito, es un tipo mixto alternativo (y acumulativo), que da lugar a un solo delito, aunque se hayan realizado varias acciones típicas de las descritas en el precepto (art. 368 del Código penal). La pluralidad de ventas, no es indicativa de un concurso real, pues la expresión en plural de “actos” lo impide, pero al ser de peligro abstracto y de consumación anticipada, por no exigirse resultado alguno en la salud pública, ni siquiera en la de los consumidores individualizados, las distintas facetas de comisión producen un efecto acumulativo, como aquí ocurre con las pastillas indicadas y las depositadas, de modo que las distintas cantidades preordenadas al tráfico se suman para la subsunción jurídica, y las distintas clases de sustancias, forman el efecto alternativo, de manera que, siendo de varias clases –de mayor o menor incidencia (gravedad) en la salud de las personas– se utilizan las más graves para calificar los hechos, absorbiéndose el delito de menor entidad por el mayor, conforme a la regla de la alternatividad. Al no producir continuidad delictiva, las distintas acciones perpetradas (varias ventas, por ejemplo), conforman un delito único o simple, salvo supuestos de interceptación legal: un vendedor detenido que fuera puesto en libertad y que siguiera vendiendo, cometería dos delitos, y no uno, si no queremos llegar a resultados absurdos, y conformar una especie de patente de corso en la comisión delictiva». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado de organización criminal. Incluye la organización transitoria.

Recurso: Casación nº 2775/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 501/2010 de fecha 04/06/2010

«2. La jurisprudencia de esta Sala ha venido estableciendo los requisitos que debieran concurrir para la estimación de este subtipo agravado (véanse S.T.S. nº 1095 de 16-07-2001; nº 2026 de 28-11-2001; nº 1867 de 07-11-2002; nº 620 de 11-4-2002; nº 57 de 23-01-2003; nº 108 de 05-05-2003; nº 759 de 23/05/2003; nº 899 de 08/07/2004; nº 1167 de 22-10-2004; nº 164 de 22-02-2006; nº 278 de 10-03-2006; nº 404 de 03-04-2006; nº 972 de 28/09/2006; nº 1009 de 18/10/2006; nº 1163 de 16-11-2006; nº 1286 de 30-11-2006; nº 426 de 16/05/2007; nº 555 de 27-06-2007; nº 763 de 26-09-2007; nº 780 de 03-10-2007; nº 31 de 08-01-2008; nº 171 de 17-04-2008; nº 233 de 05-05-2008; nº 229 de 15-05-2008; nº 413 de 30-06-2008; nº 511 de 18-07-2008; nº 531 de 28-07-2008; nº 727 de 05-11-2008). Entre éstos se citan:

a) la existencia de una estructura más o menos formalizada.

b) empleo de medios idóneos y adecuados para la consecución de los objetivos.

c) pluralidad de personas previamente concertadas.

d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones.

e) existencia de coordinación.

f) cierta estabilidad temporal o vocación de continuidad.

Respecto a este último requisito o exigencia, a pesar de las notas de "permanencia y reiteración" que se extraen del concepto de delincuencia organizada contemplado en el art. 282 bis nº 4º L.E.Cr., el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias, sin precisar por tanto que sean estables, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos y otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.1.10 CP. No concurre.

Recurso: Casación nº 10238/2009 P
Ponente: Sr. Soriano Soriano
Sentencia: nº 1047/2009 de fecha 04/11/2009

«...Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala y como muestra véase la S. de 22 de enero de 2008 (nº 30/08), citada por el Mº Fiscal, que establece lo siguiente:

"Las agravaciones del tipo básico del artículo 368 contenidas en el artículo 369, entre ellas las del apartado 10º aquí cuestionada, suponen la imposición de la pena superior en un grado a la señalada para aquél, de forma que cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud la pena queda comprendida entre nueve años y un día y trece años y seis meses de prisión. Se trata de una sanción especialmente grave, similar en su extensión a la señalada al homicidio (de diez a quince años de prisión) o a la violación agravada (art. 180, de doce a quince años de prisión) y superior a la señalada, por ejemplo, al tipo básico del delito de violación (de seis a doce años de prisión), lo cual no impide, desde luego, reconocer los graves efectos que estas conductas delictivas producen en el ámbito social, que se ven incrementados en los supuestos agravados.

Sin embargo, tal exasperación de la pena no puede justificarse en la mera trasgresión de las normas aduaneras. Ya la jurisprudencia de esta Sala se había manifestado sobre el particular al resolver los supuestos de aplicación conjunta del Código Penal y de la ley de Contrabando, entendiendo que el reproche de la segunda en estos casos ya venía contemplado en el primero, dando lugar a un concurso de normas. Tampoco encuentra justificación en el aspecto formal relativo al hecho de la introducción física de la droga en territorio nacional.

No obstante, es posible considerar que la imposición de una mayor pena resulta razonable cuando se trate de conductas que sean creadoras de un mayor riesgo para la salud pública. En definitiva es la presencia de ese riesgo, abstracto pero real, lo que explica la sanción penal de esas conductas con una pena superior a la del tipo básico sin afectar al principio de proporcionalidad. Y tal riesgo puede ser apreciado cuando se introduzca efectivamente en el país una sustancia de las prohibidas, especialmente cuando no sea producida aquí, pues en esos supuestos no cabe la menor duda de que se incrementa la variedad y, en todo caso, la cantidad de sustancias disponibles para el tráfico ilícito, y consiguientemente aumenta el riesgo de su circulación, tráfico y consumo ilegal, con la paralela aplicación de la posibilidad de una mayor producción de efectos negativos para el bien jurídico.

Por lo tanto, para apreciar el supuesto agravado es preciso que se produzca no sólo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que exista la efectiva posibilidad de circulación de la sustancia en el país en el que se introduce, pues en otro caso el riesgo ampliado, justificativo de la agravación, no podría ser afirmado. Consecuentemente, así como el tipo básico se consuma cuando se establezca la posesión mediata o inmediata de

la droga con una mínima posibilidad de disposición, el subtipo agravado solo se consumará cuando la introducción se haya realizado en condiciones de difusión o circulación de la sustancia introducida".

3. Para aclarar el significado de lo que haya de entenderse en el tipo como "introducción" de la sustancia en territorio nacional, no resulta aplicable la jurisprudencia anterior dictada respecto al concurso entre el delito de contrabando y el delito contra la salud pública, pues para la consumación de un delito que pretende proteger los intereses fiscales o aduaneros del Estado, que sanciona la introducción ilícita de determinadas mercancías, no es precisa la posibilidad efectiva de circulación creadora de mayor cantidad de riesgo para otro bien jurídico, pues es suficiente con la mera introducción efectuada burlando los controles aduaneros. Por el contrario, como hemos dicho, para la consumación del subtipo agravado del delito de tráfico de drogas no será suficiente la superación física de dichos controles, sino que deberá ir seguida de una posibilidad real de difusión o circulación de la droga en territorio nacional, pues sólo así se incrementa el riesgo y se justifica la exasperación penológica.

En algunos precedentes de esta Sala, referidos a supuestos de introducción de la droga en establecimientos penitenciarios, ya se hacía referencia a la exigencia de que la introducción se hiciera en potenciales condiciones de difusión.

En conclusión, del mismo modo que el tipo principal puede aparecer en su modalidad de intentado, ello no es posible predicarlo de una cualificación que genera un subtipo delictivo; la cualificación se da plenamente o no es posible estimarse. No existe una cualificación incompleta o en tentativa. En nuestro caso además la imposibilidad de crear el plus de peligro que integra la cualificación eliminaría la ratio legis agravatoria.

Por todo ello el motivo debe estimarse y proceder a una nueva individualización de la pena, tomando en consideración como circunstancia del hecho el intento de introducir la droga en el país desde el exterior». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado. Colaboración con la justicia (Art. 276 CP).

Recurso: Casación nº 1311/2008

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 940/2009 de fecha 25/09/2009

«..Ciertamente, y como hemos declarado en nuestra STS 164/2009, de 13 de febrero, por razones de política criminal, la actuación tanto de arrepentidos como colaboradores, en grado de aportación de datos de importancia para la investigación judicial, debe ser "premiada" con una sustancial rebaja de la penalidad, porque supone el acogimiento de la propia culpabilidad del sujeto, la demostración de querer integrarse en el orden

jurídico que ha perturbado, y sobre todo, la facilitación de la investigación, que es tanto como la prestación de medios para el total esclarecimiento de los hechos enjuiciados, dando certeza al sistema jurídico y disminuyendo los costes y recursos de la Administración de Justicia. Tal colaboración puede venir dada en estos delitos contra la salud pública, a través del art. 376 del Código penal, o bien, con carácter general, con la estimación de la concurrencia de la atenuante sexta del art. 21 del Código penal, por ser la colaboración de análoga significación y sentido atenuatorio que la propia confesión, pues aparte de ésta misma, conlleva el suministro de datos e indicios ajenos, que oportunamente corroborados, permite la facilitación de la investigación, dando certeza y posibilitando la pertinente respuesta al orden jurídico perturbado.

Ahora bien, en el caso enjuiciado, tal colaboración no se produce con estos caracteres: primeramente, porque no tiene significación alguna, como el propio recurrente reconoce; y segundo, porque no se expresa desde el primer momento». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376: no es posible su aplicación analógica.

**Recurso: Casación nº 10323/2009 P
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 1264/2009 de fecha 20/11/2009**

«2.- Con relación a la colaboración prestada, la Sala de instancia desestima la aplicación directa del art. 376 del Código Penal al entender que su apreciación necesita la doble exigencia del abandono voluntario de la actividad delictiva y la colaboración establecida en el precepto. Exigencias que no se dan conjuntamente cuando el sujeto es detenido contra su voluntad y en esa situación informa de lo necesario para localizar un nuevo paquete de droga. No obstante el Tribunal hace una generosa interpretación de esa norma, cuando a partir de su inaplicabilidad por falta de una de sus exigencias estima posible la técnica de la aplicación analógica. Analogía que prevista en el art. 21-6º del Código Penal con relación a las atenuantes de los números 1º a 5º de ese precepto, no es de aplicación el art. 376. Este precepto contempla una específica previsión legal para el tráfico de drogas, de reducción de la pena para el concreto caso previsto en él, tal y como en él se delimita para justificar por razones de política criminal un tratamiento punitivo benigno para los arrepentidos que, además de abandonar voluntariamente la actividad criminal, ofrecen informaciones valiosas en la lucha contra el delito. Si no se dan estas dos exigencias el precepto no es de aplicación, porque son esas dos, y no alguna de ellas, las que conjuntamente delimitan el supuesto en que la benevolencia legal queda justificada por el mayor beneficio que se obtiene a cambio.

El Tribunal aplica el precepto analógicamente, superando las posibilidades legales..». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL.

Recurso: Casación nº 1759/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 214/2010 de fecha 12/03/2010

«..Son dos los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el art. 379 del Código Penal: uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro, subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción. Ahora bien, tal influencia no tiene por qué exteriorizarse en una flagrante infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto), apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo (delito de resultado), sino que basta el delito de peligro «in abstracto», practicándose, en su caso, la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción. En este sentido, la jurisprudencia señala que no basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción (STS 5/1989, de 15 de enero), no siendo necesario un peligro concreto (Sentencia de 2 de mayo de 1981), sino únicamente que la «conducción» estuvo «influenciada por el alcohol» (SSTS de 6 de abril de 1989 y 14 de julio de 1993, entre otras muchas posteriores)». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Concurrencia de la conducta típica.

Recurso: Casación nº 2391/2009

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 308/2010 de fecha 18/03/2010

«..En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 312.2 del Código Penal.

El motivo se presenta enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado y en el se describe que el ahora recurrente y otros acusados, sometieron a la testigo protegida BI-MAR-012, súbdita extranjera sin permiso de trabajo, a unas condiciones laborales que claramente lesionaban y perjudicaban los derechos que como trabajadora le correspondían.

Ciertamente, se declara probado que la mujer brasileña identificada como testigo protegido BI-MAR-012 realizaba su actividad laboral sin contrato de trabajo, sin estar dada de alta en la seguridad social, sin derecho a percibir una retribución y de otros derechos de carácter laboral, hechos que se sustentan en la propia declaración de esa ciudadana brasileña,

corroborada por la prestada por la otra testigo protegida en el acto del juicio oral y por las propias declaraciones de los acusados.

Así las cosas, el delito contra los derechos de los trabajadores ha sido correctamente aplicado». (F. J. 5º del R. de I.H.F)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Extranjeros dedicados a la prostitución. No consta la existencia del tipo delictivo del art. 312.2 CP.

Recurso: Casación nº 2008/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 208/2010 de fecha 18/03/2010

«...no puede coincidirse con la Sala a quo cuando entiende que los hechos descritos en el factum tienen encaje en el precepto aplicado (art. 312.2 CP.), dándose esa situación porque los acusados Antonio y Vilma no dieron de alta a las mujeres que trabajaban en el club, ni tampoco cotizaron por ellas en la Seguridad Social, del dato de que aquellas percibían la mitad del precio de las copas que las mujeres conseguían consumieran los clientes en la actividad de alterne, sin olvidar que aquéllas abonaban asimismo una cantidad diaria por comida y alojamiento, y muy especialmente de las multas que se las imponían por baja productividad.

En efecto desde el punto de vista económico solo se determina que recibían una remuneración consistente en el precio del servicio sexual que prestaran al cliente del que tan solo se depositaban 5 E por sabanas y preservativos, y en el 50% de las copas que consumían los clientes, pero sin que se determine que aquella remuneración fuese inadecuada o leonina –es significativo en este extremo la declaración de Selma A. de C. que en dependencias policiales y en instrucción manifestó que venía a ganar entre 3.000 y 4.000 euros al mes y de Renata G. M. que en el juzgado admitió que podía llegar a ganar de 300 a 400 euros diarios, reconociendo ambas que estaba voluntariamente sin haber recibido amenaza o coacción alguna, ni que se le retirara partes de ella, distinta de la del abono de alojamiento y manutención, sin que el precio pagado por este concepto, 50 euros, fuera desproporcionado, y respecto a las multas que se dice se imponían, en el factum solo se refiere que la coacusada Vilma –no esta recurrente- que en su condición de encargada gestionaba el pago de los servicios si se llevaba a cabo mediante tarjeta de crédito y llevaba la contabilidad de las ganancias obtenidas por las mujeres que prestaban servicios en el establecimiento, llegaba a imponerles a éstas multas o sanciones si algún día se ausentaban del trabajo, salvo que ello fuera debido a enfermedad.

No consta, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta coacción alguna en relación al alojamiento ni al

porcentaje de las consumiciones, por lo que falta por determinar la existencia de elementos adicionales imprescindibles para considerar existente la explotación requerida (STS. 1390/2004 de 22.11), no se aprecia la existencia del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales /STS. 1471/2005 de 12.12).

El motivo por lo expuesto debe ser estimado con la consiguiente absolución del recurrente del delito del art. 312.2 CP». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Inmigración clandestina con finalidad de explotación sexual. Aplicación conjunta con delito de determinación coactiva a la prostitución.

**Recurso: Casación nº 10974/2009 P
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 330/2010 de fecha 02/03/2010**

«..1.- Es correcto el razonamiento de la Sentencia de instancia cuando afirma en el Fundamento de Derecho Octavo que con la conducta típica del artículo 318 bis y la del artículo 188.1º del Código Penal, nos encontramos ante un concurso real, habida cuenta la disparidad de bienes jurídicos protegidos, basándose para ello en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 22 de Abril de 2.007, que descartando la existencia del concurso de normas resolvió que «la concurrencia de comportamientos tipificados como constitutivos del delito del artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos», siendo varias las sentencias de la Sala Segunda que estimaron que se trataba de un concurso real (Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo número 380/2.007, de 10 de Mayo).

Sin embargo como señala el Ministerio Fiscal esta Sala Segunda en Acuerdo Plenario de fecha 26 de Febrero de 2.008 y como complemento del anterior, vino a acordar en un caso como el presente, en el que se atribuía a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, que habiendo un concurso real se debe evitar una doble consideración de «la intención de explotación sexual». Y ello, porque en el artículo 318 bis, 2º del Código Penal está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el artículo 188.1º viene a materializarse de forma efectiva la misma intención.

Por consiguiente la solución ha de consistir, no en aplicar el artículo 188.1º del Código Penal junto con el artículo 318.bis, 2º del mismo texto legal, sino en aplicar el artículo 188.1º del Código penal, junto con la figura básica, no agravada, del artículo 318 bis, número 1, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo.

En consecuencia al aplicarse conjuntamente por el Tribunal de instancia el art. 318 bis, 2º y el art. 188.1º del Código Penal se infringe la

doctrina de esta Sala, debiéndose no apreciar el nº 2 del art. 318 bis del Código Penal». (F. J. 3º)

DELITO DE ABANDONO DE MENOR.

Recurso: Casación nº 11121/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 495/2010 de fecha 24/04/2010

«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 recogida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor. La conducta atípica 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 refiere 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 del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código Penal interviene para reprochar esta conducta provocadora de la situación de desamparo.

El relato histórico de la sentencia recurrida relata que Z. C., junto a su esposa, eran padres de diez hijos, todos ellos menores de edad. Y que desde, al menos, mediados del mes de febrero de 2007, el acusado no prestaba a sus hijos la asistencia necesaria, en punto a su alimentación o vestidos, y ni siquiera habitación, albergándoles en una estancia con cuatro camas, que no reunía las condiciones higiénicas más elementales, dejándoles al cuidado de un hermano y su cuñada, que a su vez, eran padres de cinco hijos, los cuales

tampoco atendieron las necesidades más básicas de sus sobrinos, lo que originó que el Ayuntamiento de Bolaños, a través de sus servicios sociales, intervinieran en esta situación, y a la postre, se declarara una situación de desamparo, asumiendo la tutela de los mismos la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y ello “por el riesgo para la salud y la vida real que podía producirse” para tales menores, los cuales, la mayor parte de las veces, se encontraban solos.

Como señala el Ministerio Fiscal, ante esta descripción de falta de asistencia material, es evidente que concurre el sustrato fáctico del tipo penal aplicado, máxime si tenemos en cuenta la corta edad de alguno de los más pequeños (escasos meses). Y desde el plano subjetivo, es evidente que el acusado era consciente de ello, al punto de marcharse fuera del territorio nacional, dejándoles solos y sin ninguna asistencia. Bien pudo haber confiado esta situación a los servicios sociales, y sin embargo, se abstuvo de ello, debiendo actuar de oficio los funcionarios encargados de esta misión de protección de menores». (F. J. 7º)

DELITO DE ASESINATO. Tentativa. Compatibilidad entre alevosía y dolo eventual.

Recurso: Casación nº 1549/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 138/2010 de fecha 02/03/2010

«2. Acerca de la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual el censurante alude a la doctrina tradicional y justo es reconocer que hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (S.T.S. 2615/1993 de 20 de diciembre; 975/1996 de 21 de enero de 1997; 1006/1999 de 21 de junio; 1011/2001 de 4 de junio; 1010/2002 de 3 de junio; 1804/2002 de 31 de octubre; 71/2003 de 20 de enero; 1166/2003 de 26 de septiembre; 119/2004 de 2 de febrero; 239/2004 de 18 de febrero; 415/2004 de 25 de marzo; 653/2004 de 24 de mayo; 1229/2005 de 19 de octubre; 21/2007 de 19 de enero; 466/2007 de 24 de mayo; 803/2007 de 27 de septiembre; 743/2008 de 14 de octubre y 678/2008 de 30 de octubre) y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proviniente de la víctima (dolo directo) y el dolo referido al propósito de causar una muerte, bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual. Téngase presente que los términos estrictos en que se expresa el art. 22-1º C.P. lo que asegura sin riesgo es la "ejecución", que en el caso de autos pudo llevarla a efecto, sin oposición, resistencia o peligro para su persona, dado el carácter sorpresivo del ataque (el sujeto pasivo se hallaba de espaldas, indefenso y sin capacidad reactiva) lo que aseguraba la ejecución del ataque violento o agresión desplegada.

Al analizar el propósito del agresor debemos hacer notar que las afirmaciones del tribunal sobre la voluntad directa de lesionar constituyen una obviedad en los delitos de homicidio o asesinato producidos con armas u otros elementos peligrosos, ya que para alcanzar su fin último letal comienzan por materializar unas lesiones, que han de desembocar en la muerte. El tema, a la hora de describir este ánimo, ha hecho que el tribunal de instancia parta de un hecho inconcuso que fue la lesión voluntariamente producida. La cuestión surge si a esa voluntad directa de lesionar se anuda un propósito directo (o previsto como probable y aceptado) de producir la muerte y es entonces cuando para desvelar la intención que anida en el arcano de la conciencia del sujeto agente, debe acudir a los datos indiciarios externos.

3. El recurrente hace una valoración personal y poco objetiva de las posibilidades letales de la lesión voluntariamente causada, cuando los peritos la califican de necesariamente mortal y ninguna de las partes ha combatido o puesto en entredicho tal dictamen. Es inasumible considerar, como hace el acusado recurrente, que el abdomen de una persona no encierra órganos vitales o que la profundidad de la herida fue de 5 centímetros, cuando pudo ser más, y si no lo fue se debió a su voluntad. En contra de esa argumentación se alza el dictamen pericial, según el cual, la herida tal cual resultó, sin necesidad de ser más profunda, era apta y adecuada para producir la muerte en poco tiempo, si no se hubiera prestado inmediata atención médica al lesionado (hechos probados). El arma empleada, la zona del cuerpo elegida, la energía del golpe y la naturaleza de la herida causada, fundamentan una eventual voluntad homicida.

El tribunal sentenciador de instancia a una inequívoca voluntad de lesionar, anuda la conciencia y voluntad de provocar una herida mortal, que es tanto como obrar con "dolo eventual de muerte". Por otro lado, es contradictorio e insostenible afirmar, que sólo existió esa inicial voluntad de lesionar, si ejecuta un hecho capaz de matar. No querer matar, pero producir conscientemente una lesión que de modo necesario tenía que desembocar en la muerte, aceptando el agente ese resultado altamente probable, constituye una contradicción.

La Audiencia quizás no supo explicar con la claridad deseada esas afirmaciones referidas a la voluntad de lesionar, pero considerando todo el contexto sentencial no ofrece la menor duda que los argumentos en general, y lo que es más, el fallo de la sentencia, proclaman una ejecución delictiva dolosa, aunque fuera con dolo eventual». (F. J. 12º)

DELITO DE ASESORAMIENTO ILEGAL. Exigencias del tipo previsto en el art. 441 CP. Banalidad de un consejo.

Recurso: Casación nº 1023/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 19/2010 de fecha 25/01/2010

«...El artículo 441 del Código penal condena al funcionario que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.

El tipo penal protege el deber de imparcialidad el funcionario público cuando la misma es puesta en peligro por una actividad vulneradora no sólo de la legislación específica de compatibilidades de la función pública (Ley 53/84, de 26 de diciembre), sino cuando esa situación de incompatibilidad se vertebra sobre los propios asuntos que son competencia del funcionario público.

Sujeto activo del delito es el funcionario público afectado por el deber de imparcialidad que se protege en la norma penal. Se trata, por lo tanto, de un delito especial propio. La acción típica descrita consiste en la realización, por sí mismo o a través de persona interpuesta, de una actividad profesional o de asesoramiento, permanente o accidental, que dependa de entidades privadas o de particulares y que incidan en el ámbito de actuación del funcionario público, es decir, el ejercicio de una actividad profesional por cuenta o bajo dependencia de una entidad privada o de un particular, relacionada con la función pública. Es irrelevante que la actuación privada sea permanente, pues para la realización del tipo penal basta una única actuación en la forma descrita en el tipo penal para su comisión.

Señalado lo anterior comprobamos los hechos probados para examinar la aplicación del tipo penal a los mismos. En estos se manifiesta que el recurrente expresó al coimputado, para que se lo dijera al abogado que iba a intervenir en una apelación ante la sala de la que formaba parte y presidía, una serie de consejos sobre la actuación profesional a desarrollar en la vista.

El contenido del pretendido asesoramiento "dile que no se enrole, que explique las cosas claritas... que ofrezca una fianza...", carece de relevancia suficiente para rellenar la tipicidad del delito del art. 441 del Código penal. Es obvio que el asesoramiento típico no puede reservarse a planteamientos originales o a construcciones jurídicas singulares, pues un entendimiento tan restringido del contenido típico haría de imposible realización el tipo penal en el ámbito de la aplicación del derecho, máxime cuando la acción se desarrolla con respecto a un Letrado con años de ejercicio profesional. Pero tampoco podemos integrar el elemento típico "asesoramiento" con las banalidades referidas a la conveniencia de la brevedad y claridad en el mensaje a verter en una vista oral, ni el ofrecimiento de fianza, pues ese extremo aparece anteriormente ofertado y, por otra parte, es una practica habitual en el cuestionamiento de las medidas cautelares de contenido personal. Entre un asesoramiento de planteamiento

original y los consejos irrelevantes, existe una situación intermedia que permite la tipicidad del art. 441 del Código penal.

El Ministerio fiscal, en su informe, y la sentencia impugnada afirma la tipicidad del art. 441 del Código penal no tanto en el contenido del asesoramiento, sino en el hecho posterior de intentar convencer al representante del Ministerio fiscal y, posteriormente, a los dos integrantes del tribunal, sobre la conveniencia de solicitar y adoptar, respectivamente, una prestación de fianza para obtener la libertad. Ese planteamiento es erróneo, pues el art. 441 del Código penal tipifica el asesoramiento y no la influencia en otros. Esa influencia podrá merecer otra tipificación en el Código o en una responsabilidad disciplinaria, pero no forma parte de la tipicidad del art. 441 Cp para el que lo relevante es el propio contenido del asesoramiento el cual, como hemos dicho, debe tener un contenido relevante para rellenar la tipicidad del delito que afecte al contenido esencial de la función pública que se realiza. Desde esta perspectiva la expresión de la conveniente brevedad y claridad en la expresión de la pretensión, así como el ofrecimiento de una fianza, no afecta al contenido esencial de la función y no integra el concepto típico de asesoramiento». (F. J. 5º)

DELITO DE ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD. Subtipo agravado de empleo de arma o instrumento peligroso.

**Recurso: Casación nº 10006/2010 P
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 664/2010 de fecha 04/06/2010**

«Por consiguiente en el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que éste representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar.

2.- En este caso el acusado cogió unas tijeras de quince centímetros, y con ellas en la mano se abalanzó contra un agente de policía, es decir le acometió portando un instrumento peligroso que intentó colocarle en el cuello, con el consiguiente riesgo para la integridad física del acometido. El hecho de que no le clavara las tijeras en el cuello, no quita que durante el acometimiento con tal instrumento punzante estuviera en condiciones de hacerlo sobre todo porque el sujeto se las colocó en el cuello en una acción que no es solo intimidatoria sino que se inscribe en una acción de agresión física. El acometimiento integrador del atentado se verificó así con instrumento peligroso, que originó un indudable riesgo físico en el agente, parcialmente materializado en las lesiones efectivas que sufrió con el roce de la tijera durante el forcejeo con el acusado». (F. J. 1º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Modalidad dolosa y no imprudente.

Recurso: Casación nº 374/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 28/2010 de fecha 28/01/2010

«1. El censurante hace referencia al antecedente de hecho 3º de la sentencia, en la que el Mº Fiscal de forma alternativa interesaba la condena por imprudencia de Igor C. y de su hermana Silvia M.. Esta última fue absuelta y el recurrente condenado por delito en su modalidad dolosa.

Hace notar, con acierto, que la conducta imprudente ha de recaer no sobre el modo o forma de realizar el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes blanqueados. Es consciente igualmente de la dificultad dogmática o viabilidad de apreciar tal figura delictiva.

2. El respeto a los hechos probados que impone el motivo permite afirmar que conforme a lo descrito en ellos el censurante es indudable que conocía, siquiera fuera con el carácter de dolo eventual, el origen de los bienes. Sobre ellos no justifica nada, el dinero blanqueado hacía referencia a descomunales cantidades. A su vez las abundantes conversaciones telefónicas relativas a operaciones de cambios de divisas y la coordinación con los hermanos Cerezo a los que le unía una gran amistad, la utilización de una agencia de cambios a su nombre y otra a nombre de su hermana de la que se servía, apuntan a tal conocimiento del origen del dinero. Respecto a la conexión con delitos contra la salud pública, en las propias conversaciones se hablaba de ellas, él mismo estuvo procesado y fue juzgado por un delito de esa clase; era amigo de César que tenía antecedentes penales por delitos de tráfico de drogas, también tenía antecedentes por dicho delito, el padre y un tío de David y César, etc. Con tales datos se hace difícil considerar imprudente la conducta desplegada.

Por otro lado es indudable la incoherencia o dificultad de cometer por imprudencia un delito en cuya descripción típica se incorporan dos elementos subjetivos del injusto (sabiendo que los bienes proceden de delito y que tal delito es de tráfico de drogas). Quizás de no existir esa clara remisión del párrafo 2º al 1º, el delito hubiera quedado configurado con cierta autonomía y posibilidades de estimación que entenderían terreno abonado en los comportamientos negligentes de los directivos de entidades bancarias, que sospechando fundadamente el ilícito origen de un dinero, no lo comunican a las autoridades competentes, pero ello no es trasladable a nuestro caso.

3. Es oportuna la referencia que sobre este motivo hace el Fiscal en su informe, en el que recoge la doctrina de esta Sala (veáanse SS.T.S. 1034/2005 de 14 de septiembre; 483/2007 de 4 de junio; 959/2007 de 23 de noviembre, auto 790/2009 de 16 de abril).

En tales resoluciones se sostiene y se dice que "La modalidad imprudente establecida en el art. 301.3 del C.P. contrasta con la naturaleza dolosa del delito de blanqueo, con cuya inclusión el legislador desborda las previsiones contenidas tanto en la Convención de Viena (art. 3.1) como en la Directiva Comunitaria 308/1991 (art. 1º) y en la reciente Directiva 60/2005 (art. 1.2) que se refieren siempre a comportamientos realizados intencionadamente; aunque el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8.11.90, dejó a criterio de cada Estado parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3). Con esta formulación el derecho español se inscribe en la línea de países como Alemania (art. 261 CP.), Bélgica (art. 505), Italia (Leyes 18-5-78 y 9.8.93) que establecían igual previsión".

Esta Sala sigue diciendo que: "Doctrinalmente, resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto sean susceptibles de comisión imprudente, sobre todo cuando -como sucede en el presente caso- el legislador no crea un tipo distinto en el que se describan las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, a lo que no equivale la alusión a <si los hechos se realizasen por imprudencia grave> con lo que se hace una remisión al tipo doloso, aunque se hable de <hechos> y no de <conducta>. La STS nº 1034/2005 de 14 de septiembre ya insistía en que, ciertamente, el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto tal delito es esencialmente doloso en la medida en que incorpora un elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa <grave>, en este caso punible, y <leve>, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su <ambigüedad e inespecificidad>, además de contradecir el criterio de <taxatividad> de los tipos penales".

Por todo lo expuesto el motivo no puede prosperar». (F. J. 16º)

DELITO DE COACCIONES. Diferencia con el delito de amenazas.

Recurso: Casación nº 1173/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1107/2009 de fecha 12/11/2009

«3.- El motivo quinto sostiene que se le ha aplicado indebidamente el artículo 172.1º del Código Penal al condenarle por un delito de coacciones cuando como máximo la conducta que se describe debió ser calificada como una falta de amenazas del artículo 620 del Código Penal. La sentencia condena finalmente por un delito de coacciones tal como había solicitado el Ministerio Fiscal. El debate se centra en examinar si los hechos probados constituyen una figura o modalidad de coacciones o son más bien una amenaza cuya entidad se podrá ponderar en virtud de la base fáctica proporcionada.

4.- El texto nos dice que como quiera que la menor se negó a mandar al acusado más fotografías de ella desnuda así como de su hermana de nueve años “el acusado le dijo que si no accedía a ello colgaría en Internet las fotografías que tenía de ella desnuda y las distribuiría a otras personas”. Añade a renglón seguido que la menor accedió a las pretensiones del acusado y le mandó nuevas fotos de ella desnuda. La sentencia recoge correctamente los elementos constitutivos del delito de coacciones que consideramos que no concurren en la presente causa ya que más bien nos encontramos ante un delito de amenazas condicionales. Ambas conductas, coacciones y amenazas, integran parte de los delitos contra la libertad. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo y exige la interacción de alguna forma de violencia que puede ser física o psíquica. Gramaticalmente también la coacción significa fuerza o violencia. La ampliación del concepto de violencia supone una operación expansiva del delito que no es aceptable con arreglo a los principios del derecho penal. En la coacción, existe una mayor inmediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma en cuanto se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones.

5.- En el caso presente, estas características no concurren la relación entre el acusado y la víctima. Ésta cumplió según los términos convenidos, hasta el momento en que éste se niega a seguir comportándose como hasta ese momento, es decir, se niega a enviar fotos de ella desnuda. Ante esta negativa, el autor no ejerce ninguna fuerza física ni psíquica, sino que pone en marcha una conducta típica del delito de amenazas, contemplada en el artículo 169 del Código Penal. Es decir, amenaza a la menor con causarle un mal que en este caso concreto afecta a su integridad moral, a su intimidad y honor, e incluso a su autodeterminación en su comportamiento sexual. Es cierto que la amenaza pende sobre la libre formación de la voluntad, pero no de una forma conminativa, sino otorgando al amenazado la ponderación entre el contenido de la amenaza y la posibilidad de actuar o no conforme a los designios del amenazante. El componente de la amenaza era claro y estaba claramente expuesto. La menor pudo perfectamente negarse sopesando las consecuencias o bien, como era de esperar, ceder ante el amenazante para evitar un mal concreto y específico y no genérico como en la coacción». (F. J. 3º)

DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Difusión de pornografía infantil. No aplicación del subtipo agravado de utilizar a menores de 13 años.

Recurso: Casación nº 1196/2009

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1110/2009 de fecha 16/11/2009

«..Sobre el hecho objetivo fundamental no se ha planteado cuestión. Los hechos probados de la sentencia recurrida nos narran una actuación de la policía portuguesa por la que se conoció una distribución por Internet de pornografía infantil con imágenes fijas y vídeos de menores realizando actos

de significación sexual. A través del correspondiente IP se pudo conocer el teléfono de uno de estos usuarios que resultó ser el luego acusado y condenado David M. S. Las imágenes se referían a una niña de edad notoriamente inferior a dichos 13 años que practicaba una felación a un adulto para después desnudarse y ser penetrada por vía vaginal con pene y dedos, vídeo conocido en la red con el nombre de "Russian Pedo 8yo girl.avi". Tras la correspondiente autorización judicial, se practicó el 23.5.2007 diligencia de entrada y registro en el domicilio de dicho David sito en la calle ... de Barcelona. Por medio de prueba pericial se analizó el contenido del ordenador que manejaba David. Dicho contenido aparece sintetizado en los hechos probados de la sentencia recurrida. Nos interesa destacar lo que se dice en su apartado c) en el que consta que tenía instalados diversos programas de intercambio (eMule, Azuerus y Ares) en los que se hallaron 63 archivos fotográficos y 6 vídeos de pornografía infantil. Se concreta que el antes referido como designado "Russian pedo 8yo girl.avi" aparecía transferido a otros usuarios 562 veces a través del citado programa eMule.

Como ya se ha dicho, el problema aquí suscitado es si hubo infracción de ley por haberse condenado solo por el art. 189.2 en lugar de haber aplicado la figura delictiva notoriamente más grave del art. 189.1 b) en relación con el 189.3 a).

Entendemos que tiene razón el Ministerio Fiscal al plantear este recurso de casación. Esa transmisión a otros usuarios por 562 veces constituye la actividad de distribución -una de las especificadas en tal art. 189.b)- para cuya confección se habían usado a personas de edad inferior a los 13 años.

3. Sin embargo, no cabe aplicar la agravación específica del art. 189.3 a) que manda castigar con la pena de prisión de cuatro a ocho años: Cuando se utilicen a niños menores de trece años.

Es claro que no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años. Véanse las sentencias de esta sala 795/2009 de 28 de mayo, 592/2009 de 5 de junio, 873/2009 de 23 de julio y la más reciente de 22.10.2009.

Ha de sancionarse, por tanto, el hecho con la pena del art. 189.1, prisión de uno a cuatro años». (F. J. 1º)

DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL. Elementos del tipo (Art. 467 del CP.).

Recurso: Casación nº 2237/2008

Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1135/2009 de fecha 20/11/2009

«...El delito por el que se condena al recurrente, previsto en el artículo 467.2 del Código Penal requiere como elementos objetivos del tipo: a) una relación profesional del abogado con el perjudicado derivada de la encomienda de intereses, sin que sea preciso que ello ocurra en el marco de la defensa en un procedimiento judicial; b) un comportamiento activo u omisivo, propio de la profesión de abogado; c) un perjuicio para el cliente, que ni siquiera tiene que ser necesariamente patrimonial (entre otras pueden verse las Sentencias 89/2000 de 1 de febrero, la dictada en la causa especial nº 1/1999 de 31 de mayo y la nº 87/2002 de 22 de mayo) y d) nexo causal entre el comportamiento y el perjuicio que ha de ser manifiesto. Al respecto debemos recordar nuestra advertencia de la Sentencia 1326/2000 de 14 de julio, en la que dijimos que eso implica que solamente serán típicas : aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional), bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. Y en la sentencia núm. 279/2005 de 9 de marzo también recordamos que esa exigencia no puede significar otra cosa sino que el perjuicio ha de seguirse necesariamente de la conducta procesal del Abogado llegando a reclamarse que el resultado perjudicial haya sido imputable exclusivamente al Letrado.

Desde el punto de vista subjetivo, se requiere que el sujeto actúe con dolo, al menos eventual, de suerte que si la conducta solo es imputable subjetivamente a título de imprudencia, el tipo penal aplicable será el del párrafo segundo del apartado 2 de dicho artículo 467 del Código Penal.

Pues bien los hechos probados adolecen de una muy relevante laguna: en ningún caso da cuenta de los términos ni entre que personas se produjo el pacto cuya resolución unilateral se erige en perjuicio para la víctima. Por ello ni siquiera podemos determinar si aquella denuncia unilateral era admisible y, en consecuencia, efecto del comportamiento del acusado.

Pero tampoco cabe afirmar que el acusado tuviera conocimiento de los requerimientos del tercero que denunció dicho pacto. Al respecto solamente consta la remisión de mensajes por fax al despacho del acusado. Pero no que éste asistiera al mismo y tomase conocimiento de aquéllos. Es más cabe dudar al respecto, ya que sí consta que para efectuar el emplazamiento, tras la apertura del juicio, fue necesario encomendar su búsqueda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Mientras en la fase previa estuvo asistido de Letrado designado de oficio. La sentencia debería haber afirmado tal toma de conocimiento y justificar ese aserto. No lo hace. Presumirlo implicaría vulneración de la presunción de inocencia.

Al desconocerse las personas que intervinieron en el acuerdo que luego se denuncia, no cabe afirmar que el luego perjudicado no conociera los eventuales efectos de su retraso en satisfacer las cantidades a que resultaba obligado. Es más, bien parece que debía conocer esa obligación, ya que hizo entregas parciales a cuenta al acusado, de las que éste se apoderó. Pues bien, en tales circunstancias, no constando que el acusado le ocultase la necesidad de observar los plazos que en su caso se hubieran acordado, su comportamiento, no acudiendo, antes como hizo a la postre, al tercero que se comprometiera a vender, permite dudar de la exclusividad causal del comportamiento del acusado.

Se comprende que, por lo dicho, está lejos de ser manifiesto, en el sentido de acreditada, la causación del perjuicio, y también está lejos de ser manifiesto que el perjuicio se deba a la actitud del acusado. Ni siquiera puede decirse que ese efecto resolutorio se haya producido de manera lícitamente imponible al perjudicado.

Lo que nos lleva a estimar este motivo con las consecuencias que se dirán en la sentencia que dictaremos a continuación de ésta». (F. J. 5º)

DELITO DE DESOBEDIENCIA GRAVE. Requisitos.

Recurso: Casación nº 477/2009

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1095/2009 de fecha 06/11/2009

«...En resumen, la recurrida entiende que, aunque se conocía por los autores del hecho que las reses debían ser sacrificadas por orden de las Autoridades competentes para ello, sus actos no son desobedientes al no existir mandato expreso, y debidamente notificado, de prohibición de extraerlas del recinto en el que habían sido instaladas, tras su incautación, con el fin exclusivo de posibilitar su ulterior sacrificio.

Pero frente a esa conclusión de un exagerado rigor formalista, procedente de una lectura no del todo correcta de la doctrina precedente de esta Sala (STS de 10 de Diciembre de 2004, entre muchas otras), ha de advertirse que la desobediencia prevista en el artículo 556 lo que realmente ha de suponer es una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada aunque sin llegar a la necesidad del apercebimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente éste (vid., en este sentido, la STS de 1 de Diciembre de 2003, por ejemplo).

En tal orden de cosas, en el presente caso y como queda dicho, los acusados eran perfectos conocedores y así se le hizo saber en su momento, con todos los requisitos para ello y según la literalidad de los propios hechos declarados como probados por la Audiencia, en concreto a José Miguel, como propietario de las reses afectadas por el brote de brucelosis, del acuerdo formal y definitivo de la Autoridad ganadera acerca de la necesidad de sacrificar a los animales, para lo que se procedió a su previo traslado a la finca de la que ambos acusados posteriormente las sacarían, tras coaccionar a sus guardianes.

Por lo que, aunque no existiera un mandato expreso, que prohibiera concretamente esa conducta de extracción del ganado incautado de dicho recinto, no puede ignorarse que tal modo de proceder exclusivamente tenía por objeto impedir el cumplimiento de la orden de sacrificio y, en definitiva, era tan sólo el medio elegido para ello, es decir, para hacer, en definitiva, inoperante la orden de la Autoridad de la que y se tenía perfecta noticia.

La retirada de las cabezas de ganado no suponía, por tanto, sino la forma de desobedecer u oponerse al cumplimiento de la decisión del sacrificio de las mismas, impidiendo de ese modo que éste pudiera ser llevado a cabo, al apartar a las reses del ámbito de disponibilidad de la Administración, a cuyo fin precisamente habían sido sometidas a una incautación que los acusados quebrantan con clara intención de hacer ineficaz la orden de sacrificio que, según lo ya dicho, había sido objeto de precisa y rigurosa notificación.

Argumentos por los que ha de estimarse el Recurso, en este concreto extremo, al hallarnos ante un delito de desobediencia grave de acuerdo con las razones expuestas, por lo que procederá, seguidamente, el dictado de una nueva Sentencia en la que, sustituyendo en este punto a la recurrida, se extraigan las consecuencias legales correspondientes a dicha estimación».
(F. J. 1º)

DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Acuerdo del Pleno.

Recurso: Casación nº 2495/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 510/2010 de fecha 21/05/2010

«1. En el primer motivo, y por la vía de la infracción del art. 849.1 de la LECr., denuncia el recurrente la aplicación indebida del art. 187.1 del C. Penal. Argumenta la defensa que estamos ante un hecho totalmente aislado, ya que la menor acudió al domicilio del acusado interesada en conseguir un trabajo de cuidadora de niños y lo que se encontró fue la oferta de 400 euros por mantener relaciones sexuales o, en su defecto, el abono de 50 euros por la compra de su ropa interior. Este comportamiento, según el recurrente, no debe ser subsumido en el art. 187.1 del C. Penal, pues con él no se indujo a la menor a ejercer la prostitución, ya que no actuó con persistencia tendencial

en su conducta ni se mostró reiterativo en su proposición. En todo caso, y a lo sumo, habría que hablar de una tentativa de delito.

2. Tres cuestiones jurídicas se suscitan en el presente caso: la posibilidad de que el delito de inducción de una menor a la prostitución sea ejecutado por la misma persona que pretende realizar el acto sexual y no por un tercero; la exigencia de reiteración en la conducta del autor con el fin de que sus actos afecten a la indemnidad sexual de la menor, bien jurídico que tutela la norma penal; y, por último, la posibilidad de que se aprecie el delito en fase de tentativa.

En cuanto a la primera cuestión, es sabido que esta Sala aprobó en el Pleno no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999 la siguiente propuesta interpretativa: “Debe examinarse en cada caso, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor, si las actuaciones de los “clientes” inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido, en los casos de prostitución infantil, jóvenes de 13, 14 o 15 años, ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana, el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor a realizar el acto de prostitución solicitado”.

Dos factores por tanto consideró determinante esta Sala en el referido acuerdo para la subsunción de la conducta del cliente en el tipo penal: el de la reiteración de los actos sexuales sobre la persona del menor y la edad de éste.

Con respecto al apartado de la edad, al que la jurisprudencia de esta Sala ha dedicado especial atención, se acoge como dato relevante en la sentencia 761/2008, de 13 de noviembre, que los hechos comenzaran a ejecutarse cuando los menores contaban con 15 y 13 años, edad en la que la personalidad se está formando particularmente en el área del desarrollo sexual.

En la sentencia 1263/2006, de 22 de diciembre, se afirma que “la repetición de conductas de naturaleza sexual con un menor de edad, en el caso de catorce años, a cambio de dinero, concebido no ya como premio sino como retribución previamente convenida, debe valorarse ordinariamente como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o al menos favorecen esa dedicación, en cuanto que para su escasa edad le sitúan ante la posibilidad efectiva de obtener un beneficio económico mediante el intercambio de sexo por dinero, con la consiguiente afectación de su dignidad personal y del desarrollo libre y completo de la faceta de su sexualidad como persona”.

Y en la sentencia 1207/1999, de 7 de abril, se argumenta que “debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor) si las actuaciones de los

"clientes" inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución . En este sentido en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor para determinarlo a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad"». (F. J. 1º)

DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Concurso real con inmigración ilegal. Indebida aplicación de subtipos agravados de finalidad de explotación sexual y ánimo de lucro.

Recurso: Casación nº 297/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 688/2010 de fecha 02/07/2010

«3. En la sentencia de la Audiencia, mostrando también en la motivación jurídica un laconismo preocupante que dificulta notablemente la labor de esta Sala de Casación, se aplican los subtipos agravados de los apartados 2 (inmigración clandestina con propósito de explotación sexual) y 3 (con ánimo de lucro) correspondientes al art. 318 bis del C. Penal. En vista de lo cual, acaba imponiendo una pena por ese delito de 7 años, seis meses y un día de prisión. Sin embargo, lo cierto es que, tal como se alega por el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de este Tribunal viene considerando que no resulta compatible la condena de los referidos tipos agravados de inmigración clandestina con el delito de prostitución, por oponerse la acumulación punitiva de esos tipos penales al principio non bis in idem.

En efecto, en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 26 de febrero de 2008, se acordó interpretar las normas en conflicto en el sentido de que "la relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del C. Penal, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis 1º, descartando la aplicación del art. 318 bis 2, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo.

En la sentencia de esta Sala 152/2008, de 8 de abril, se argumentó, aplicando ya el criterio seguido en el referido Pleno, que en el art. 318 bis 2 CP está presente la intención de la explotación sexual a realizar en un futuro, y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el art. 188.1 del C. Penal junto con el art. 318 bis 2 del mismo texto legal, sino en aplicar el art. 188.1 del C. Penal junto con el tipo básico, no agravado, del art. 318 bis 1, en el que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura. Y el mismo desarrollo argumental se ha plasmado

en la sentencia 1238/2009, de 11 de diciembre, evitándose así el ponderar doblemente la "intención de explotación sexual", con la infracción del principio non bis in idem que ello entrañaría.

Y en la misma dirección hemos de pronunciarnos en lo que concierne a la aplicación del subtipo agravado del primer inciso del apartado 3 del art. 318 bis del C. Penal: "los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro...". Pues, tal como se precisó en la sentencia de esta Sala 1080/2006, de 2 de noviembre, "la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone. Es por ello que, cuando la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal sean realizadas con la finalidad de explotar sexualmente a las víctimas, la agravación por la existencia de ánimo de lucro en la primera conducta no debe ser aplicada".

Por consiguiente, al aplicarse al acusado un concurso real de los delitos de inmigración ilegal y de prostitución coactiva, es claro que no procede apreciar los subtipos agravados de los apartados 2 y 3 del art. 318 bis del C. Penal, pues de hacerlo se incurriría en un bis in idem, vedado por el art. 25.1 de la Constitución». (F. J. 2º)

DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCION. *No toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito del art. 188.1 CP: elementos de esa modalidad delictiva.*

Recurso: Casación nº 10308/2009 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1171/2009 de fecha 10/11/2009

«...no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias: a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el artículo 188.1 del Código Penal. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario

Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: "...explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto". En la Decisión marco (art. 1.d), los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que "...se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía". b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio». (F. J. 2º)

DELITO DE ENCUBRIMIENTO. Ayudar a eludir la acción de la justicia (art. 451.3 a) CP).

Recurso: Casación nº 10262/2009 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1087/2009 de fecha 30/10/2009

«...Tercero. La objeción es de infracción de precepto legal, porque los hechos no constituyen el delito del art. 451.3 a) C Penal. El argumento es que este precepto contempla el supuesto de favorecimiento personal, conducta que consiste en ayudar a quien pudiera ser responsable de un delito a eludir la acción de la justicia; y en este caso lo único que consta es que el que recurre habría advertido a A. de que en la prensa se publicaban noticias sobre los hechos con las iniciales de su nombre.

De este modo de operar puede inferirse, sin problema, en el que recurre un interés personal en que A. pudiera eludir la persecución policial y judicial de la que ya estaba siendo objeto. Ahora bien, esto que se manifiesta en el contenido de la conversación interceptada, es decir, en la clase información transmitida, podría considerarse apto y bastante para integrar el

concepto de ayuda en sentido legal, esto es, en el contexto del precepto que se dice infringido.

La respuesta es no. De un lado, por tratarse de una información a disposición de cualquiera, fácilmente accesible, puesto que publicada en los medios de comunicación. Pero, sobre todo, porque lo transmitido no incluía datos relativos a la forma en que pudiera estar conduciéndose la investigación, que es lo que habría podido servir para eludirla con alguna posibilidad de éxito. Y, en fin, porque la idea de ayuda, para que no se pene el mero interés, apenas exteriorizado, en que el autor de un delito consiga escapar, debe referirse a la prestación de un apoyo dotado de alguna calidad instrumental, de alguna funcionalidad práctica para tal fin. Algo que en este caso, tiene razón el recurrente, no se produjo. Es por lo que el motivo debe estimarse». (F. J. 3º del RC. M.A)

DELITO DE EXTORSIÓN. Elementos.

Recurso: Casación nº 592/2009

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1022/2009 de fecha 22/10/2009

«De conformidad con la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala (por todas SS.T.S. de 18 de septiembre de 1.998 y 21 de octubre de 2.004), la conducta delictiva se integra por elementos de carácter subjetivo y objetivo y, dentro de estos últimos, por el contenido principal de esa conducta y los medios empleados en la mecánica comisiva para alcanzar aquél.

Así, a semejanza de tantos otros delitos contra el patrimonio, en concreto los denominados "de enriquecimiento", es necesario que la acción esté presidida por el ánimo de lucro de su autor, ánimo de provecho o de utilidad, es decir, por el deseo de obtención de un beneficio para sí mismo o para tercero.

Pero lo que constituye el núcleo mismo de la infracción es la finalidad perseguida de imponer al sujeto pasivo, contra su voluntad, la ejecución de un acto dispositivo sobre la totalidad o parte de su patrimonio, bien se trate de un simple acto informal o un negocio jurídico, de mayor complejidad y más elaborada confección ("conducta condicionada").

En cualquier caso, ese "acto" nunca podrá ser el de la mera entrega de la cosa pretendida por el autor del delito pues, en ese caso, nos hallaríamos ante un robo.

Además, es también requisito imprescindible para la existencia de la extorsión, que el acto al que se compele a la víctima pueda producir un perjuicio patrimonial para ella misma o para un tercero.

Pero no es preciso que ese perjuicio llegue a producirse, ni siquiera que llegue a ejecutarse el acto dispositivo, para considerar consumada la infracción, que alcanza esa consumación con el mero hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo el acto o negocio jurídico compelido. lo restante pertenecerá ya no a las fases de ejecución del ilícito sino a las de su agotamiento.

Junto a este elemento de la conducta delictiva que integra el núcleo y la finalidad esencial, como elemento instrumental para alcanzar ese objetivo, se encuentra el empleo de la violencia o intimidación ("conducta condicionante").

Alega el recurrente que, en cuanto al acto o negocio jurídico, no se llegó a efectuar la compraventa de la vivienda ni la transmisión de los vehículos, por lo que sostiene que se trataría una simple tentativa delictiva, pero ya hemos señalado que el tipo penal se consume una vez ejercitadas la violencia o intimidación y logrado el fin perseguido, que es la realización u omisión por la víctima del acto o negocio jurídico (es decir, una acción con eficacia en el tráfico jurídico de cualquier naturaleza con significancia económica), como en el caso fueron las firmas de los documentos que se reseñan en la narración fáctica, y ello a diferencia de lo que ocurre en el robo, donde la consumación del lucro pertenece a la propia acción típica, mientras que en la extorsión la obtención efectiva del lucro pertenece a la fase -penalmente irrelevante- del agotamiento y no a la de consumación delictiva.

Dice el recurrente que tampoco existe la violencia ni intimidación típicas, olvidando que todo el desarrollo de los hechos estuvo dominado de principio a fin por la nada sutil coerción psíquica ejercida sobre el acusado mediante la amenaza contra su madre y su hijo si no accedía a lo que los acusados le exigían.

Y alega también que no hubo ánimo de lucro ni efectivo perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. En cuanto al "animus" con que actuaron los acusados ninguna duda cabe que fue el beneficio económico, conclusión plena de racionalidad y lógica a la que llega el Tribunal de instancia. Y, desde luego, debe insistirse en que la consumación del delito no exige que el perjuicio de la víctima llegue a materializarse efectivamente, pues -repítese- la infracción se consume con el simple hecho de que la víctima realice la acción o acto jurídico a que se le compete, correspondiendo las consecuencias de aquéllos a la fase de agotamiento del delito». (F. J. 6º)

DELITO DE INCENDIO. Delito de peligro. Idoneidad de la acción.

Recurso: Casación nº 10307/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 969/2009 de fecha 28/09/2009

«Denuncia en primer lugar este recurrente infracción del artículo 351 del Código Penal argumentando, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no concurren sus presupuestos y que los hechos debieron calificarse como constitutivos del delito de daños del artículo 266 del Código Penal.

Una vez más hemos de recordar que este cauce casacional permite exclusivamente criticar la subsunción de los hechos probados en la norma penal, pero siempre partiendo de que la versión de aquéllos que relata la sentencia ha de respetarse de manera absoluta.

Pues bien, esa narración describe que el recurrente arrojó tres botellas de líquido inflamable en el balcón de la vivienda de María B., que aquellos objetos alcanzaron al salón de la vivienda, donde la hija de aquélla veía la televisión y que las botellas prendieron fuego y que originaron a la citada quemaduras en dorso de la mano y daños en la balconera y en un sofá. Añade que el dato de la existencia de personas en la vivienda le era conocido y que intervinieron los bomberos.

El delito del artículo 351 del Código Penal ha sido calificado por la jurisprudencia de este Tribunal de peligro hipotético. Puede al efecto comprobarse la línea jurisprudencial que va desde la Sentencia 1623/2003 de 7 de octubre a la 578/2008 de 30 de septiembre. Basta para que pueda darse por cometido el delito la idoneidad de la acción para la producción del peligro que se recoge en la tipicidad. No solamente no es necesario que se cause el daño, a la vida o integridad física, sino que ni siquiera que una persona concreta haya visto esos bienes suyos en riesgo. Lo único que se requiere es la intención de causar tal riesgo, o, al menos, que este le sea atribuible a título de dolo eventual. Y aunque falte la voluntad de que efectivamente la vida o la integridad se vean lesionados como bienes jurídicos.

Resulta por ello irrelevante, desde luego, que el motivo del hecho ejecutado fuera amedrentar a quienes se encontraban en la vivienda. El motivo es periférico respecto de los elementos que constituyen el delito sin que haga desaparecer a ninguno. Y también por ello es irrelevante la intensidad del peligro concreto que el fuego origine, pues basta la capacidad abstracta de engendrarlo que tiene la acción realizada. Precisamente aquella diversa configuración del delito del artículo 351 hace inadecuada la comparación vanamente ensayada por el recurrente con el tipo de los artículos 353 y 354». (F. J. 1º)

DELITO DE INCENDIO. Delito de peligro potencial desde una perspectiva “ex ante”.

Recurso: Casación nº 102/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1136/2009 de fecha 04/11/2009

«...2. La jurisprudencia de esta Sala en una primera fase consideró el tipo penal del art. 351 del C. Penal como un delito de peligro abstracto (SSTS núm. 1342/2000, de 18-7; 1585/2001, de 12-9; 2201/2001, de 6-3; 753/2002, de 26-4), si bien en un momento posterior comenzó a calificarlo como un delito de peligro hipotético o potencial, modalidad también denominada delito de peligro abstracto-concreto o delito de aptitud. En ellos –se matiza- no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro. En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos (SSTS 1263/2003, de 7-10; 88/2005, de 31-1; 443/2005, de 11-4; 449/2007, de 29-5; 62/2008, de 31-1; 616/2008, de 8-10; y 560/2009, de 27-5).

Como es sabido, según criterios doctrinales suficientemente asentados sobre la materia, en los delitos de peligro hipotético o potencial (delitos de aptitud) no se requiere la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad ex ante de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

El tipo penal del art. 351 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva ex ante, que se acaben poniendo en peligro con la conducta incendiaria los bienes jurídicos de carácter personal que tutela el precepto». (F. J. 4º)

DELITO DE INCENDIO. Doctrina sobre el art. 351 CP.

Recurso: Casación nº 2505/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 432/2010 de fecha 29/04/2010

«... lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación y como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas. Como se argumenta en la STS 1457/1999, la

consideración del delito de peligro abstracto se ha acentuado en la medida en que el inciso segundo del art. 351 prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor. Precisamente por ello se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas (STS de 13 de Marzo de 2000).

Desde esta doctrina, hay que declarar claramente, que desde un mínimo rigor intelectual no puede cuestionarse que el arrojar un cóctel molotov al interior de un bar donde hay personas integra el delito del art. 351 del Cpenal en su inciso primero, tanto más, cuanto el peligro mixto, concreto y abstracto del tipo, en el presente caso tuvo la incuestionable realidad de dos personas lesionadas, una de ellas de cierta entidad como lo acredita los 167 días que tardó en curar; y en relación a la falta de motivación de la sentencia, que se denuncia, tal alegación solo es posible si no se ha leído el f.jdco. segundo, págs 6 y 48 de la sentencia». (F. J. 3º)

DELITO DE INCENDIO. Riesgo para las personas. Tentativa.

Recurso: Casación nº 1693/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 338/2010 de fecha 16/04/2010

«...Estudiaremos ahora la calificación jurídica como delito doloso de incendio con riesgo para la vida de las personas, tipificado en el inciso primero del párrafo primero del art. 351 del Código penal, que ha sido la calificación jurídica acogida por la Sala sentenciadora de instancia. Los recurrentes pretenden: o bien la subsunción en el inciso segundo, que es el tipo cualificado por la menor entidad del peligro producido (subtipo atenuado), o la degradación a falta de daños, en función de los desperfectos ocasionados.

Este reproche casacional ha de ser desestimado, en tanto que la correcta calificación de los hechos, al estar el delito imperfectamente ejecutado (esto es, en grado de tentativa criminal), debe ponerse en relación con la perspectiva de lo que hubiera sucedido si el impacto hubiera penetrado en la vivienda, no lo realmente acontecido, pues si así fuera la subsunción jurídica nos llevaría a la consumación. Este es el desenfoque de los reproches casacionales. En otras palabras: no se puede partir de la causación física del impacto con unos daños ciertamente escasos en la realidad de los hechos probados, para entenderlos comprendidos, a lo sumo, en el segundo inciso del párrafo primero del art. 351 del Código penal, y a continuación, rebajar la respuesta punitiva como consecuencia del grado imperfecto de ejecución. Lo que ha de tenerse en consideración en la tentativa es lo que pudo ser y no fue,

es decir: lo que hubiera acontecido en caso de consumación criminal, y partir de ahí, operar por la vía del art. 62, como después haremos nosotros.

El tipo objetivo del delito de incendio del art. 351 el Código penal consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación la creación de un peligro o riesgo cierto para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado. Desde el punto de vista subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Y debemos tener en cuenta, como recuerda la STS 969/2004 de 29 de julio, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar, siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro (STS 381/2001, de 13 de marzo). La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual (SSTS 142/97 de 5.2, 2201/2001, de 6.3.2002 y 724/2003, de 14.5) .

(...)

En el caso enjuiciado, la entidad del peligro no es de menor entidad, pues el peligro desplegado –en términos potenciales– fue inmenso por las consecuencias que pudo tener para los moradores de la casa, en el supuesto de penetración del aparato incendiario, pues no se olvide que se hallaban durmiendo en la habitación, como pusieron de manifiesto las declaraciones practicadas en el plenario y lo afirmado al respecto, sobre tal peligro, por los dictámenes periciales en el acto del juicio oral. Otra cosa es que la consecuencias reales del hecho, por su torpe tentativa, próxima a la tentativa inidónea, condujeron a constatar unos mínimos daños, al impactar el objeto contra la piedra de la pared del edificio, y el escaso volumen del líquido inflamable (un botellín de cerveza), lo que no produjo más que el ennegrecimiento de la fachada, aspecto éste que nos situará en la degradación penológica de que trata el art. 62 del Código penal, y no en la subsunción en el inciso segundo del apartado primero del art. 351 del Código penal, pues éste delito atenuado no es una suerte de tentativa del primero, sino un delito autónomo, que tiene sus específicos perfiles jurídicos, y buena prueba de ello es que la jurisprudencia de esta Sala Casacional ha permitido igualmente aplicar al mismo las reglas de la tentativa. En otras palabras: podemos plantearnos si en estos casos cabe una atenuación mayor que la ya prevista en el art. 351.1.2º Código Penal (atenuación especial, que sólo alcanza a un grado de la pena en los supuestos en los que el peligro causado sea de poca entidad). Esta Sala ya ha declarado en la Sentencia 1250/2002, de 5 de julio de 2002, que la respuesta ha ser positiva.

La tentativa requiere la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de su voluntad.

En el caso actual, y aplicando el art. 62 del Código penal, una vez que la Sala sentenciadora de instancia no ha explicado por qué se ha inclinado por rebajar un solo grado la pena, a la vista de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la muy escasa entidad del daño producido, que lo es el peligro inherente a la tentativa con respecto al bien jurídico protegido, se han de rebajar en dos grados la penalidad aplicable, operación que efectuaremos en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto.

Quedan así resueltos los motivos 3º de Jordi Martínez Cánovas, 2º y 4º de Raúl Roca Solaz y de Antonio Suárez Gorrera, debiendo ser parcialmente estimados». (F. J. 3º)

DELITO DE LESIONES. Riña tumultuaria.

Recurso: Casación nº 728/2009

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1180/2009 de fecha 18/11/2009

«..Frente a esa idea, conviene recordar que en el art. 154 del CP se castiga a quienes “riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas”. Esa es la acción típica, de suerte que el hecho se agota con la simple participación en la riña, poniendo en peligro los bienes jurídicos que el precepto acota. Se trata, por tanto, de un delito en el que el injusto no va más allá de la generación de peligro, al margen de las efectivas lesiones que pudieran provocarse. No estamos en presencia, claro es, de un delito de sospecha, a manera de forzado expediente para sancionar en los casos de desconocimiento de quién hubiera sido el autor de las heridas ocasionadas en el tumulto. Hablamos de un delito que presenta una naturaleza autónoma que no debe ser aplicada con carácter subsidiario en aquellos casos en los que no pueda probarse la autoría de las lesiones o el homicidio, sino sólo en aquellos otros en los que pueda acreditarse la participación en la riña, con generación de peligro concreto.

En nuestra sentencia 486/2008 11 de julio-, con cita expresa de las SSTs 703/2006, 3 de julio y 513/2005, 22 de abril, recordábamos que el delito previsto en el art. 154 del CP configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes: a) que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados. Por lo tanto la agresión personal y directa o, incluso, formando causa común dos sujetos contra un tercero, no pueden entenderse incluidas en este precepto,

sino en los correspondientes de lesiones; b) que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, decía de forma muy expresiva el anterior art. 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual; c) que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes; d) así las cosas, concurriendo esos tres elementos son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Ha de entenderse todos los que hubieran participado en el bando de los que hubieran utilizado esos medios peligrosos, caso de que en alguno de tales bandos nadie los hubiera utilizado. Evidentemente, por exigencias del principio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó (cfr. STS 86/200, 31 de enero), bien entendido que cuando se produce el resultado lesivo, tienen preferencia en su aplicación los arts. 147 y concordantes que consumen la ilicitud propia del delito de peligro, aunque obviamente esta punición por la causación del resultado tiene como condición que se conozca el causante de la lesión». (F. J. 7º)

DELITO DE MALTRATO FAMILIAR. Doctrina.

Recurso: Casación nº 265/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1139/2009 de fecha 30/09/2009

«1.- El delito de maltrato del art. 153 del Código Penal que sanciona a quien por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea esposa, no es un delito de tendencia que exija un específico propósito de lesionar, sino un dolo concretado a los elementos del tipo objetivo es decir a la acción misma maltratadora. Por lo tanto su exclusión no puede fundarse, como hace la sentencia recurrida, en que el acusado no se representó el posible resultado que de hecho se produjo. Esta ausencia de dolo sobre el resultado es lo que permite precisamente su imputación a título de culpa o imprudencia grave.

Cuando a la acción maltratadora realizada con dolo limitado a la acción misma se suma un resultado que superando el ámbito de la intención del sujeto le es reprochable a título de imprudencia, han de apreciarse como dice el Ministerio Fiscal el concurso de ambas infracciones de maltrato doloso y de lesiones imprudentes.

Ahora bien: para la apreciación del maltrato es inexcusable que el hecho probado refleje o describa la acción en términos suficientemente explícitos como para permitir la subsunción de éste en el tipo penal. Es preciso que la desvaloración propia del comportamiento maltratador se encuentre en la concreta acción realizada, mediante una descripción suficientemente expresiva de esa condición». (F. J. 4º)

DELITO DE MALTRATO FAMILIAR. Sujeto pasivo.

Recurso: Casación nº 566/2009

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1068/2009 de fecha 04/11/2009

«...Ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevee la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino.

En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo, máxime teniendo en cuenta que las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 171.4 C.P., en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la L.O. 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por vulnerar los arts. 9.3 y 10, 14, 24.2 y 25 C.E. (en una de las cuales se aducía precisamente como ejemplo de discriminación por omisión, el que la Ley no contemple los actos de violencia cometidos en una pareja estable homosexual, con lo que, en todo caso estarían excluidos de los arts. 153.1 y 171.4º C.P. los supuestos de parejas homosexuales masculinas), han sido todas ellas desestimadas por distintas resoluciones del Alto Tribunal y, en concreto, por las dictadas por los Plenos de éste en SS.T.C. de 24 de julio de 2.008 y de 19 de febrero de 2.009, en la que se recalca -entre otras consideraciones- que el art. 171.4 no vulnera ninguno de los valores constitucionales que se protegen en los preceptos invocados por los proponentes, ya mencionados, señalando que el artículo del Código Penal cuestionado, que establece paladinamente como autor del hecho punible a un hombre y como víctima a una mujer se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, "que el legislador entiende como insuficientemente protegid[a]s en el ámbito de las relaciones de pareja", y "la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito" (STC 59/2008, F.8)». (F. J. 2º)

DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Elementos.

Recurso: Casación nº 1878/2009

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 132/2010 de fecha 18/02/2010

**«...Son presupuestos del delito por el que se ha formulado condena:
a) la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o**

de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de su facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; d) sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo; e) ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (SSTS 1074/2004, 18 de octubre y 98/1995, 9 de febrero). En el tipo subjetivo, es suficiente el dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos (STS 545/1999, 26 de marzo).

Pues bien, el eje argumental sobre el que se construye el discurso exoneratorio del recurrente parte de un error. El derecho administrativo regulador del régimen jurídico de la contratación pública, no avala la idea de que cualquier contratista que sufra un perjuicio en el desarrollo de la ejecución de un contrato de obra, puede resarcirse presentando una factura en la que esa obra se simula terminada y en la que se abona la cantidad en la que el interesado fija unilateralmente el importe de ese perjuicio. Son otros los principios que informan el cumplimiento prestacional por el contratista y el abono de lo adeudado por la Administración.

La Ley 13/1995, 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de comisión de los hechos, establecía como criterio general, en su art. 99, que "...la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista", excepto en los supuestos de fuerza mayor. Y entre los casos de fuerza mayor, desde luego, no se incluye la simple interrupción de las obras como consecuencia de la oposición vecinal (art. 144). Es en el art. 152.3 en el que se regula el régimen indemnizatorio para los casos de "...suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses", atribuyendo al contratista el derecho a percibir "...por todos los conceptos una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación". Añade el apartado 4 del mismo precepto que "...si el aplazamiento fuese superior a un año o decidiese la Administración la suspensión definitiva de las obras, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial".

Es cierto que tales principios miran preferentemente a conflictos interpretativos surgidos con ocasión de la ejecución de contratos, frente a otras formas más ágiles de prestación que, por razón de su cuantía, toleran menos rigor formal. Sin embargo, su ponderación en el momento del juicio de tipicidad resulta más que aconsejable, sobre todo, cuando se trata de no amparar vías de hecho de las que resulten un daño o peligro para los fondos públicos.

Lo que no puede aceptarse, en el marco jurídico de la contratación administrativa de cualquier sistema democrático, es la irrelevancia penal de la conducta de aquel que autoriza un pago basado en una factura falsa que no se corresponde con obra realizada y que, en realidad, está encubriendo el abono de una cuantía final que, lejos de ser fijada con arreglo a los criterios legales establecidos por la Ley 13/1995, se determina de forma unilateral por quien se considera perjudicado por la movilización de efectivos y la no ejecución total de las obras.

Tampoco puede acogerse la idea de que no se ha acreditado el ánimo de lucro y que los hechos, en realidad, son expresivos de una imprudencia o impericia en el ejercicio de las funciones que el acusado tenía encomendadas.

Es suficiente una lectura de distintos fragmentos del juicio histórico para rechazar ese razonamiento. Allí puede leerse que “...José M. R., como secretario del Distrito M., tenía la función de contratar las órdenes de actuación urgente, dar por concluido esos expedientes y tramitar el pago de las obras realizadas sin la intervención de los funcionarios” (apartado 8). El acusado “...conscientemente permitió que José P. G. cobrara obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas pese a conocer que éstas no se habían ejecutado o se habían ejecutado parcialmente” (apartado 9) y “...sabía que José P. G. no era el representante de Contratas de ... SL y no podía actuar en su nombre” (apartado 11).

No es fácil argumentar la ausencia de dolo a partir de esas premisas fácticas. Quien conoce que está abonando facturas por obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas y quien conoce, además, que el beneficiario de esas cuantías carece de título jurídico hábil para la recepción del dinero, no puede luego escudarse en la impericia en el ejercicio de sus funciones. El acusado sabía que con su conducta menoscaba la integridad de los fondos públicos. No podía ignorar, en fin, que mediante la elusión de todo tipo de controles para la fiscalización del gasto, ocasionaba una situación de riesgo para las rentas públicas, situación que fue aprovechada por otros para la obtención de un ilícito beneficio a costa del erario público.

No hubo, por tanto, error jurídico en el juicio de subsunción». (F. J. 3º)

DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Malversación impropia: no concurren los elementos.

Recurso: Casación nº 1129/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1374/2009 de fecha 29/12/2009

«3. En el supuesto que ahora se enjuicia los problemas de subsunción se suscitan con respecto a la condición de sujeto activo del delito que se le atribuye en la sentencia recurrida a la acusada. Esta

desempeñaba cuando ejecutó los hechos el cargo de Secretaria de Administración de la Comisión Ejecutiva Provincial de FETE-UGT de C., según se especifica en el “factum” de la sentencia recurrida, siendo en tal condición la responsable de la contabilidad del sindicato a nivel provincial, con sede de trabajo en la ciudad de Jérez de la Frontera.

Así las cosas, es claro que no tenía la condición de funcionaria, por lo que se le aplicó el tipo penal de la malversación impropia del art. 435.1ª del C. Penal, precepto que extiende la punición del art. 432 “a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas”.

El debate se centra por tanto en dilucidar si la acusada puede ser considerada sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos por la vía extensiva del art. 435.1ª del C. Penal. Y más en concreto si puede ser catalogada como persona “encargada” de caudales públicos por el hecho de llevar la contabilidad del sindicato en la provincia de Cádiz.

A tales efectos, ha de partirse de la premisa incuestionable de que el dinero remitido al sindicato como subvención tiene la condición de caudal público, pues se trata de una subvención concedida por la Fundación para la Formación Continua (FORCEM). El dinero procedía, pues, del Estado español. Sin embargo, ello no significa que la acusada por el mero hecho de llevar la contabilidad del sindicato que se vio beneficiado por la subvención deba ser considerada como persona encargada de un fondo público y por lo tanto sujeto activo del tipo penal de malversación.

A este respecto, conviene subrayar que, tal como se especifica en la sentencia recurrida, la acusada no tenía la libre disponibilidad de los fondos concedidos como subvención, pues para extraerlos de la cuenta bancaria del sindicato no era suficiente con su firma, sino que precisaba una segunda firma, ya fuera la del Secretario General de la Ejecutiva Provincial o la del Secretario de Formación de la Ejecutiva Provincial del Sindicato.

También debe ponderarse que las subvenciones se le concedían al sindicato a nivel nacional y después éste, una vez retenidas las sumas que le correspondían por su gestión, remitía las cantidades correspondientes a las ejecutivas de las distintas provincias. El hecho de que la acusada interviniera en su condición de encargada de la contabilidad en la gestión de los cursos y que tuviera relación con la tramitación de las subvenciones no quiere decir que fuera una persona encargada por la Administración de un fondo público, ni que por tanto el apoderamiento del dinero la convirtiera en sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos.

El tipo penal del art. 432 requiere la vulneración del deber de confianza y fidelidad que ha de exigirse a un funcionario público en la administración y gestión de un fondo público. De modo que es la infracción de un deber específico de funcionario la que agrava la conducta con respecto a los delitos patrimoniales comunes de apoderamiento. Y si bien es cierto que el art. 435 del C. Penal extiende el concepto de sujeto activo a personas

que no tienen la condición de funcionario público, ello no quiere decir que cualquier persona particular que tenga relación directa con la gestión de una subvención pública se convierta insoslayablemente en sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos.

El art. 435.1ª del C. Penal se refiere a aquellos sujetos que se hallen “encargados” de fondos de las Administraciones Públicas. Ello parece exigir cuando menos que la Administración encomiende o ponga al cuidado —esto es lo que significa “encargar”— de una persona un fondo público. Y en este caso lo que se hace es entregar una subvención a un sindicato, parte de la cual, acaba siendo gestionada de facto por una persona encargada de la contabilidad de una ejecutiva provincial, quien no le da el destino final que tenía asignada la suma concedida.

Tanto el cargo secundario que ocupa la acusada en el sindicato como la recepción mediata de la subvención que procede de la sede central del sindicato, impiden entender que la Administración haya encomendado a la acusada un fondo público y que se dé por tanto el incumplimiento de un deber especial equiparable al de un funcionario público.

(...)

Así pues, ha de entenderse que el hecho de que la acusada haya recibido los fondos del propio sindicato y en relación con la labor de contabilidad que desempeña en el mismo, así como las limitaciones que tiene para disponer de ellos, para lo cual no es suficiente con su sola firma, sino que precisa de la de otros afiliados con funciones específicas en el ámbito de las subvenciones, determinan la inaplicación del art. 435.1º del C. Penal. Y es que no concurren las razones materiales que han de justificar la aplicación de una norma que extiende el ámbito propio del sujeto activo para asimilar la intervención del particular a la del funcionario público. Se está ante un precepto que ha de ser interpretado de forma restrictiva y atendiendo siempre a las condiciones concretas que se dan en la persona que tiene relación con la gestión de los fondos públicos. Sin que, según se ha razonado, las facultades y la vinculación de la acusada con respecto a las sumas concedidas como subvención, legitimen la exasperación punitiva del art. 432 del C. Penal a través de un precepto extensivo (art. 435), cuya aplicación requiere una relación especial (cuasi-funcionarial, podría decirse) con el fondo público que en el caso examinado no se da.

4. De lo expuesto anteriormente se colige que el ámbito adecuado de punición de la conducta de la acusada es el relativo a los delitos patrimoniales comunes. De forma que si se considera que la aportación de la documentación falsa ha sido determinante para la concesión de la subvención, habría que incardinar los hechos en el delito de estafa básica de los arts. 248 y 249 del C. Penal, y de no estimar determinante el engaño documental los hechos se subsumirían en el delito de apropiación indebida de los arts. 252 y 249 del C. Penal.

Sin embargo, y vistos los razonamientos que se exponen en orden a la prescripción en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida, sería preciso para que tales delitos no estuvieran prescritos que tuvieran asignada una pena superior a los cinco años de prisión, pena que no concurre en los supuestos de los tipos básicos de estafa y de apropiación indebida, que serían los aplicables en el presente supuesto dada la cuantía defraudada (escasamente superior a los seis mil euros). Y otro tanto cabría decir en lo que atañe al delito continuado de falsedad en documento mercantil, referido a las facturas falsas aportadas con el fin de justificar los gastos relativos a los dos cursos de formación que no se impartieron realmente, pues tampoco en este caso (arts. 392 y 390.1.1º y 3º del C. Penal), se rebasaría el límite punitivo de los cinco años de prisión.

De otra parte, en el supuesto de que la suma dineraria distraída superara los 80.000 euros se podría plantear la opción de subsumir los hechos en el delito de fraude de subvenciones, previsto en el art. 308 del C. Penal. Sin embargo, al no darse ese elemento objetivo, es claro que tampoco cabe aplicar ese tipo penal». (F. J. 3º)

DELITO DE TENENCIA DE MONEDA FALSA. Tenencia de tarjeta de crédito falsa. Acuerdo del Pleno de 16/12/2008.

Recurso: Casación nº 1148/2008

Ponente: Sr. Colmenero Menendez de Luarca

Sentencia: nº 627/2010 de fecha 29/06/2010

«En el Pleno de 16 de diciembre de 2008, hemos acordado lo siguiente: " la tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386, párrafo 2º del CP , precisará la acreditación de una finalidad de transmisión ".

Pues, bien, en los hechos probados no solamente no se refleja tal finalidad de transmisión, sino lo que es más importante, de las pruebas practicadas no se deduce de manera inequívoca que la procesada conociera la falsedad intrínseca de tales tarjetas, y aún existiendo la posibilidad de que las utilizara a sabiendas de su "falsedad", ha de entenderse por ésta (falsedad) que no eran suyas, es decir, que habían llegado a sus manos de manera ilícita, por ejemplo, procedentes de un delito contra el patrimonio ajeno, pero desconociendo la manipulación de sus bandas magnéticas. Es decir, que se había suplantado la personalidad del titular de la tarjeta para ilícitamente obtener un beneficio. Y ello se deduce del dato que hubo de confeccionarse un D.N.I. que coincidiese con el nombre del titular, el cual fue exhibido por la procesada para poder adquirir los productos comerciales, anteriormente descritos. Evidentemente, la falsedad de la banda magnética no pudo ser apreciada a simple vista por la ahora recurrente.

Es por ello, que ha de estimarse el motivo primero del recurso, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de la presunción de inocencia,

proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, al tratarse de una inferencia que no resiste la característica de inequívoca, que incuestionablemente exige la prueba indirecta o por presunciones.

(...)

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional, toda vez que existía la posibilidad de que la acusada creyese que la tarjeta utilizada había sido robada, y posteriormente entregada a la misma para verificar esa operación por encargo de un tercero, y el dato de la confección de un DNI " ad hoc " lo avala, lo que permite optar por otra alternativa conclusiva más favorable para el acusado, razón por la cual se ha vulnerado el derecho constitucional invocado por la recurrente, al no tratarse, como hemos dicho más arriba, de una inequívoca conclusión, sino que admite otras alternativas más favorables». (F. J. 1º)

DELITO DE TORTURAS. Elementos del delito.

Recurso: Casación nº 1935/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 922/2009 de fecha 30/09/2009

«...

Centrándonos en el delito de tortura el Código Penal de 1995 ha incorporado en su art. 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales, y especialmente por el V Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente de 1.9.75, y por la Convención contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10.12.84, ratificada por España el 21.10.87, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido... la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral (STS. 701/2001 de 23.4).

En su estructura típica –nos dice la STS. 1391/2004 de 26.11- concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

La definición de tortura que se ha recogido en el artículo 174 del actual Código Penal establece además una diferenciación de la conducta, y de la sanción correspondiente, en función de la gravedad del atentado, señalando tan solo como pautas en alguna forma orientadoras para determinar cuando puede una conducta constituir tortura, el sometimiento a "condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias" determinaran los resultados antes enunciados.

El sistema penológico varía si además del atentado a la integridad moral, se produjese lesión o daño a la vida, , integridad física, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero se castigarán los hechos pro separado, con la pena que corresponde por los delitos o faltas (art. 177 CP.), pues al tratarse de entidades delictivas independientes, con bienes jurídicos de distinta naturaleza, es posible su castigo por separado (STS. 769/2003 de 31.5), estableciendo en el art. 177 una regla concursal que obliga a castigar separadamente la lesiones a los bienes jurídicos que enumera de las producidas a la integridad moral (SSTS. 1218/2004, 414/2007 y 891/2008).

Finalmente, no es preciso para la consumación del delito que el propósito que guía al agente se va cumplido, sino que constituye un elemento tendencial, junto con el dolo, que debe darse en quien actúa». (F. J. 3º)

DELITO FISCAL. Fraude de subvenciones.

Recurso: Casación nº 548/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1046/2009 de fecha 27/10/2009

«..2. El artículo 307 sanciona, entre otras conductas, al que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las

cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta. La conducta típica, pues, consiste en defraudar eludiendo el pago.

En la STS nº 1333/2004, en relación con el empleo del término “eludir”, luego de señalar que “equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer la declaración debida (omisión)”, se afirma que “ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social”, relacionando los términos empleados con el paralelo delito fiscal del artículo 305.

Aparentemente en sentido diferente, de la STS nº 523/2006, podría deducirse que sería bastante la mera omisión del pago. Argumentaba esta Sala en esa ocasión que “cuando la Ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una «maniobra de elusión o defraudación», que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 CP. consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado”.

Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando se ha comunicado la existencia de la deuda, sea bastante el impago para configurar el delito, pues la omisión a la que se refiere no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa, a la que el sujeto viene obligado. La descripción típica no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando. La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significa “defraudar eludiendo”, debe superar la situación creada por quien comunica la existencia de la deuda y luego no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso. La omisión, en consecuencia, será una acción típica porque supone una conducta en la que implícitamente se afirma que no concurren los presupuestos fácticos que harían obligatorio el pago de las cuotas o cantidades correspondientes. En este sentido, aunque referida al delito fiscal del artículo 305, en el que igualmente la acción típica examinada es defraudar eludiendo el pago, se pronunció esta Sala en la STS nº 1505/2005, en la que se concluye que “no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina”. En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS nº 801/2008, en la que se afirmó que “Para que se produzca la conducta típica del art. 305 C.P., no basta el mero impago de

las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (véase STS de 20 de junio de 2.006, entre otras)”.

(...)

4. Desde el punto de vista del significado de las palabras, según el DRAE, defraudar significa en su tercera acepción “eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones”, entendimiento que debe ser rechazado para evitar la reiteración de dos términos con el mismo significado. Pero también significa, en su primera acepción “privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”, lo cual coincide con el sentido que se propone, en cuanto que las obligaciones del contribuyente o de quien debe ingresar las cuotas a la Seguridad Social vienen precedidas del deber de declarar, que es, precisamente, el primero que se incumple, dando lugar a la elusión del pago de la cantidad debida.

En conclusión, partiendo del deber de declarar y pagar o ingresar lo procedente, la conducta típica “defraudar eludiendo” exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, tributariamente o en relación al ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social. Lo cual puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta, pues tanto una como otra ocultan la realidad y en ese sentido suponen una defraudación». (F. J. 4º)

DELITO PROVOCADO. Requisitos. No concurre.

Recurso: Casación nº 517/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1166/2009 de fecha 19/11/2009

«... Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la “notitia criminis”, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa –acerca de una realidad delictiva ya existente–, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas. No se provoca nada que no estuviera ya en la ideación –eventualmente ejecución– del criminal, sino que se trata lisa y llanamente de comprobarlo. Así, pongamos por caso, si se solicita la venta de sustancias estupefacientes a quien se encuentra dolosamente en condiciones de hacerlo, o bien es su deseo proporcionarlas, y en efecto, se ofrecen a cambio de precio, no se provoca nada, sino única y exclusivamente se comprueba la comisión de un delito contra la salud pública, por el que estaba dispuesto a cometer, de todos modos, tal delito, con tal de tener un comprador que acudiese al concurso de su oferta. Pero ni siquiera éste es el caso de autos, pues es a un tercero, y no a un agente policial, a quien se ofrece la sustancia estupefaciente, y por si fuera poco, la tenencia de otros carretes de fotos con igual disposición de dosis individuales dispuestas para

su venta, acreditaría, en todo caso, una tenencia preordenada al tráfico, fuera de tales contornos fácticos.

Esta conclusión, en esta sede casacional aparece totalmente razonable y razonada, con la consecuencia de rechazar el recurso formalizado por no estar en presencia de un supuesto de delito provocado». (F. J. 3º)

DELITO PUBLICITARIO. Concepto: Directiva comunitaria 11/05/05.

Recurso: Casación nº 946/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1097/2009 de fecha 17/11/2009

«12.- Avanzando en el desarrollo de la trama, se declara probado que para conseguir alguno o la totalidad de los fines "se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra) denominado posteriormente British College of Osteopathy Medicine BCOM".

El acuerdo consistía en que este último organismo "podría reconocer el diploma que se expidiera en U. a los alumnos para optar, tras un curso de conversión, a una titulación oficial británica".

13.- Llevó a cabo una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos en los que se hacía constar que el Curso de Estudios Superiores estaba homologado por el organismo británico mencionado. Es importante recoger la parte del folleto que se incorpora al hecho probado y que transcrito dice así: "Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el Colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO y la superación con éxito del programa permite obtener el diploma de osteopatía, DO. Una vez obtenido el diploma de osteopatía de BCNO-U., el alumno podrá continuar el programa de conversión del BCNO en la U. para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (Titulación universitaria oficial británica equivalente a las licenciaturas españolas)".

14.- Los folletos se presentaron en una exposición en los años 1998 y 1999, siendo en la misma donde se captó a la mayoría de los alumnos. La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid le obliga a eliminar cualquier referencia a su cualificación como Universidad, cambiando la denominación a Centro de Estudios Superiores, el 19 de Diciembre de 2003.

(...)

20.- El punto decisivo radica en la existencia o no de engaño al que ya nos hemos referido. Todo el sustento argumental de la sentencia gira en torno a la homologación. La omisión de elementos componentes de la oferta puede realizarse con ánimo engañoso, pero su impacto ilícito habrá que determinarlo en cada caso concreto. No se trata de discutir sobre sí el

término "validación" hubiera sido más correcto que "homologación" porque en definitiva lo verdaderamente perjudicial para los intereses de los denunciantes consumidores sería haberles creado la falsa expectativa de la posible convalidación en Madrid en lugar de en Londres.

21.- Llegado a este punto, la sentencia despeja la cuestión en el folio 19, cuando aclara que una vez surgida la natural polémica en el año 2003, los representantes ingleses de BCOM vinieron a España para reunirse con el alumnado, lo que indica que las referencias sobre la validación por parte de la entidad británica no eran totalmente imaginarias sino que existía una relación real. Es cierto que los ingleses decidieron que existía "falta de seriedad apreciable" y que se negaron a que la convalidación se realizase en Madrid para facilitar un mayor control de su parte.

22.- Ahora bien, la sentencia se decanta por estimar que la oferta no era intencionalmente engañosa sino que el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Afirman los juzgadores de la instancia que fueron los ingleses los que, a partir de esta conversación en el año 2003, y no antes, decidieron el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa». (F. J. 2º)

DELITO SOCIETARIO. El impedimento del ejercicio de los derechos de los socios.

Recurso: Casación nº 1339/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1351/2009 de fecha 22/12/2009

«..El comportamiento típico consiste en negar o impedir a un socio, sin causa legal, el derecho de los ejercicios arriba mencionados. Con ello la superposición de acciones civiles y penales resulta inevitable. La obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios legitima la impugnación del acuerdo así viciado y, a la vez, formalmente cumple los requisitos típicos de la figura que nos ocupa. El legislador ha optado por suprimir la exigencia de un comportamiento "malicioso y reiterado", tal como hacían sus antecedentes inmediatos, sin añadir, no obstante, ningún otro atributo que permita diferenciar ambas actitudes.

La negativa o el impedimento, la actividad típica, tiene que ser dolosa. La exigencia típica de que no exista causa legal que justifique la negación o impedimento de los derechos, se alza como única barrera a la intervención penal. Las dudas sobre su existencia, o en otros términos, el error vencible (art. 14.1 CP) sobre este elemento del tipo dará lugar a la atipicidad de la conducta. (F. J. 3º.3)

...Pues bien, en nuestro caso, el escrito de calificación de la acusación (fº 1208 a 1224, y fº 71 del acta de la Vista) se encarga de especificar que "los hechos relatados son constitutivos de un delito societario de lesión de derechos sociales de participación del art. 293 del CP, en tanto se negó a los socios, es decir a H. S.A., el ejercicio de sus derechos como tal (derecho de información, derecho de participación en la gestión y en el control de la marcha de la sociedad)".

En el supuesto que nos ocupa -como recuerda la recurrente- los imputados no sólo no ofrecieron información a los socios en los términos del art. 112 de la LSA, sino que se negaron a convocar Juntas en repetidas ocasiones, y cuando finalmente accedieron, se deshicieron de uno de los representantes de H. en el Consejo. Por tanto, la falta de información, por muy instrumental que sea, existe, tanto por la negación como por la falta de convocatoria de las Juntas, siendo tanto más grave y relevante esta segunda figura cuando lo que se produce en los socios es el efecto indeseable de omitir la información que permite estar al corriente de la marcha de la sociedad.

Con esta clamorosamente abusiva actitud, se deja de convocar Juntas, se deniega la convocatoria, y se ofrece finalmente, y muy a pesar de los acusados, algo que en modo alguno se puede calificar como "información" sobre la marcha de la sociedad.

Pretende la Sala de instancia una restricción en la aplicación del tipo penal mencionado, amparando la restricción de la intervención de la jurisdicción penal "cuando estemos ante unos hechos perseguibles en otro orden jurisdiccional", pero olvida que, conforme jurisprudencialmente se ha precisado, la restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto (ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social), de la conducta típica (negativa o impedimento) y del elemento normativo (sin causa legal), y que analizando cada uno de esos parámetros, a la vista de los hechos enjuiciados y probados, estamos ante un tipo perfectamente aplicable. Piénsese que no hay información si no hay Junta de accionistas, y no hay Junta si no se convoca por quien tiene el deber y obligación de proceder a esa convocatoria.

Aplicando esta doctrina jurisprudencial a los hechos declarados probados en la misma sentencia de instancia, es patente la incoordinación de los mismos en el tipo imputado, por lo que procederá casar la sentencia de instancia en este extremo y dictar otra en la que se califique aquéllos como constitutivos del referido delito, previsto en el art. 293 CP, imponiendo la pena que se precisará en segunda sentencia». (F. J. 3º.5)

DELITO SOCIETARIO. Gestión desleal y apropiación indebida.

Recurso: Casación nº 1207/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 47/2010 de fecha 02/02/2010

«..Cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad. Pero tal cosa puede ocurrir en dos casos diferentes. De un lado, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos.

De otro lado, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas. También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no solo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal. Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como “distracción” en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252.

Esta forma de entender ambas conductas encaja con lo que se decía en la STS nº 1114/2006, de 11 de abril, en la que se afirmaba que “la expresión “distraer dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición”. En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS nº STS 915/2005, de 11 de julio.

En consecuencia, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo “administra” mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad: conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 397/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1045/2009 de fecha 04/11/2009

«... en relación a la denominada conexión de antijuricidad, debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida en sentencias 416/2005 de 31.3, y 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1...»

... de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

.... Por otra parte, se ha mantenido la desconexión de antijuricidad, por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no sólo del acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 29.5) “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas” y porque “la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse su aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (SSTC. 161/99 de 27.9, 8/2000 de 17.2, 136/2000 de 29.5)». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación del IMEI.

Recurso: Casación nº 11177/2008 P
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 921/2009 de fecha 20/10/2009

«...el Tribunal de instancia expone que la monitorización es un método tecnológico que permite detectar el número de un teléfono móvil en uso a través del denominado IMEI del mismo, que es una clave alfanumérica traducible, posteriormente, a ese número de la terminal, sin intromisión en el contenido del ámbito de la intimidad, es decir, es un acrónimo del inglés que significa *Identidad Internacional del Equipo Móvil*. Cada GSM y UMTS de telefonía móvil tiene un único número IME. Número IMEI que sirve para identificar un teléfono móvil que se utiliza en GSM (Global System for Mobile Communications) de red. El IMEI es un instrumento útil para poner fin a un teléfono por ejemplo, sustraído. Con un número IMEI, el teléfono puede ser retirado de la red de forma rápida y sencilla. El IMSI es el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil)*. Es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil integrado en la tarjeta SIM, que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Y cita la STS de 23 de enero de 2.007, exponente de una línea jurisprudencial según la cual señala que en relación con la obtención de las claves alfa numéricas (IMSI e IMEI) por los métodos utilizados por la policía, termina diciendo 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". (.....).

Es cierto que alguna sentencia de esta Sala se aparta de la línea mayoritaria, y considera que el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 C.E., se extiende no sólo a la grabación y escucha de las conversaciones mantenidas a través del teléfono del sospechoso que ha sido intervenido, sino también a lo que la STS de 19 de febrero de 2.007 califica como la obtención de "datos externos", entre ellos el de la identificación del número del teléfono del investigado del que luego se interesa su intervención al juez, mediante la utilización de medios técnicos, declarando la mentada sentencia que la captura de esos datos

"tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación a efectos constitucionales y legales".

Sin embargo, y al margen de que este criterio no es compartido por la doctrina mayoritaria, lo cierto es que la sentencia de referencia establece la vulneración del derecho constitucional en atención a la actividad probatoria practicada en el Juicio Oral en el que los testimonios de algunos funcionarios policiales que participaron en la operación, aportan datos suficientes de que la obtención del número de teléfono luego interceptado se había producido mediante esos medios técnicos. Elemento esencial de contenido probatorio que fundamenta el pronunciamiento estimatorio de la impugnación de los acusados, pero que, como ya hemos dicho, no concurre en el caso presente, donde ninguna prueba sustenta la alegación del recurrente, existiendo, por el contrario, otras pruebas testificales que rechazan el uso de tales instrumentos electrónicos, que el Tribunal ha valorado en el ejercicio exclusivo de su potestad de ponderar las pruebas de carácter personal practicadas a su presencia con contradicción, oralidad e inmediatez.

En todo caso, repetimos, la doctrina mayoritaria de este Tribunal Supremo es contraria al criterio que sienta la mencionada sentencia de 19 de febrero de 2.007, y que se expone en los dos votos particulares formulados contra ésta que, por su interés, deben ser consignados.

"La sentencia de la que discrepamos parte de un prejuicio sobre la obtención del número de teléfono, afirmando que el mismo es resultado de una intromisión ilegítima en el contenido de una conversación, es decir, a partir de una vulneración del derecho fundamental se obtiene el número de teléfono que posteriormente se interviene. Esa conclusión carece de base atendible, pues el funcionario policial, en la única pregunta que se le formuló sobre la obtención afirmó la existencia de medios técnicos suficientes para obtener ese conocimiento y, como hemos expuesto, conocemos que, ciertamente, esos medios técnicos existen y no son lesivos con la intimidad que queda salvaguardada. La consideración de lesiva carece de apoyo y la necesidad de que fuera justificada, aunque cierta, dependerá de que exista una indagación al respecto, lo que en el enjuiciamiento no existió porque los funcionarios no fueron requeridos para participar esos datos.

"Es cierto que las comunicaciones, en especial las telefónicas, merecen la mayor de las consideraciones, tanto por ser la vía de intercambio de aspectos muy reservados de la vida de la persona, en su relación con terceros que, igualmente, se ven afectados con su "escucha", como porque, y esto es de extraordinaria importancia también, el sometido a la diligencia es mantenido durante su ejecución en la ignorancia de que la misma se está produciendo, no pudiendo, por ello, ejercitar en simultaneidad con aquella sus legítimos derechos frente a semejante gravísima injerencia.

"Por eso se otorga precisamente a la jurisdicción la función de garante de esos intereses, mediante la autorización y ulterior control de la

intervención, debiendo exigirse que esa misión se cumpla con el máximo rigor, como la especial sensibilidad de la materia requiere.

"Pero tales exigencias son, precisamente, la más elocuente prueba de que lo trascendente del contenido digno de protección por parte del derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser aquéllo que, en realidad, pueda llevar a calificar la injerencia como verdaderamente gravosa en el ámbito personal del investigado, es decir, los contenidos ideológicos de esa comunicación, los mensajes y el intercambio de ideas, opiniones, pensamientos, sentimientos, etc., que constituyen la esencia de la misma. En una palabra: la "conversación", que es susceptible de ser objeto de escucha y grabación y cuyo conocimiento permite obtener información de trascendencia probatoria.

"Los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma.

"Sostener semejante criterio no supone contradicción alguna, en nuestra opinión, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida en la Sentencia del denominado "caso Malone", ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de esta misma Sala, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la "comunicación" no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y, lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Y eso sí que puede sostenerse que forma parte, auténticamente, de la "comunicación".

"Por otro lado, tampoco la clase concreta de contrato telefónico, tarjeta "prepago" en el supuesto que nos ocupa, puede, ni debe, tener influencia en una mayor o menor tutela del dato numérico desde el punto de vista constitucional, ya que o el dato es secreto y se requiere para su conocimiento la participación de la autoridad judicial, en todo caso, o, como nosotros sostenemos, no forma parte ni de la comunicación ni de la intimidad de la persona, merecedora de protección constitucional.

"En cualquier caso, aún considerando que, en sentido extremadamente lato, ese número telefónico haya de integrar el derecho a la intimidad, cabe recordar igualmente que dentro, como es lógico, del necesario respeto a criterios de proporcionalidad, los miembros de la Policía también se encuentran autorizados para llevar a cabo, sin necesidad de solicitar en cada caso la autorización del Juez, ciertas diligencias que suponen una leve injerencia en la intimidad de la persona, como sería el supuesto de las intervenciones corporales ("cacheos") y, evidentemente, ni éstas ni el resultado probatorio obtenido mediante ellas merecen la declaración de nulidad que nuestros compañeros aplican al hecho de que se

haya averiguado, mediante instrumentos tecnológicos, la numeración de unos determinados teléfonos"». (F. J. 5º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Incumplimiento del deber de motivación sobre calificación jurídica.

Recurso: Casación nº 1248/2009

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 156/2010 de fecha 03/02/2010

«1. El tercer motivo del recurso ha sido deducido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1º de la Constitución (CE), en relación con la falta de motivación de la sentencia, que exige el art. 120.3 CE.

Motivo que ha de ser examinado en primer lugar, por las consecuencias que de él habría de derivarse para el tratamiento de los demás.

2. La necesidad de motivación, que exige el art. 120.3 CE, resulta de la interacción entre: a) la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proclama el art. 9.3 CE, b) el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, en cuanto el justiciable no sólo ha de encontrar satisfecha, con estimación o desestimación, en el fondo o preliminarmente, la pretensión o la oposición, sino que tiene también derecho a conocer el fundamento de la actitud tomada por el Tribunal, c) el derecho a los recursos, por cuanto, al ser conocida la razón del fallo, el justiciable puede contrarrestarla y el órgano ad quem depurarla, d) el derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 CE y que exige conocer si ha existido suficiente prueba de cargo, constitucional y lícitamente obtenida y aportada la proceso. Véanse sentencias de 3/11/2004 y 30/10/2003, TS.

Y la Jurisprudencia -véanse sentencias citadas- precisa que la motivación debe abarcar tres aspectos relevantes de la sentencia penal: relato de hechos que se declaran probados, subsunción de los hechos en el tipo penal aplicado analizando los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

3. En el fallo de la sentencia recurrida se condena a José S. G. "como autor de un delito continuado de agresión y abuso sexual ya definido". Mas a tal definición sólo se hace referencia en FJ primero y en los siguientes términos: "Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de abuso y agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179, 180.1.3º y 4º, 181.º y 2 y 3, y 182.1 y 2, en relación con el art. 74, todos del Código Penal, al haber quedado acreditada la realización consciente y voluntaria por parte del sujeto activo de actos de inequívoco contenido sexual, sin el consentimiento de la misma y en parte de las ocasiones mediante el empleo de intimidación, prevaliéndose para ello de la

relación de parentesco que le une con la víctima que vio de este modo violentada durante años su libertad sexual, estando presente el dolo al existir conciencia y voluntad de llevar a cabo tales hechos. Como señala la STS de 9 de junio de 2008, en situaciones como la presente en que los hechos se reproducen durante años, con una frecuencia incluso de varias veces a la semana, no cabe cuestionar la aplicación del art. 74 del Código, sin que para ello pueda considerarse necesario concretar las fechas, horas y lugares en que se produjo cada uno de los hechos que integran el delito continuado".

Los preceptos citados conciernen a diversos tipos de agresiones sexuales y de abusos sexuales pero no se precisa con un mínimo de determinación, aunque fuera por períodos ante la dificultad de singularizar fechas, a qué hecho aplica cada calificación delictiva y la razón de ello; a pesar de que el relato histórico comprende hechos de diversas calificación jurídica considerados individualmente.

Ahora bien, en la actual regulación del art. 74 del Código Penal, la continuidad delictiva exige una pluralidad de infracciones, es decir, una pluralidad de actos por sí solos delictivos; según se desprende de los términos legalmente empleados, cual el de "infracción más grave".

Y la agrupación en el tratamiento punitivo que regula el art. 74 requiere la unidad del plan o el aprovechamiento de idéntica ocasión y la identidad o la similitud del precepto o los preceptos afectados, en la pluralidad de hechos delictivos.

Ello implica la necesidad de determinar, y motivar, respecto a cada hecho, cuál es su calificación jurídica, aunque sólo fuera por las variaciones legislativas habidas a lo largo del período a que se extienden las conductas enjuiciadas; en el presente caso desde 1986 hasta el año 2005.

La falta de esa determinación es capaz de originar la merma de los derechos de la Defensa, por ejemplo, el relativo a centrar la presunción de inocencia en una u otra supuesta infracción, e incluso puede obstaculizar la tarea depuradora propia del recurso casacional. Con independencia, claro está, de que, un vez aclarada la naturaleza jurídica de cada hecho, se llevara a cabo la agrupación que prevé el citado art. 74.

4. La conclusión de lo hasta aquí expuesto ha de ser reputar insuficientemente distintiva la motivación sobre la calificación jurídica de los hechos y, por consiguiente, vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que conduce, a su vez a estimar el tercero de los motivos deducidos en el recurso.

5. Ha de declararse haber lugar al recurso y a casar y anular la sentencia impugnada, a fin de que por la Sala de instancia, integrada por los mismos magistrados, se dicte nueva sentencia en la que se salve el defecto de razonamiento a que nos hemos venido refiriendo». (F. J. 1º a 5º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración. Auto de sobreseimiento libre que anticipa indebidamente una sentencia absolutoria.

Recurso: Casación nº 2629/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 691/2010 de fecha 13/07/2010

«3. En el supuesto que nos ocupa, según vimos en el fundamento jurídico anterior, el auto objeto de recurso, en cuanto acuerda el sobreseimiento libre, anticipa una sentencia absolutoria, cuando no se han agotado las diligencias de instrucción, ya ordenadas por el instructor, y aquellas otras que pudieran proponerse sucesivamente a la vista de lo actuado y que fueran declaradas pertinentes. Lo cual es susceptible de producir a las partes indefensión material. Y tanto más cuanto la resolución recurrida (FJ2º) mantiene la existencia de un error visual respecto de la presencia posible de un francotirador u ojeador, basándose, nada menos, que en "las explicaciones del Capitán W. (uno de los querellados) en los medios informativos", lo cual, por su absoluta falta de consistencia, se califica por sí mismo.

Además, como se alega, el auto recurrido parece poner su énfasis en desvirtuar una causa de imputación basada en el segundo inciso del art. 611.1º CP (hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla), cuando lo cierto es que en la última ocasión el instructor, basó el procesamiento, también, en su primer inciso, que hace referencia al que realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos, lo que ha de valorarse, conforme se expresa en el voto particular discrepante de la mayoría, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Humanitario y consuetudinario, por el Tribunal, y no de una manera anticipada. Con ello el auto recurrido carece de la necesaria motivación al ignorar los fundamentos sustanciales de ese segundo auto de procesamiento, que aunque hubiese sido dejado sin efecto previamente, no deja de haber sido tenido en cuenta en la resolución recurrida en casación.

Por otra parte, el auto recurrido si bien rechaza la utilidad de las diligencias probatorias pendientes de realizar, exponiendo las razones que a su entender concurren para ello, en cambio, sin más, llega a unas conclusiones sobre la procedencia del sobreseimiento libre, conforme al art. 637.2 LECr. (porque el hecho no es constitutivo de delito), basándose en la afirmación de existencia de un error en la fuerza militar actuante.

Así, el auto insiste en la "credibilidad respecto del error visual sobre la presencia de un francotirador o de un ojeador en el Hotel, como causa de la decisión de atacar el inmueble para asegurar la zona, en términos de prevención" (fundamento jurídico segundo); y en que "se trata de un ataque aislado, caracterizado como un supuesto de acción militar sostenible en el conflicto armado de Irak en el curso del año 2003... y no orientado a conseguir una perturbación extrema física-psíquica, destinada a castigar la

presencia de observadores autorizados de medios informativos" (fundamento jurídico tercero)». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar. Efectos de su ejercicio. Doctrina del TEDH, del TC y del TS.

Recurso: Casación nº 155/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 652/2010 de fecha 01/07/2010

«...cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado, y éste, en el Plenario se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el Tribunal sentenciador, sino que el hecho que se le ofrezca la posibilidad de que de una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que solo tiene un valor de robustecer la certeza del Tribunal derivada de las pruebas de cargo porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna.

En tal caso se insiste la persona concernida es condenada por las pruebas de cargo y solo por ellas, de suerte que la condena no precisa de la valoración incriminatoria de ese silencio --STS 957/2006 de 5 de Octubre--.

Existe una reiterada y constante doctrina en relación a esta materia tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y de esta Sala.

Del TEDH citaremos la sentencia de 2 de Mayo de 2000, caso *Condron vs Reino Unido*:

"...No puede por tanto, decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo de un procedimiento criminal no deba necesariamente de tener repercusiones cuando el Tribunal valore la prueba en su contra....".

En el mismo sentido, *SSTEDH Murray vs Reino Unido* de 8 de Febrero de 1996 y *Averill vs Reino Unido* de 6 de Junio de 2000, y la Decisión del Tribunal de 22 de Marzo de 2005, *Blanca Rodríguez Porto vs España* que declaró inadmisibile la demanda.

Del Tribunal Constitucional, la sentencia 202/2000 reconoce que "....puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas, al respecto, cabe expresar del imputado una explicación....".

En idéntico sentido, las SSTC 137/98; 788/2004; 440/2004; 894/2005; 1275/2006; 8 de Mayo 2005; 777/2008 y 737/2009.

De esta Sala casacional se pueden citar las sentencias 1484/2000; 1746/2003; 205/2004; 358/2004; 788/2004; 957/2006; 1275/2006 ó 777/2008». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley. Competencia objetiva, determinada por los hechos y calificación jurídica de la acusación.

Recurso: Casación nº 2644/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 484/2010 de fecha 26/05/2010

«...El objeto del proceso penal son los hechos delictivos y no su nomen iuris. Por consiguiente, el thema decidendi quedará delimitado, inicialmente, en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y, en su caso, en el de las acusaciones particulares, siendo entonces también cuando realmente se ejercita la acción penal contra el imputado quien, noticioso de la acusación, puede replicar a la misma en todos sus extremos y preparar su defensa sin sorpresa alguna, quedando así indemne el principio de no indefensión. Y, conforme a la inconclusa doctrina de esta Sala sobre el auto de apertura del juicio oral, que se da aquí por reproducida (STS 513/2007, de 19-6, por ejemplo), el Juez instructor sólo decide, a la hora de dictar el auto que regula el art. 783, si en la imputación de hechos existe materia delictiva para abrir el juicio o, por el contrario, es procedente acordar el sobreseimiento.

Y el mentado thema decidendi, del cual forman parte esencial las lesiones descritas como causantes de deformidad en la Conclusión Primera del Escrito de Acusación del Ministerio Fiscal, pues de su existencia depende la aplicación de uno u otro precepto penal, no puede ser negado o suprimido total o parcialmente, tampoco afirmado, por el órgano enjuiciador con anterioridad al juicio oral por más que lo que perciba visualmente le ofrezca otra resultancia fáctica. Es materia sobre la que deberá decidir una vez que, a su presencia, se hayan practicado las pruebas propuestas y admitidas.

En definitiva, son los hechos fijados por las acusaciones, no excluidos por una resolución de sobreseimiento, sobre los que debió decidir su competencia la Audiencia Provincial. La doctrina de esta Sala, para supuestos similares al presente, se ha mostrado clara al entender que son los hechos y calificación jurídica de la acusación los que deben servir de base para la determinación de la competencia objetiva a los efectos del art. 14.3 y 4 de la LECr. (SSTS 1556/1998, de 27-12 y 782/1999, de 20-5).

Por ello, es lo cierto que la Sala de instancia no obró de esta manera sino que, acogándose a una inexistente posibilidad procesal, segregó la deformidad de los hechos objeto de acusación de modo que dejó sin base fáctica y, por tanto, sin posibilidad de aplicación, el art. 150 CP, para, de esta manera, encajar los hechos a enjuiciar en el ámbito de la competencia del

Juez de lo Penal que define el art. 14 de la LECr. que finalmente resulta, por toda la expuesta secuencia, infringido». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Denegación injustificada.

Recurso: Casación nº 1285/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 229/2010 de fecha 15/03/2010

«...

En el caso que ahora juzgamos debemos comenzar por advertir que el auto de 30 de marzo de 2009, que examinamos con la autorización del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no recoge ni la más mínima motivación respecto a la selección que hace entre los medios de prueba propuestos y para justificar la admisión de unos y no de otros, concretamente, no expone las razones por las que rechaza admitir las que antes hemos dejado relacionadas.

Se produce, ya ahí, la inaceptable vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, garantiza el derecho a la proposición, admisión y práctica de medios de prueba.

Pero no solamente no exponen razones para la denegación. Concurren razones para la admisión.

(...)

Todas estas razones -denegación sin justificación, protesta que desmiente aquiescencia, siquiera fuera tardía, pertinencia y evidente utilidad de los medios de prueba propuestos- nos llevan a que tengamos por vulnerada la garantía constitucional invocada en el motivo que estimamos. Porque la denegación es obviamente arbitraria por la falta absoluta de motivación expresada, y porque había motivos para admitirla, de tal suerte que, al no hacerse así, la acusación se vio indefensa para poder acreditar el dato esencial que podía trascender en la decisión sobre la participación que le atribuye al acusado.

Lo que acarrea la anulación de la sentencia con remisión al Tribunal para reposición del procedimiento al tiempo de decidir sobre la admisión de las pruebas propuestas y posterior enjuiciamiento con componentes del Tribunal diversos de los que emitieron la sentencia que casamos». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Remedio contra la denegación de prueba.

Recurso: Casación nº 10568/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1159/2009 de fecha 19/11/2009

«... Del estudio de la causa, resulta que mediante Auto de fecha 23-12-2008 (folios 87 y 88), se denegaron todos los aludidos medios probatorios, por no ser los propuestos “testigos sumariales”, o por tratarse, en suma, de prueba “reiterativa” y “superflua”, y con respecto a la pericial, igualmente se denegó por ser la credibilidad del acusado o víctima, propia del Tribunal, lo que es cierto, pero no de los demás aspectos solicitados, sobre los que guarda la resolución judicial absoluto silencio.

Ciertamente, frente a esta resolución no cabe recurso alguno, como disciplina el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo el de casación, consignando la oportuna protesta.

Esta regulación debiera ser objeto de atención por el legislador. La Ley 13/2009, de implantación de la nueva Oficina Judicial, que aún no ha entrado en vigor, únicamente se ocupa de modificar el párrafo 5.º de este artículo 659 y añadir un 6.º y un 7.º, relativos al señalamiento de la causa para juicio oral.

En el escrito de proposición de pruebas (art. 656), únicamente se exige que el Ministerio Fiscal y las partes manifiesten en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. Y repetimos, la única exigencia es que en tales listas se expresen sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia; manifestando además la parte que los presente si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerles concurrir.

Sería conveniente que, como ha ocurrido en este caso, la parte tuviera el deber de expresar la razón o motivos por los cuales desea proponer a un testigo o perito, a fin de que el Tribunal valore las condiciones de pertinencia y necesidad probatoria, lo que debiera incluirse como requisito por el legislador. E igualmente, que ante su denegación, se posibilitara un recurso previo a la casación, para evitar los inconvenientes de tener que declarar la nulidad del juicio oral, en esta sede casacional, con rasgos procesales –en muchas ocasiones– de falta de proporcionalidad en la adopción de tal medida. De ser ello posible, el recurrente podría combatir las razones de la Audiencia, y ésta tener la oportunidad de reconsiderar su negativa, toda vez que está en juego nada menos que el derecho de defensa, de rango constitucional, que a todo acusado le permite proponer el cuadro probatorio que juzgue necesario para proteger sus intereses. De otro lado, la simple protesta que se interesa de la parte, ha sido interpretada por esta Sala Casacional como incluida en cualquier acto de discrepancia con tal resolución a lo largo del proceso penal, en cualquier fase ulterior, y –claro es– en el seno del propio juicio oral, como aquí se articuló. Por lo demás, cuando de apelaciones procedentes del Tribunal del Jurado se trata, no podemos olvidar como signo interpretativo, que el art. 846 bis c) nos dice que, cuando la impugnación se formalice por haberse incurrido en el

procedimiento o en la sentencia dictada, en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causaren indefensión, bastará que se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación, añadiendo que “esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”. Y claro que el derecho de defensa y la proposición de pruebas, en los términos con que se expresa el art. 24.2 de nuestra Carta Magna: derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, constituye un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. De modo que si tal reclamación no es necesaria en el ámbito de aquel proceso, este criterio legal debe inspirar el nuestro, en el recurso de casación. Y de otro lado, vemos que ha existido esa voluntad de combatir este aspecto, al comienzo del juicio oral, referido a la práctica probatoria en la instrucción, a los efectos dispuestos en el art. 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que han de traducirse igualmente a la práctica en el plenario». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al juez imparcial. Omisión de recusación.

Recurso: Casación nº 2662/2009

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 648/2010 de fecha 25/06/2010

«...lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales.

Esta idea también encuentra adecuado reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, los AATC 276/2002, 19 de diciembre y 112/1991, 12 de abril, se refieren a la reiterada doctrina relativa al derecho de recusar como institución de salvaguardia del derecho al Juez imparcial, recordando que no cabe apreciar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), porque el recurrente (...) tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar (pues tuvo oportuno conocimiento de la composición de la Sala que celebró el juicio oral) y no recusó al Magistrado Ponente, al que, una vez recaída sentencia desfavorable a sus pretensiones, acusa de falta de imparcialidad objetiva en el recurso de casación por haber formado parte de la Sala que confirmó el auto de procesamiento, falta de diligencia en el ejercicio de la

facultad de recusar que priva de contenido a la extemporánea queja del recurrente, pues el ejercicio diligente de la recusación es presupuesto procesal para el posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial.

La aplicación al presente caso –prácticamente idéntico al que ahora es objeto de recurso- de la doctrina sentada por esta misma Sala, debe llevar aparejada como efecto inmediato la desestimación de la sobrevenida alegación de quiebra de la imparcialidad por parte del órgano decisorio. Si bien se mira, el recurrente, con su prolongado silencio, condiciona su juicio acerca de la imparcialidad del Tribunal a quo al desenlace, favorable o no, de la sentencia que da respuesta al objeto del proceso. Y esa subordinación estratégica en la alegación de un derecho fundamental no está amparada por nuestro sistema jurídico (art. 11 LOPJ)». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Acceso a las llamadas archivadas en la memoria del teléfono.

Recurso: Casación nº 10718/2009

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 465/2010 de fecha 13/05/2010

«...el punto de partida de la investigación policial que llevó a la identificación de los implicados y, al fin, a las condenas producidas en esta causa, fue exclusivamente la toma de conocimiento de las llamadas que figuraban archivadas en la memoria del teléfono hallado en el bolsillo de una cazadora incautada junto con el alijo de hachís abandonado en la playa de Mazagón (Huelva) el 19 de junio de 2002.

...

...la intervención policial que se contempla supuso una injerencia en el ámbito de comunicaciones por medio del teléfono constitucionalmente amparadas. Además, por las peculiaridades del caso, con comunicaciones ya producidas, es cierto, pero de carácter prácticamente actual, pues estaban inscritas —con aludida “inmediación temporal” que expresivamente señala la Audiencia— en los propios acontecimientos en curso. Y fue una injerencia que permitió a los funcionarios saber de la realidad de las conversaciones, momento de las mismas y de la identidad de uno de los intervinientes. Un tipo de invasión que, no importa insistir, se proyecta sobre “la existencia de la comunicación misma”. Del mismo modo que en el caso de la actuación policial consistente en el acceso al registro de llamadas de un terminal móvil intervenido, supuesto de patente identidad con el de esta causa, que la STC 230/2007 declaró no ser conforme a la doctrina constitucional de que la identificación de los partícipes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones.

Es cierto que en alguna jurisprudencia, así en STC 70/2002, que cita el Fiscal, el Tribunal Constitucional ha admitido alguna reducción del estándar general de garantía. Pero se trata de un género de supuestos —intervención

de una carta sin sobre en poder de un detenido por la policía— que nada tienen que ver con el que se examina. Primero, al haber sido allí la intimidación el derecho en juego; y, segundo, porque la ratio de la excepcionalidad del tratamiento fue la existencia de una urgencia que no concurrió aquí, cuando la droga ya estaba en poder de la policía y cuando, de todos modos, era inexcusable acudir al juez para instar las intervenciones telefónicas, que no habrían experimentado ningún retraso por el simple hecho de haber puesto directamente a su disposición los teléfonos intervenidos para examen. Por lo demás, es claro que esta última circunstancia, la urgencia, tan fácil de invocar, deberá ser en todo caso objeto de una valoración muy rigurosa, para evitar que pueda convertirse en una suerte de coartada.

Por tanto y como consecuencia, tienen razón los recurrentes, ya que la actuación policial a examen, llevada a cabo de propia autoridad por los agentes, fue una auténtica vía de hecho, constitucionalmente ilegítima, según se ha visto. De una ilegitimidad de raíz que, como tal, se transmitió también a sus efectos, es decir, a la información obtenida por ese medio. Y sabido es que la presunción de inocencia sólo puede ser eficazmente destruida por elementos de válidamente obtenidos.

En definitiva, y por todo, debe estimarse el motivo». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Apertura paquete postal. L.24/98, 13 de julio del servicio postal universal y de la liberalización de los servicios postales.

Recurso: Casación nº 652/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 656/2010 de fecha 06/07/2010

«En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por la forma de llevarse a cabo la apertura del paquete postal. Entiende que se ha producido indebidamente una interferencia en el proceso de comunicación y cita en apoyo de su tesis el artículo 3 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de la liberalización de los servicios postales. Afirma que los Guardias Civiles, antes de interesar la autorización judicial para la apertura del paquete tienen conocimiento de los datos externos de la comunicación, según se desprende del atestado.

1. El artículo 18.3 de la Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones postales, salvo resolución judicial. La jurisprudencia ha señalado la necesidad de que tal resolución esté suficientemente motivada, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, de manera que se pueda apreciar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo como objetivo o finalidad, y una suficiente proporcionalidad y justificación de la medida. En cuanto al funcionamiento de los servicios postales, el artículo 3 de la Ley 24/1998 dispone lo siguiente “1. En la prestación de los servicios postales, los operadores deberán garantizar el secreto de las

comunicaciones, de conformidad con el artículo 18.3 de la Constitución, y el cumplimiento de lo establecido en el artículo 55.2 de ésta y en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. Los operadores que presten servicios postales no podrán facilitar ningún dato relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones. Se aplicará, en su caso, lo previsto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal”.

Del texto se desprende la existencia de dos objetos distintos en la regulación. En el apartado primero se refiere al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución, y se remite al artículo 579 de la LECrim. En consecuencia, la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando sea aplicable a supuestos de envíos postales, deberá cumplir las exigencias derivadas de la previsión constitucional respecto de la necesidad de una resolución judicial, y las que la jurisprudencia constitucional ha establecido sobre el particular. Solo la infracción de tales previsiones supondrá la vulneración del derecho, en cuanto que la restricción del mismo solo es posible previo el cumplimiento de las mismas.

El segundo apartado se refiere al tratamiento automatizado de los datos relativos a los envíos postales, obtenidos de la prestación del servicio, y luego de establecer una prohibición general de comunicación de tales datos a terceros, se remite a las previsiones de la Ley Orgánica de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Pero no anula las obligaciones de denunciar conductas delictivas individuales establecidas en la LECrim.

2. Tal como se expresa en el atestado y se ratificó en el juicio oral, los agentes de la Guardia Civil, en el cumplimiento de las funciones que les corresponden como Policía Judicial, realizan un control sobre determinados envíos postales cuya apariencia externa sugiere la posibilidad de que contengan estupefacientes. Sobre los que presenten tal aspecto sospechoso llevan a cabo actuaciones de investigación respetuosas con el derecho al secreto de las comunicaciones, como la utilización de los equipos cinológicos adiestrados para la detección de drogas o estupefacientes. Solo cuando, como ocurrió en el caso, tal detección resulta positiva, se acude al Juez, con esos datos, para solicitar la apertura del paquete bajo la autorización judicial, como exige la Constitución.

En el caso, esa fue la forma de proceder, de manera que el paquete postal solo fue abierto una vez que lo autorizó el Juez, por lo que se excluye la lesión o restricción injustificada del derecho al secreto.

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

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: captación del IMSI.

Recurso: Casación nº 11165/2008 P
Ponente: Sr. García Pérez
Sentencia: nº 955/2009 de fecha 01/10/2009

«...En orden a que a través de mecanismos de monitorización que permitieron a los funcionarios del SVA capturar IMEI e IMSI para identificar números de teléfonos móviles, es preciso tener en cuenta que la Jurisprudencia sentencias de 20.5.2008 y 18.6.200 TS- ha señalado, en relación con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, que la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial; pero que la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión por las operadoras de los datos que obran en sus ficheros, sí requiere tal autorización judicial.

Mas en el presente proceso obran las solicitudes de los funcionarios del SVA a los Juzgados y los autos judiciales motivados concernientes a la utilización de aquel sistema y a la facilitación, por las operadoras, de los números de teléfonos y de las titularidades correspondientes a las líneas dotadas con los IMSI captados.

Respecto a los soportes de las grabaciones consta a lo largo del proceso y particularmente en las declaraciones durante el juicio oral de los miembros del SVA que los originales de aquéllos y las transcripciones por los agentes siendo aportados al proceso; y, mediante la oportuna diligencia, que el Sr. Secretario judicial llevó a cabo la adveración.

El Ministerio Fiscal propuso, junto a las conclusiones provisionales y como medios probatorios, las grabaciones para su lectura en el juicio. Con lo que tales medios, además de su legitimidad, incluso constitucional, de origen, quedaron sometidos a los principios propios del juicio oral». (F. J. 3)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Diferencia entre indicios/sospechas

Recurso: Casación nº 2191/2009
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 717/2010 de fecha 22/06/2010

«Los indicios no son equiparables a la mera sospecha. Ésta –la sospecha– es tan sólo una circunstancia meramente anímica; el indicio es un vestigio racional que precisa para entenderse fundado hallarse apoyado en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, el de ser accesibles a terceros, sin lo cual no pueden ser objeto de control, y en segundo lugar, que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que existen elementos probatorios del ilícito penal investigado en la diligencia que se autoriza». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones previas en otro procedimiento. Acuerdo del Pleno 26/05/2009

Recurso: Casación nº 10246/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 605/2010 de fecha 24/06/2010

«... la solución jurisprudencial a los problemas planteados ha sido, en algunos aspectos, divergentes, por lo que se acometió la unificación de la doctrina jurisprudencial en el Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo 2009. En él se adoptó un acuerdo que, en buena medida, toma como inspiración la doctrina sentada en la STS 503/2008, 17 de julio. El acuerdo a que se alude proclama que: "En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad".

En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.

Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba" .

La lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, según explica la Sentencia de 26 de junio que desarrolla el Acuerdo, lo siguiente a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas y frente a esa intención, legítima y procedente desde el derecho de defensa que ejercita, no reaccionó quien podía realizarlo, la acusación pública, dado el momento procesal en que la pretensión de revisión se produjo y en el que el tribunal de instancia no debiera actuar aportando de oficio medios de prueba que interesen a una de

la parte. Esa inacción de la acusación ha propiciado que el debate planteado por la defensa de los recurrentes no haya podido resolverse y quede sin respuesta la pretensión de la defensa de análisis de la injerencia.

Consecuentemente, procede estimar esta impugnación presentada por las defensas de los recurrentes y apartar del acervo probatorio las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al art. 11 de la LOPJ, de la intervención telefónica, cuya depuración ha sido cuestionada por la defensa de los recurrentes en el momento del enjuiciamiento y que no ha podido ser controlada jurisdiccionalmente pues quien intentó valerse de la prueba no la introdujo en el enjuiciamiento para el análisis de su regularidad». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. La Ley 25/2007. Examen por el Pleno 23/02/2010.

Recurso: Casación nº 121/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 247/2010 de fecha 18/03/2010

«...La radicalidad o rotundidad de la Ley 25/2007, en su artículo 6º, en relación al tercero, provocó ciertas dudas entre los Magistrados que tenían que dictar sentencia en esta instancia, especialmente sobre su posible proyección al caso de autos, consecuencia de lo cual se estimó oportuno llevar a Pleno no jurisdiccional de esta Sala, la reserva atribuída a la autorización judicial para la obtención de datos, con su amplia enumeración del art. 3, con exclusión del Mº Fiscal.

1. El contraste de pareceres o puntos de vista jurídicos permitió al Pleno establecer ciertas conclusiones, que a fin de cuentas no afectaron a la cuestión de fondo suscitada en el recurso del Fiscal.

La Ley 25/2007, tiene muy en cuenta el campo aplicativo de la Ley Orgánica nº 15 de 1999 de Protección de Datos de carácter personal y le reconoce su mayor rango, aunque en el ámbito de vigencia de la Ley de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, se erigía como preferente esta Ley, por la materia específica a la que se refería, esto es, a las comunicaciones, su contenido y todos los datos externos o de tráfico que de modo exhaustivo enumera la ley.

Prueba del respeto que muestra la Ley 25/2007 a las previsiones normativas de la Ley de Protección de Datos, es que la menciona en multitud de ocasiones, incluída la exposición de motivos. A título de ejemplo el art. 8 la cita hasta cuatro veces, estableciendo, entre otras cosas, que "las obligaciones relativas a las medidas para garantizar la calidad de los datos y la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos serán las establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre y su normativa de desarrollo". Y a continuación declara el mismo art. 8 que "El nivel de

protección de los datos almacenados se determinará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre y en su normativa de desarrollo".

2. Pero independientemente de que ambas leyes operen en ámbitos diferentes, no excluye la posibilidad de producirse ciertas coincidencias o colisiones, sobre todo cuando se relacionan con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones regulado en el art. 18-3 C.E.

La Sala General no jurisdiccional aprobó el 23 de febrero de 2010 el siguiente acuerdo: "Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Mº Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre".

De conformidad al tenor del acuerdo es patente que no resulta de aplicación al caso que nos concierne por haber ocurrido los hechos en 2006, esto es, antes de su vigencia». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: doctrina.

Recurso: Casación nº 404/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1215/2009 de fecha 30/12/2009

«PRIMERO.- Existe un motivo central, común para todos los recurrentes, que merece un análisis previo como es el relativo a la adecuación a la legalidad de las escuchas telefónicas.

Abordaremos esta cuestión en cuatro apartados. A) Rango legal de los sistemas de escucha; B) Características técnicas del sistema S.I.T.E.L; C) Afectación de dicho sistema al caso que nos toca examinar y D) Propuestas para actualizar la regulación de las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A) Rango normativo de las reglas de funcionamiento de los sistemas técnicos de escuchas telefónicas.

1.- La Resolución COM 96/C 329/01 del Consejo de la Unión Europea, de fecha 17 de Enero de 1995, estableció una serie de medidas exigibles para la interceptación legal de las telecomunicaciones. Declara que la interceptación, legalmente autorizada, de las telecomunicaciones es un instrumento importante para proteger la seguridad nacional y para la investigación de los delitos graves. También advierte de la necesidad de utilizar instrumentos técnicos adecuados. La Resolución incluye un Anexo que contiene un glosario en el que se propugna que las autoridades

competentes entre ellas, sin duda las judiciales, puedan vigilar permanentemente, la interceptación de las comunicaciones en tiempo real.

2.- En el Anexo advierte que los requisitos que señala para la interceptación legal de las telecomunicaciones, se entenderán sin perjuicio del derecho interno y deberán interpretarse de acuerdo con las disposiciones nacionales aplicables. El glosario es muy amplio, por lo que resumiremos sus puntos principales. Los datos que pueden ser accesibles a las autoridades son:

1.- Señal de entrada.

2.- Número del abonado al que va dirigida la llamada de salida, incluso si no llega a establecerse la conexión.

3.- Número del abonado que realiza la llamada de entrada, incluso si no llega a establecerse la conexión.

4.- Todas las señales producidas por la instalación interceptada, incluidas aquellas producidas tras el establecimiento de la conexión con las que se activan funciones como el establecimiento de teleconferencias y el desvío de llamadas.

5.- Inicio final y duración de la conexión.

6.- Número final llamado y números intermedios, en caso de desvío de llamada.

3.- La Resolución de la Unión Europea añade que, para los casos de telefonía móvil, las autoridades pueden requerir informaciones, lo más exactas posibles, sobre la situación geográfica del aparato interceptado dentro de la red. Permite exigir a los operadores de red o proveedores de servicios que preparen uno o más "interfaces" para que puedan transmitirse a la central de interceptación. En general, se debe favorecer cualquier técnica que permita transmitir las telecomunicaciones interceptadas a las autoridades competentes exigiendo que estas instalaciones cumplan "las exigencias vigentes en materia de seguridad y fiabilidad". Toda la comunicación deberá hacerse, a ser posible, en tiempo real o, en todo caso, lo más pronto posible.

4.- Siguiendo estas directrices, España, a través del Ministerio del Interior, adoptó el denominado Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones (S.I.T.E.L). Se trata de una tecnología de intervención de teléfonos móviles, imprescindible técnicamente para su interceptación y escucha, además de otras operaciones ya descritas, debido a que los sistemas de captación de la telefonía fija no tienen capacidad técnica para realizar escuchas en el sistema de telefonía móvil.

5.- El rango de su regulación normativa en nuestro país se suscitó ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en virtud de demanda presentada por una asociación de internautas, contra

el Capítulo II Título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto número 424/2005, de 15 de Abril. Solicitaban que se regulara por Ley Orgánica.

6.- Como precedente necesario para afrontar la cuestión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo acordó que se incorporase el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 17 de Octubre de 2002, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y las redes públicas de telecomunicaciones.

7.- La solicitud de informe tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial, el día 24 de Septiembre de 2002. El dictamen del Consejo General del Poder Judicial fue aprobado en el Pleno, del 24 de Octubre de 2002. Estima que se debe precisar que la única autoridad competente para adoptar y ordenar la ejecución de una medida de interceptación, es la autoridad judicial, sin perjuicio de la excepcionalidad de la medida del artículo 579.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Acuerdo del Ministro del Interior en caso de urgencia en materia antiterrorista). Valora la regulación de los detalles técnicos de la interceptación y añade que el establecimiento de garantías debe hacerse por medio de una norma con rango legal.

8.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 5 de Febrero de 2008, examinó la impugnación del Reglamento, aprobado por el Real Decreto 424/2005. Recuerda que el artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones se refiere expresamente a las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuesta en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de Mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, lo que implica, según la sentencia, la contemplación de un desarrollo reglamentario específico para ciertos aspectos secundarios ejecutivos que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo con obvias implicaciones técnicas.

9.- Otro argumento decisivo, según dicha sentencia, se deriva de la publicación de la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de los Datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación que modifica la redacción del artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones antes citado. Sin necesidad de agotar su transcripción, conviene resaltar que se preocupa por la adopción de las medidas técnicas necesarias para salvaguardar el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

10.- Su lectura pone de relieve que todo el complejo de posibilidades que ofrece el sistema S.I.T.E.L o cualquier otro semejante está plenamente previsto y legalizado por la citada ley, (General de Comunicaciones) que no hace más que incorporar el contenido del Reglamento impugnado. La Sala de lo Contencioso estima que la cobertura legal es suficiente.

11.- Según expresa, es indiscutible que la regulación de cuando y bajo que condiciones es legítima la interceptación de las comunicaciones y por tanto la ruptura de su secreto están suficientemente cubiertas por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de control del Centro Nacional de Inteligencia, ambas de carácter orgánico. Compartimos con la sentencia que estamos comentando que, “La reserva de Ley orgánica sin embargo, no tiene por que extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar físicamente las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación”.

12.- Reforzando esta afirmación, la sentencia dice, más adelante, que los datos instrumentales de información asociada, a los que haremos referencia en el apartado siguiente, siendo relevantes para las finalidades de interceptación, están dentro del marco de libertad de configuración normativa por considerarlos ajenos a la orden legal de interceptación.

13.- Advierte que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene carácter de Ley orgánica por imperativo del artículo 81 de la Constitución, se limita a regular, de forma escueta, la decisión judicial, debidamente motivada, que puede autorizar la interceptación y escucha, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales períodos. Admitimos que esta disposición debió ser complementada con alguna referencia al catálogo de delitos graves que permiten la interceptación, pero como es lógico, no tiene sentido introducir las características y posibilidades técnicas de un sistema de escuchas, porque se refiere a cuestiones operativas que, además, pueden cambiar con el tiempo. Más adelante nos referiremos expresamente a la necesidad de actualizar la ley procesal penal, y, concretamente, su artículo 579.

B) Características técnicas del programa SITEL.

1.- En la sentencia de 19 de Marzo de 2009, describíamos las principales características técnicas del Sistema SITEL. Consideramos que para la mejor comprensión y estudio de su alcance, conviene reproducir su funcionamiento. Se trata de un complejo técnico cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Según este organismo, su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones.

2.- El sistema se articula entorno a tres principios de actuación:

A) Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en una sede central, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones de los distintos usuarios implicados.

B) Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior.

Existen dos ámbitos de seguridad:

***Nivel central:** Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos. Desde el mismo se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar y distribuir la información.

***Nivel periférico:** El sistema cuenta con ordenadores para su empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro.

Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

C) Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.

3.- Información aportada por el sistema. El sistema, en la actualidad, aporta la siguiente información relativa a la intervención telefónica:

a) Fecha, hora y duración de las llamadas.

b) Identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención.

c) Distribución de llamadas por día.

d) Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.)

e) IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes.

f) Identidad del titular de los teléfonos que interactúan aunque sean secretos.

4.- En referencia al contenido de la intervención de la comunicación, y ámbito de información aportada por el sistema, se verifican los siguientes puntos:

a) Repetidor activado y mapa de situación del mismo.

b) Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.

c) Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS).

5.- Sistema de trabajo. Solicitada la intervención de la comunicación y autorizada por la Autoridad Judicial, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación.

El acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante "código identificador de usuario y clave personal". Realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la Autoridad Judicial. La evidencia legal del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para entrega a la Autoridad Judicial competente.

El espacio de almacenamiento tiene una gran capacidad, quedando su contenido a disposición de la Autoridad Judicial que será la competente para ordenar la eliminación del contenido de las grabaciones.

6.- Una vez que los organismos policiales que llevan la investigación solicitan la interceptación de aparatos de telefonía móvil se sabe que el único método viable para establecer esta interceptación es el SITEL u otro de análogas características que se pueda adoptar en el futuro. No obstante, y al ser un método avanzado, y extremadamente invasivo de la intimidad la petición policial debe explicar, aunque sea someramente, cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar y las consecuencias de la puesta en marcha del sistema. El Juez de Instrucción, en cada caso, debe valorar y razonar, como ya se venía exigiendo, la decisión, que habilita la interceptación.

7.- Recientemente, una sentencia de esta Sala, de 5 de Noviembre de 2009, en caso de solicitud de interceptación legal judicial de las comunicaciones, también por el sistema SITEL, se convalida la actuación judicial que recoge las peticiones del oficio policial, que incluso aclara posteriormente precisando que las escuchas se extienden a datos relativos a la interceptación de sesiones de voz, faxes, mensajes de Internet y mensajes SMS.

C) Afectación del sistema S.I.T.E.L. al caso que es objeto del presente recurso.

1.- De forma sistemática los recurrentes plantean los vicios o defectos que encuentran en la forma de llevar a cabo las interceptaciones y escuchas. Se alude a la falta de motivación del oficio policial y del auto judicial habilitante, así como, falta de control judicial, porque no se han

aportado al juzgado los soportes originales en los que constan las grabaciones de las intervenciones telefónicas. Como consecuencia de todo ello, estima que se ha producido la conexión de antijuricidad, lo que ocasiona la nulidad de todas las pruebas obtenidas a partir de las intervenciones telefónicas, que estiman nulas. Examinaremos las objeciones.

2.- Sobre la falta de motivación del oficio policial y del auto judicial habilitante. El oficio policial, procedente de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, ocupa dieciocho folios en los que se parte de análisis generales para especificar a continuación, la identificación de los sospechosos, proporcionando datos objetivos y completos sobre sus actividades. Se hace referencia extensa a operaciones anteriores seguidas contra los mismos, y sobre todo, los datos de las embarcaciones que utilizaban. Dedicar un apartado específico a las gestiones realizadas para recopilar los datos partiendo de la inexistencia de actividades laborales por parte de los mismos, examina los bienes y propiedades que ostentan, reseñándolas de forma detallada. Describe los servicios operativos o de vigilancia realizados para terminar solicitando que se libre mandamiento judicial para intervenir los teléfonos móviles que cita, siete en total, dirigido a las operadoras respectivas. Se pide en el oficio policial que, cuando se solicite, se les proporcione los datos sobre los repetidores mas cercanos desde el que se captan las llamadas al objeto de controlar los posibles movimientos de los titulares de los teléfonos. Asimismo requieren que las operadoras faciliten el número IMEIS y los listados de las llamadas entrantes y salientes, así como todos aquellos datos relativos y asociados a la interceptación. Finalmente advierte el oficio que se dará cuenta del comienzo y finalización de las intervenciones telefónicas.

3.- El auto judicial habilitante, de 16 de Agosto de 2006, hace una referencia al oficio policial e incluye doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta Sala, razonando, de forma extensa y modélica, los motivos de hecho y de derecho que justifican la intervención, control, escucha, observación y grabación, por el período de un mes, de los teléfonos mencionados. Advierte que, el Juzgado debe ser informado, cada quince días entregando los soportes originales en los que se hayan volcado las grabaciones. Acuerda dirigirse a las operadores accediendo a todo lo solicitado añadiendo, con carácter general, que se incorpore "cualquier otra información de interés para la investigación en curso". Consecuentemente, se decreta el secreto de las actuaciones. Por todo ello estimamos que cualquier crítica a la motivación de la resolución judicial carece de sentido.

4.- Al margen de las consideraciones que anteceden, el juzgado examina y valora, al mismo tiempo, aquellos datos que considera objetivos pero inconsistentes. Específicamente, se refiere a la manifestación de un guardia civil que dice haber visto al primer recurrente manejando un "quad" portando un fardo que le pareció de haschís. Hechos que datan de un año y ocho meses antes a la solicitud. Toma en consideración que también, por esas fechas, la Guardia Civil había intervenido una embarcación a nombre del recurrente con veintidós fardos de haschís El hecho de la denuncia del robo de la embarcación se admite pero se alega que había sido vendida con

anterioridad. Respecto de las valoraciones policiales sobre el alto nivel de vida de los acusados las considera carentes de fuerza incriminadora, por sí solas, por lo que no sirven de apoyo para tomar una decisión de esta naturaleza.

5.- El auto judicial habilitante se debe apoyar en datos objetivos suficientes en sí mismos para adoptar la medida. Estos datos iniciales deben ser acreditados mediante prueba contradictoria en el plenario, cuando se denuncia su absoluta falsedad. En el caso que nos ocupa, los datos existen y los recurrentes los admiten. Son indicios suficientes, pero no medio de prueba ni siquiera fuente u origen de la misma, ya que ésta condición la ostenta solamente el contenido de las escuchas. La sentencia recurrida razona, de forma convincente, sobre la suficiencia del auto judicial e incluso valora datos indiciarios tan llamativos como la titularidad de inmuebles por parte del recurrente sin que consten ingresos que lo justifiquen. Las circunstancias anteriores y el contexto en que se desenvuelven todos los actuantes aconsejan y justifican la medida judicial adoptada.

6.- Falta de control judicial de las escuchas por no haberse aportado los soportes originales. Los guardias civiles manifiestan que las grabaciones se realizaron en el disco duro del servidor central de donde se pasaron, mediante volcaje, a los DVD que se remitieron al juzgado. Lo verdaderamente esencial radica en que el juez conozca el contenido del curso de las escuchas. Las referencias jurisprudenciales a las cintas magnetofónicas se hacían en función de la tecnología aplicable en épocas anteriores para grabar las escuchas. Las tecnologías han avanzado, por lo que las cintas pueden ser sustituidas por cualquier otro medio. Lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte (en este caso DVD) que las refleje.

7.- Establecida la motivación del auto habilitante, los recurrentes, en su mayoría, insisten en la ausencia de control judicial de las grabaciones. El Auto del Juzgado, de 16 de Febrero de 2007, que se cuestiona, hace referencia al auto inicial de autorización de las escuchas, de 16 de Agosto de 2006 (folio 1050). Esta resolución impone el continuo control judicial, contemplando la posibilidad de sucesivas prórrogas. Se podrá censurar la duración de las mismas, pero es evidente que no se han omitido actividades judiciales de control periódico. Precisamente el Auto cuestionado por los recurrentes (19 Febrero 2007) es el que acuerda, por haber variado las circunstancias que aconsejaban declarar el secreto de las actuaciones, dejar sin efecto la medida ya que no va a perjudicar la investigación en curso.

8.- Pues bien, a partir de la notificación de este Auto, las partes personadas tuvieron en su mano, de acuerdo con sus intereses de defensa, la posibilidad de solicitar la audición de los discos o de impugnar su autenticidad, lo que no hicieron en ningún momento. Es más, cuando la causa llega al momento de la calificación, el Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales, extenso y con multiplicidad de detalles, propone, como pruebas, entre otras: el interrogatorio de los inculpados, la testifical y la documental correspondiente, así como la audición, en el acto

del juicio oral, de los fragmentos de grabaciones incorporadas a la causa, detallando los cortes que afectan a cada uno de los acusados. El escrito lleva fecha de 17 de Enero de 2008.

La Sala, por Auto de 28 de Marzo de 2008, acuerda la apertura de juicio oral y decide la entrega de las actuaciones a las partes para que muestren su conformidad o disconformidad con la acusación.

9.- Las defensas, de forma sucesiva, van cumplimentado el trámite de las conclusiones provisionales. Todas ellas, asumen como propia la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, aunque en el acto del plenario renunciara a la misma en todo o en parte. No hacen manifestación alguna sobre la posible alteración de las grabaciones. Solo uno de ellos, Francisco Javier M., impugna genéricamente sin detallar ni explicar cual es el motivo, las formalidades observadas en la grabación. No es posible establecer un debate contradictorio porque se omite cual es la razón de su impugnación que debió explicitar en su escrito de calificación provisional. Otros dos acusados acuden al expeditivo pero inadmisibles métodos de solicitar la audición íntegra de las grabaciones que, como saben, abarca una multiplicidad de personas, sin explicar ni detallar cuáles son los cortes que afectan a su derecho de defensa.

10.- El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas.

11.- Ninguna parte alude a la manipulación del contenido de los discos de CD, pero debemos advertir, como se ha dicho con anterioridad, que su alteración es mucho más difícil que de las cintas del sistema anterior. La autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión. Si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, deberán explicar suficientemente en que basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL.

12.- El Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, dedica especial atención a las medidas de seguridad de los sistemas informáticos que pueden almacenar datos, que clasifica según su mayor o menor intensidad. El Reglamento contempla medidas de seguridad de nivel alto, que describe en el artículo 101 al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido y que dificulten la identificación para el resto de las personas. Estas medidas de seguridad están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL. No es exigible, en todo caso, el

cifrado de los datos ya que permite utilizar otro mecanismo que garantice que dicha información no sea accesible o manipulada durante su transporte. El artículo 104 insiste en las mismas previsiones, considerando de alta seguridad, tanto el cifrado como cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible o manipulada por terceros.

13.- En todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación pero su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables. Las objeciones deben hacerse a partir del momento en que se alza el secreto de las grabaciones y las partes tienen expedida la vía, para solicitar su audición. Una mínima coherencia profesional, les obliga a plantear esta cuestión en el debate en la instancia, cosa que no han solicitado las defensas de ninguno de los acusados. Por ello, y sin perjuicio de lo que hemos expuesto con carácter general sobre el sistema técnico de grabación de los teléfonos de la telefonía móvil, que seguramente en un futuro será superado o modificado por el progreso de la técnica, la cuestión de la autenticidad de los contenidos de los soportes CD se debe plantear con antelación al juicio oral para que pueda ser adecuadamente debatido.

14.- Se ha dicho que estos discos, dadas las características de la tecnología digital, pueden ser alterados mediante sofisticadas operaciones de laboratorio. Esta objeción no se descarta, ahora bien, así como en el antiguo sistema la manipulación, los cortes eran posibles sin saber de forma cierta quien los había realizado materialmente, en el sistema S.I.T.E.L se deja huella identificadora del manipulador ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro. En este caso, nos encontraríamos ante un delito que de confirmarse su existencia a posteriori podría dar lugar a la revisión de la sentencia. Del mismo modo que hemos dicho que los análisis de los laboratorios oficiales gozan de una garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo se debe decir de este sistema, salvo prueba en contrario.

15.- El disco duro centralizado se integra en el mobiliario o estructura que constituye la base material del centro de escuchas. Equivale a los chasis y motores, en los que se insertaban las bobinas sobre las giran las cintas. Como posible elemento probatorio siempre se ha exigido es el soporte que contiene y hace audibles y comprensibles las grabaciones pero nunca se ha considerado indispensable, por razones operativas, el traslado a la sede judicial de mueble o consola que albergaba la bobina de las cintas. Nunca se ha pedido ni sería razonable y, además, en un sistema como el que nos ocupa, obligaría a suspender todas las escuchas en curso mientras el macro disco duro se encuentra en las instalaciones judiciales.

16.- El contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario. Se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo cumplimentariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal

establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). En estos casos la ley contempla la posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

17.- En todo caso, consideramos que estas disposiciones establecidas en el ámbito de un conflicto privado no obligan a traer como original todo el sistema informático centralizado. El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fé pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas.

18.- No se puede pretender, como ya se ha dicho, que se aporte el ordenador central como documento original. Está abierta, sin restricciones, la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos del DVD. Si se impugna su veracidad, nos situamos, según se ha dicho, ante una pericia contradictoria que permite, con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que dadas las posibilidades y perfeccionamiento técnico permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones. Esto es aplicable a los puertos centrales del sistema SITES y a todos los sistemas centralizados de cualquier otro organismo oficial como el actual sistema del Registro de la Propiedad, a los ordenadores centrales de la Agencia Tributaria o de entidades financieras como los grandes bancos o las empresas de suministro de servicios telefónicos, eléctricos o de gas. Conviene recordar que en el supuesto de impugnación de un asiento del Registro de la Propiedad, hoy día informatizado, esta prohibido por la Ley y el Reglamento Hipotecario que los libros salgan de las oficinas registrales por lo que la pericia contradictoria habrá de hacerse sobre las bases de funcionamiento del sistema.

D) Necesidad de adaptar el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento criminal a las previsiones contempladas en el derecho comparado.

1.- El artículo 579, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene su antecedente en la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de Diciembre, más conocida como Ley Antiterrorista. En su artículo 17 regulaba la observación postal, telegráfica y telefónica. Esta disposición se traspasó, casi con idéntica redacción, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de Mayo, extendiéndose la posibilidad de ampliar las observaciones de las comunicaciones telefónicas a los fines de investigación de cualquier clase de delitos.

2.- Desde el comienzo de su vigencia, la jurisprudencia de esta Sala puso de relieve la parquedad de la regulación a diferencia de los Códigos Francés, Alemán y Belga, o de la ley inglesa. En realidad, el derecho comparado viene a establecer un principio de proporcionalidad legalmente regulado al restringir las escuchas telefónicas a los delitos castigados con

penas graves o bien estableciendo un catálogo de infracciones que, por su naturaleza, justifican la aplicación de una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

3.- La parquedad del precepto se puso de manifiesto también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras la sentencia de 18 de Febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo contra España), si bien reconocía que "las insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo".

Esta valoración se ha reiterado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otras ocasiones. La Decisión de dicho Tribunal, de 26 de Septiembre de 2006 (Abdulkadir contra España) recuerda que las lagunas del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han sido colmadas formalmente por el Tribunal Supremo a partir del Auto de 18 de Junio de 1992. Añade que la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional aporta innegables progresos y proporcionan una protección eficaz.

Las líneas esenciales que debería recoger la regulación procesal de las escuchas han sido trazadas en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que se pueden sintetizar en la STC 85/1994 que recuerda, una vez más, que la injerencia en la esfera de la intimidad que supone la interceptación de las comunicaciones telefónicas ha de estar sometida al principio de legalidad y en especial al de proporcionalidad todo ello garantizado por la autorización judicial específica y razonada así como del respeto a las garantías y control judicial de las operaciones de escucha.

4.- El derecho comparado no utiliza fórmulas descriptivas de las técnicas de interceptación, limitándose a recordar la necesaria intervención judicial para que la invasión del derecho al secreto de las comunicaciones se realice bajo su custodia y con determinadas previsiones que se imponen a los jueces para justificar la limitación del derecho en el marco de una investigación criminal.

5.- El Código de Procedimiento Italiano regula la interceptación de las conversaciones o comunicaciones telefónicas en el artículo 295 y, por razón del principio de proporcionalidad, no las permite para investigar toda clase de delitos. El artículo 266 limita su aplicación en siete clases de delitos, por supuesto los delitos contra las administraciones públicas, tráfico de drogas, armas y explosivos, delitos de contrabando, actividad financiera abusiva, delitos previstos en el artículo 600-ter.3 del Código Penal.

6.- En el derecho alemán, el Código de procedimiento admite la supervisión y registro de las telecomunicaciones, si bien exige fundada sospecha. El artículo 100 establece también un catálogo de delitos muy amplio, entre los que figuran los que afectan a la seguridad nacional, falsificación de moneda, delitos peligrosos para la comunidad y, por supuesto, el tráfico de drogas.

7.- En el sistema alemán, las medidas de interceptación pueden dirigirse contra el inculpado o contra las personas de las que se sospecha o se debe sospechar fundadamente, en base a determinados hechos que están implicadas en la investigación dirigida contra el inculpado. Se interceptan determinadas comunicaciones o comunicaciones provenientes de él (de entrada y salida) o que el inculpado utiliza para sus comunicaciones. Según el artículo 100-b, la supervisión y registro de las comunicaciones o telecomunicaciones sólo puede ser ordenada por el juez. En caso de urgencia lo puede hacer la Fiscalía comunicándoselo al juez en el término de tres días. En resolución motivada del juez, las medidas en principio sólo se pueden dirigir contra el afectado, si bien en determinadas circunstancias, y según la naturaleza de la medida, se pueden dirigir o afectar a otras personas, si la investigación lo hace necesario. Se puede ampliar a personas que estén en conexión con el autor del delito. También se pueden llevar a cabo, aunque afecten irremediabilmente a terceras personas.

8.- Estimamos que ha llegado el momento de introducir en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ajustándose a las pautas marcadas por el derecho comparado, las modificaciones que se vienen reclamando. Es cierto, que el catálogo de delitos podría ser integrado por los que se contienen en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para poder utilizar agentes encubiertos en la investigación de determinados delitos que se enumeran. En todo caso, entre ellos, y en todo el derecho comparado, figura, sin discusión ni excepciones, las investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

Por todo lo expuesto, los motivos relacionados con la vulneración del secreto de las comunicaciones, deben ser desestimados». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: garantías.

**Recurso: Casación nº 11071/2009 P
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 740/2010 de fecha 06/07/2010**

«Respecto al uso del sistema SITEL, no se menciona en que ha podido afectar al derecho al secreto de las comunicaciones ni se alega que el contenido de los discos se hubiera manipulado.

El llamado sistema SITEL, ha sido objeto de anteriores pronunciamientos por esta Sala en los que se ha declarado la acomodación del sistema a las exigencias de legalidad constitucional. En la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, se declaró la acreditación del contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, por su incorporación al proceso salvo prueba en contrario sobre su autenticidad. Se trata de documentos con fuerza probatoria como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido

de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil).

La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida.

Las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del artículo 230 de la LOPJ. Esas garantías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación, la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. También, la propia digitalización de la interceptación, con fijación horaria, permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización.

Las garantías del sistema ya expuestas rellenan las exigencias del artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así las cosas, el motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado». (F. J. 1º del Rec. A.M)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Auto acordando la prórroga de la intervención. Motivación.

Recurso: Casación nº 1187/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 645/2010 de fecha 24/05/2010

«1.- La prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente. Lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando - como aquí sucede- lo que apoya la nueva solicitud de prórroga no es un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención originaria sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la

misma necesidad, y de la misma justificación. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Escuchas en los calabozos.

**Recurso: Casación nº 11429/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 513/2010 de fecha 02/06/2010**

«Siendo así si bien el art. 579 LECrim. adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE, para la protección del derecho del secreto a las comunicaciones interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8 Convenio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido supliendo aquellas deficiencias y la STC. 26/2006 de 30.1, ya ha señalado que "no puede afirmarse, en el momento actual que el Derecho interno no respete las exigencias derivadas del art. 8 Convenio, sino que a este Tribunal le corresponde suplir las insuficiencias apreciadas en el precepto legal citado hasta que se produzca la necesaria intervención del legislador", lo que ha llevado al propio TEDH Auto de 25 septiembre 2006 caso Abdulkadir contra España a declarar que "si bien es deseable una modificación legislativa incorporando a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como ha señalado constantemente el propio Tribunal constitucional, el tribunal considera que el art. 579 LECrim, modificado por LO. 4/88 de 25.5 y completado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo formula normas claras y detalladas y precisa, a priori, con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado". (Sentencia Lambert contra Francia de 24.8.98). (F. J. 3º)

Postura esta que fue la seguida por esta Sala en STS. 173/98 de 10.2, que afrontó directamente el problema que presentan este tipo de comunicaciones cuestionándose la constitucionalidad y legalidad de la instalación de artificios técnicos en una celda, lo que se hizo para conocer las conversaciones entre dos presos preventivos, con la esperanza de obtener así la identidad de otra persona implicada en delitos de homicidio, violación y tenencia ilícita de armas, y en particular abordó el problema de si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabaciones, mediante aparatos en lugar cerrado, en concreto en una celda de prisión preventiva cumple la exigencia de previsión y reserva legal que legitima tal injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, y señaló que en principio, la distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier tipo de conversación privada no es aceptada por el Tribunal Constitucional que destacó en

sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de <<comunicación>>, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma..." También las sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo sentencias de 18 de abril y 23 de diciembre de 1994, entre otras, han recogido que el art. 18.3 de la Constitución contiene dos partes completamente diferentes y diferenciadas: una primera, imbuída del carácter de defensa de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, afirma el derecho al secreto, plasmación singular de los principios declarados en el art. 10.1 de la Constitución Española -dignidad de la persona y afirmación del libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social- y que se encuentra íntimamente vinculado al derecho a la intimidad, pero sin confundirse plenamente, ya que toda comunicación es para la norma fundamental secreta y sólo algunas, como es obvio, serán íntimas y privadas.

A este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica -en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez- y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado.

Y aunque se aceptase la argumentación del recurrente de que la intervención se produce en los calabozos de la policía y a unos detenidos habrá que recordar que la LO. 1/79 de 26.9, General Penitenciaria, art. 51 y el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/96 de 9.2, arts. 46 y 47, permiten que las comunicaciones orales (y escritas) sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial, mucho más cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde.

Y como ha destacado la sentencia de este Tribunal 245/95 de 6 de marzo de 1995, la sentencia 1283/1994, de 20 de junio, se refiere al artículo 51,2 de la Ley Orgánica General penitenciaria y que recoge, precisamente, que no deben confundirse las dos clases de comunicaciones que son de distinta naturaleza y vienen, por ello, a suponer regímenes legales claramente diferenciados. Dice así la sentencia del Tribunal Constitucional: <<Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la LO.G.P. distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas -art. 51,1- con los requisitos que de forma resumida señala la STC. 175/97: persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley, que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada; notificada al interesado, por cuanto debe tenerse en cuenta que la intervención tiene únicamente fines preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría previa autorización judicial, por ello la mencionada notificación en nada frustra la finalidad perseguida y supone una garantía para el interno (SSTC. 40/97 de 24.11, 192/2002 de 28.19), y que sea comunicada al Juez de Vigilancia para que éste pueda ejercer el control de la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea y proporcionada con

el fin perseguido, y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales -art. 51,2-; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del art. 51,5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas "por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento", según precisa el art. 51,1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51,2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario>>. La razón resulta clara, pues la intervención de la conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por la autoridad administrativa "es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales". Por ello la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el "supuesto de terrorismo" y "la orden de la autoridad judicial".

Pues bien, sí se permite al Director en la normativa penitenciaria mucho más al Juez de Instrucción a autorizar la grabación de las conversaciones entre detenidos en calabozos policiales, cuando su finalidad y su labor sea garantizar precisamente una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado violación del art. 8.1 del Convenio cuando la injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden y las prevenciones penales (sentencia 6.9.76, caso Klass y otros); cuando está prevista por la Ley y es justificable como necesaria en una sociedad democrática (sentencia 25.3.83, caso Liver y otros); o sea particularmente proporcionada al fin legítimo perseguido (sentencia 24.3.88, caso Olson). Ello sin perjuicio de las especiales cautelas y garantías que deberán adaptarse para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en estos casos para intervenir las comunicaciones de una o varias personas. Así, en todo caso, deberá ir precedida de la existencia de indicios racionales suficientes de la existencia de un delito y de criminalidad contra personas determinadas. Asimismo, la adopción de la medida deberá estar presidida por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. En base al primero deberán ponderarse cuidadosamente los intereses en juego, los beneficios a obtener para la causa y los principios que puedan ocasionarse. La aplicación del principio de proporcionalidad en lo que a la aplicación de la medida se refiere nos llevará a la conclusión de que solo debe aplicarse en supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurren claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible que, por la propia naturaleza de la medida acordada, será en la práctica, mucho menor que el usual en las intervenciones telefónicas. Por otra parte, el principio de subsidiariedad nos indica que esta medida únicamente debe acordarse

cuando no sea posible obtener, de otro modo, el mismo resultado y al mismo tiempo sea necesaria su adopción para el buen fin de la instrucción de la causa. (F. J. 4º)

(...)

El Juzgado de Instrucción por auto de 14.3.2007 considera el precepto habilitante para la intervención del art. 579.2 LECrim. y aplicando la doctrina sentada en la STS. 10.2.98, antes citada, por la que "no resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuanto puede ser legítimamente intervenida por el Juez y no lo puede ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado", y de forma analógica la elaborada en torno a la captación de imágenes en las que se hace constar por la policía actos criminales considerándose prueba válida incluso sin autorización judicial que solo debería recabarse en el supuesto de que las mismas se realizaran en un recinto cerrado (SSTS. 23.9.99 y 27.9.2002 entre otras), teniendo en cuenta que se trata de investigar una muerte violenta de una persona, cuyo cadáver fue encontrado con un disparo en la cabeza y cuyo teléfono móvil fue utilizado por sus supuestos captores antes de producirse esta, lo que dio lugar a la adopción de una línea de investigación basada en la intervención de una serie de teléfonos móviles cuyo resultado arrojó fundados indicios en relación a las personas cuyas conversaciones se pretende grabar y tras proceder a su detención y con anterioridad a ser puestas a disposición judicial pudieran encontrarse implicadas en el hecho en cuestión, concluye con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada y precisamente "para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismos, no se podrá instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos tengan acceso a la entrevista reservada con su letrado dado que el imputado puede revelar a su letrado los secretos que quedan bajo la reserva del secreto profesional", acordando en la parte dispositiva que no podrán utilizarse los sistema de captación en el habitáculo reservado para que los imputados mantengan la entrevista reservada con su letrado, que permanecerá separado de las celdas en que se instalarán las escuchas y que la colocación de los micrófonos se realizará por los técnicos de la policía judicial "en presencia del Secretario Judicial que levantará acta en relación a la citada colocación y, en su caso, de la separación debida entre las celdas y el lugar donde los detenidos se entrevisten con su letrado".

Como tal acuerdo del Instructor no cabe considerarlo arbitrario en cuanto a la proporcionalidad de la medida, sus cautelas y garantías, para preservar los derechos de los detenidos, art. 520 LECrim, hay que estimar tal prueba legítima e infundada la queja del recurrente. (F. J. 5º)

En efecto, en relación a la infracción de los derechos previstos en el art. 520 LECrim, al tratarse de detenidos en calabozos policiales: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo o a confesarse culpable, arts. 17.3 y 24.2 CE, debemos recordar que tales derechos se ponen en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del

Estado por su detención. El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere o no hablar con las autoridades.

En cuanto al privilegio contra la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio el TEDH, sentencia Allan contra Reino Unido de 5.11.2002, ha reiterado que esos derechos están generalmente reconocidos en los patrones internacionales que se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo. su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del art. 6 /sentencia John Murray contra Reino Unido de 8.2.96). El derecho a no autoincriminarse afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a pruebas obtenidas por medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (sentencia Saunders contra Reino Unido de 17.12.96), por cuanto -decimos nosotros- la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.

Al examinar si el proceso ha hecho desaparecer la verdadera esencia del privilegio contra la autoincriminación, el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido (véase sentencia Heaney y McGinness contra Irlanda de 27.12.2000 y sentencia J.B. contra Suiza de 3.5.2001).

Cuando la policía utiliza un subterfugio -por ejemplo, introducir en la celda otra persona, de acuerdo con la Policía- para sonsacarle información, para interrogar a su acusado, después -o antes- de que éste haya advertido que no quiere hacer declaraciones, está consiguiendo de manera incorrecta información que no habría podido obtener de haber respetado el derecho constitucional del detenido o permanecer en silencio, se violan sus derechos porque se le priva de su opción. Sin embargo, en ausencia de comportamiento para obtener esa información por parte de la policía, no existe violación del derecho del acusado a elegir si quiere o no declarar ante la Policía. Si el detenido habla, es su propia opción y se debe suponer que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información pueda informar a la policía o de que su conversación está siendo grabada.

En el caso presente, se advierten similitudes en los casos del TEDH, Khan contra Reino Unido de 12.5.2000 y P.G y J.H. contra Reino Unido de 25.9.2001, la fijación de los aparatos de escucha y grabación de las conversaciones no fueron ilegales en el sentido de ser contrarias a la Ley penal interna, y no existe indicio alguno de que el detenido, en su conversación con otro detenido por los mismos hechos y conocido suyo, hubiera sido coaccionado para hacerlas o de que fuera una trampa o una inducción.

En estas condiciones no debe entenderse que la información obtenida de las grabaciones -con las especiales garantías que se señalaban en el auto habilitante para preservar el derecho de defensa y comunicación con un letrado-, haya sido obtenida en contra de la voluntad del detenido y su utilización en juicio fuera en contra de su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse». (F. J. 6º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Protocolo de incorporación de las escuchas. Requisitos.

**Recurso: Casación nº 11429/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 513/2010 de fecha 02/06/2010**

«...los requisitos relativos al protocolo de la incorporación de las escuchas para su posterior utilización como prueba en el juicio son:

1) La aportación de las cintas.

2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.

3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.

4) La disponibilidad de este material para las partes.

5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas: indeterminación subjetiva.

**Recurso: Casación nº 2649/2009
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 518/2010 de fecha 17/05/2010**

«..Pues bien, el hecho de que cuando las sospechas contra los dos suministradores de la sustancia se consolidaron no se acordara de inmediato la intervención de los teléfonos de estos últimos no puede determinar la nulidad de las escuchas de su teléfono a través del único teléfono que se hallaba intervenido. Y ello porque, con independencia de las dificultades para

determinar la fecha en que la sospecha hacia ellos se convierte en fundada, lo cierto es que si ello era así la intervención de sus teléfonos lo único que podía hacer era agravar la limitación de su derecho fundamental, pues pasarían de ser escuchados sólo en las conversaciones vinculadas al tráfico de drogas que mantenían con los otros acusados, a ser escuchados en todas las conversaciones que pudieran mantener con otras terceras personas, incrementándose la limitación del derecho fundamental de los afectados y de otras terceras personas.

En el auto del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 2010 (nº 35-10) se argumenta que "el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas -como consta en la parte dispositiva- no supone una indeterminación subjetiva que ponga en cuestión la legitimidad de la medida. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, de nuestra jurisprudencia 'no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida', pues tales exigencias 'resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas'. Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida es 'la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas', lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, como sucede en el presente caso, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la discriminación de las conversaciones relevantes; control judicial que tampoco se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo"» (F. J. 1º).

DERECHO FUNDAMENTALES. Derecho de defensa cuando se exige responsabilidad civil solidaria de las personas jurídicas.

Recurso: Casación nº 1305/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 128/2010 de fecha 17/02/2010

«Como segundo motivo se formula infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., por haber existido infracción del derecho de defensa.

1. Se considera que se ha dejado de llamar al proceso a la sociedad C. R., S.L." cuando es parte integrante del contrato de servicio, siendo precisa su presencia cuando hay exigencia de responsabilidad penal para la persona jurídica, habida cuenta de que el art. 31.2º CP dispone que si se impusiere en

sentencia una pena de multa al autor del delito, ser responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y en cuya cuenta actúa.

2. La alegación nos determina a extendernos efectuando alguna reflexión, del siguiente tenor:

1º) Dado que el ejercicio de acciones civiles se encuentra sometido al principio dispositivo o de rogación (Cfr. STS de 20-12-2005, nº 1523/2005), la incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que en su calidad de verdaderos "domini litis" conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos por los sujetos del mismo (partes) por lo pedido (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (causa petendi) todo lo cual no comporta que el juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo (Cfr. STS de 19-5-2005, nº 646/2005).

2º) Desde la perspectiva constitucional, hay que recordar que el TC ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiere relevancia constitucional y puede ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum) "suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes" (STC 20/82) de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 86/86, 29/87, 156/88, 365/93, 172/94, 91/95, 191/95 y 60/96).

3º) Si bien es cierto que el art. 31.2 CP establece una "responsabilidad solidaria" de la persona jurídica para el pago de la multa, este texto -que fue incorporado al CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, lo que plantearía el problema de su aplicabilidad a hechos sucedidos en 1998 y 1999-, conforme señala la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, "en tanto el art. 31 solo juega para los delitos especiales propios, esta extensión de la responsabilidad pecuniaria no será aplicable a todos los delitos cometidos a través de personas jurídicas, sino sólo cuando haya sido necesario aplicar la cláusula del apartado primero para resolver los problemas

de tipicidad derivados de este tipo de delitos. Por tanto solo operará en relación con los delitos especiales".

Lo que no es óbice cuando, efectivamente, sea procedente la aplicación de tal previsión -como recuerda la mentada Circular de la FGE-, para que, desde el punto de vista procesal, la asimilación de la persona jurídica responsable ex art. 31.2 CP al imputado, implique la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión; deba de reconocérsele el derecho al proceso debido; deba garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso; haya de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral; y haya de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Y quepa, igualmente, exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.

4º) Ello no obstante, en un caso como el de autos en el que no nos encontramos ante ningún delito especial propio, que hubiere hecho necesaria la aplicación del art. 31.1 CP, tampoco serán aplicables las previsiones el art. 31.2 CP, decayendo toda la argumentación del recurrente.

5º) El Tribunal de instancia no ha efectuado ningún pronunciamiento ni de contenido penal ni de responsabilidad civil, directa ni subsidiaria, contra la entidad Costapartament de modo coherente a la falta de ejercicio contra ella de las correspondientes acciones por las partes acusadoras pública y particulares». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Diferencias entre la prueba anticipada y las meras diligencias de instrucción.

Recurso: Casación nº 11475/2008 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 955/2009 de fecha 01/10/2009

«..Con independencia de lo anterior, conviene tener presente que lo que el acusado llama prueba documental anticipada no es tal. Prueba anticipada no es aquella que, por razones puramente ligadas a la estrategia procesal de la defensa se anticipa a las sesiones del juicio oral. El art. 448 de la LECrim, contempla supuestos de previsible irrepitibilidad de una determinada declaración testifical. Ya sea porque el testigo exprese su imposibilidad de concurrir al llamamiento judicial, ya por la existencia de un motivo racionalmente bastante para temer la muerte o incapacidad física o intelectual del declarante, la LECrim autoriza la práctica de una diligencia sumarial que, sin embargo, nace con vocación de convertirse en verdadero elemento de prueba para el acto del juicio oral, una vez introducida en el debate contradictorio mediante el expediente que autoriza el art. 730 de la

LECrim. La prueba anticipada, pues, implica la transformación de una diligencia sumarial que ensanchando su funcionalidad originaria, pasa a convertirse en prueba valorable por el Tribunal sentenciador en los términos expresados en el art. 741 de la LECrim.

La lectura de la propuesta probatoria hecha valer por el recurrente pone de manifiesto que ninguna de las diligencias que fueron correctamente denegadas participaba de la naturaleza de una verdadera prueba anticipada. La fase intermedia del proceso tiene un significado especial cuando se trata del procedimiento ordinario. Y es que el traslado para la formulación del escrito de defensa se produce cuando ya el juicio oral está abierto, se ha prestado conformidad al auto de conclusión del sumario y, precisamente por ello, ya ha decaído la competencia funcional del Juez Instructor, cuya investigación se ha declarado formalmente cerrada a partir de la ratificación por la Audiencia Provincial del auto de conclusión del sumario (arts. 630, 632 y 651 de la LECrim). De ahí que el escrito de defensa, si se ha consentido el auto de conclusión del sumario y no se ha instado formalmente su revocación, no permita la retroacción del procedimiento resucitando una competencia para la investigación del delito que ya no tiene el Juez de Instrucción y que nunca podrá tener la Audiencia Provincial. Consentir el auto de conclusión del sumario supone aceptar que el régimen jurídico de la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas ya no mira a la realización de actos genuinamente instructorios, sino a los actos de prueba que hayan de practicarse en el acto del juicio oral (arts. 659 y 728 de la LECrim) o cuya procedencia surja ex novo obligando a practicar una sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6 LECrim). Al procesado le fue notificado el auto de conclusión del sumario y pudo entonces, al amparo de la lectura constitucional de esa fase proclamada por la STC 66/1989, 17 de abril, propugnar cuantos actos de investigación complementaria considerara oportunos. Como es sabido, aquella sentencia llevó a cabo una interpretación integradora del repetido art. 627 LECrim, precisamente para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo. Las pruebas no fueron indebidamente denegadas y su improcedencia resultó justificada». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal.

Recurso: Casación nº 889/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1173/2009 de fecha 17/11/2009

«8.- La Ley Orgánica de 23 de Diciembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola

en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones.

9.- La petición no puede ser resuelta en el sentido que pretende la parte recurrente. Ahora bien, la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador, sobre todo, a partir del Instrumento de Ratificación por España del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 15 de Octubre de 2009). Desde que el Plenipotenciario de España lo firmó el 22 de Noviembre de 1984, resultaba, cada más urgente, dar coherencia a las decisiones legales y a los compromisos asumidos por España. Utilizando la fórmula tradicional de los Instrumentos de ratificación, promete cumplir, observar y hacer que se cumpla en todas sus partes. El Instrumento de Ratificación contiene solamente la reserva o cláusula de estilo referida a Gibraltarr pero no añade ninguna otra. El Protocolo, en su artículo 2, reitera que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. Se añade, en el apartado 2 que este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad, según las define la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

10.- España, a diferencia de otros países, no ha formulado reservas a este artículo 2 del Protocolo nº 7. Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Holanda, entre otros países, han formulado algunas reservas, lo que les permite mantener parte de su sistema vigente. En el caso de España, debemos acogernos a la tesis tradicional ya expuesta de que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, es incuestionablemente un Tribunal Superior y que el sistema de la casación constitucionalizada cubre las expectativas de la doble instancia». (F. J. 4º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Escuchas telefónicas. Criterios jurisprudenciales.

Recurso: Casación nº 10756/2009 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 4/2010 de fecha 28/01/2010

«1.- Las líneas reguladoras de las escuchas telefónicas se han trazado por la jurisprudencia a la vista de la insuficiencia de la normativa que se recoge en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Podemos enumerar, con carácter general, los trámites a seguir en relación con la validez de las escuchas.

Criterios

- a) Excepcionalidad. Huida del automatismo.**
- b) Imprescindibilidad o necesidad.**
- c) Ponderación de los intereses en conflicto.**
- d) Subsidiariedad. Métodos de investigación menos agresivos.**
- e) Proporcionalidad, legalidad, catálogo de delitos.**

Control Judicial.

- a) Habilitación judicial. Motivación.**
- b) Duración de la medida. Tiempo razonable.**
- c) Control periódico de la marcha de las escuchas**
- d) Transcripción literal bajo fe de Secretario.**
- e) Audición de las cintas por el Juez de Instrucción.**
- f) Envío de las cintas originales al juez instructor.**
- g) Negación de la autenticación de las voces. Pruebas periciales. Momento de pedir las». (F. J. Previo)**

DERECHOS FUNDAMENTALES. Escuchas telefónicas. IMSI.

Recurso: Casación nº 313/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1154/2009 de fecha 11/11/2009

« 4. Al respecto, como ya expresábamos en nuestra STS nº 40/2009, de 28 de enero, 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.

e) En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS nº 249/08, de 20 de mayo, después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para "la cesión" del IMSI por las operadoras, al

amparo del art. 18.4 CE y de la L 25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, tampoco acepta que la "captura" del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art. 18.3 CE; y que, por otro, la facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el art. 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Forma de aportar como prueba las grabaciones al plenario

Recurso: Casación nº 2649/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 518/2010 de fecha 17/05/2010

«2. El planteamiento de la cuestión requiere recordar cuál es la forma de operar las conversaciones telefónicas en la vista oral del juicio como prueba de cargo. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la grabación de las manifestaciones vertidas en las conversaciones intervenidas cuando sea útil para acreditar la imputación puede ser propuesto en el juicio oral como medio autónomo de prueba (STC 190/1992), bien por sí mismo (audición de las cintas grabadas), o a través de su transcripción mecanográfica debidamente practicada y autenticada (se trataría entonces, de la documentación de un acto de investigación practicado en la fase de sumario previa al juicio oral). En esta segunda condición —como medio de prueba específico— su validez probatoria, ex art. 24.2 C.E., en relación con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, está sometida, como el resto de actuaciones sumariales, a requisitos y condiciones procesales que garanticen su autenticidad y fiabilidad así como la participación de la defensa que sea exigible a fin de garantizar la debida contradicción (STC 121/1998). Lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo mediante las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (STC 228/1997). Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral. A este respecto, ninguna relevancia tiene, en cuanto a la eficacia probatoria de las grabaciones telefónicas, el hecho de que las bobinas y cintas no sean reproducidas en el juicio oral, pues la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba (por todas, STC 128/1988) y puede ser sustituida por la lectura en la vista oral de los folios en

que constan las transcripciones de las grabaciones telefónicas referidas a los imputados, siendo así sometidas a contradicción (STC 236/1999, FJ 5).

De otra parte, esta Sala de Casación ha establecido en diferentes resoluciones que el contenido de esas escuchas, como medio de prueba plena en el juicio, deberá ser introducido en el mismo regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba, mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas (SSTS 1778/2001, 3 de octubre; 807/2001, 11 de mayo; 1070/2003, 22 de julio; 112/2002, 17 de junio; 363/2008, 23 de junio; y 598/2008, de 3 de octubre)». (F. J. 3º)

DETENCIÓN ILEGAL. Tipo del art. 166 CP: delito de sospecha

Recurso: Casación nº 10519/2009 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1043/2009 de fecha 28/10/2009

«...Se dice en relación al primer delito, que no existe, y que, a lo sumo se estaría en un supuesto de coacciones. La tesis es inasumible. El delito de detención ilegal se refiere a la privación de la libertad ambulatoria, y es un delito más específico que el de coacciones porque éste afecta a la libertad en su conjunto en tanto que el de detención lo es, concretamente a la libertad ambulatoria como lo acreditan los verbos nucleares del tipo del art. 163 "....encerrarme o detuviere...." --SSTS 371/2006 ó 923/2009, entre las más recientes--.

Por otra parte, los dos elementos que vertebran el delito de detención, el objetivo constituido por la privación violenta de libertad de María Luisa y el objetivo de querer precisamente esa acción de forma clara e injustificada, se dan en el presente caso con una claridad y en un escenario difícilmente más contundente y estremecedor.

Por otra parte, verificada la realidad de la detención y que no se ha acreditado que la hayan puesto en libertad, ni han dado razón de su paradero, resulta incuestionable la aplicación del art. 166 Cpenal de cuya constitucionalidad no puede dudarse. La sentencia cita al respecto el "caso Nani" STS de 25 de Junio de 1990, en el que se aplicó el artículo 483 del anterior Cpenal, prácticamente equivalente al actual.

No es un delito de sospecha que atentaría contra el principio de presunción de inocencia. Su aplicación solo exige la acreditada prueba de los hechos: a) la propia detención ilegítima y b) que no se de razón del paradero de la persona ni se acredita su puesta en libertad, y justamente, eso es lo que de forma clara aparece probado en este caso». (F. J. 2º)

DOLO. Artículo 5 CP.

Recurso: Casación nº 10339/2009 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«2. Ciertamente, el art. 5 CP proclama que no hay pena sin dolo o culpa. Y con la recurrente hay que coincidir en que el dolo requiere conocimiento de todos o cada uno de los elementos del hecho que constituye el delito, y que ese conocimiento debe ser anterior o simultáneo a la comisión, pues caso de ser posterior mal se podría evitar.

Dogmáticamente se ha venido distinguiendo entre el dolo directo que existe cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen (Cfr. STS de 29-1-92), y el dolo eventual, en el que, desde una postura ecléctica -conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento- podemos decir que se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se reproduzca el resultado, y que además, se conforme con dicha producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca. Siendo exigible, en todo caso, la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (Cfr. SSTS 348/93, de 20 de febrero; y, 2164/2001, de 12 de noviembre).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.

En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización.

Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos.

Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico». (F. J. 12º)

DOLO. Delito de omisión.

Recurso: Casación nº 10339/2009 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«3. La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico cuarto, atribuye a la procesada, ahora recurrente, ser criminalmente responsable - entre otros delitos- del de las lesiones del art. 148.3º CP (correspondientes a los hechos declarados probados en el apartado A) del factum), en concepto de autora por comisión por omisión, invocando el art. 11 del CP.

Siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, es necesario recordar en este sede casacional que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico.

De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico.

La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (Cfr. STS 1480/99, de 13-10), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y, conforme al actual art. 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice).

b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar casualmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución.

c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, se refiere formalmente, el art. 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado.

No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

4. En el caso presente puede establecerse, en principio, la existencia en la recurrente de una obligación legal de actuar dada su posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil -incluso con anterioridad a la reforma LO 54/2007 de 28.12- como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiales incumbe a los padres.

La responsabilidad por la omisión arranca del carácter de madre de la niña, ya que, los deberes positivos de protección y cuidado derivan -se dice en la STS 21/2007 de 19 de enero- no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción e exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el de velar por los hijos menores -art. 154,1º- y permite a los progenitores, en el ejercicio de su potestad recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento.

Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros (SSTS de 31-10-91; 1161/2000, de 26-6).

Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante.

5. Centrándonos en el elemento que se cuestiona del delito, habrá que recordar, siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos.

La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.

Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción".

En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97, de 27-6).

Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24-10-90).

5. En el supuesto que nos ocupa, con arreglo al relato histórico, conociéndola acusada las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, no resulta para la misma el requerido conocimiento de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió -en este caso- una actuación que le era debida. Si no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generara el deber de actuar, no puede reprochársele, en la ocasión, que no actuara. Producida la lesión, ya no podía evitarla. Por tanto, no existe el dolo en los términos que hemos definido más arriba, necesario para integrar el tipo subjetivo de la figura penal aplicada». (F. J. 12º)

DROGADICCIÓN. Configuración como eximente completa o incompleta y como atenuante.

**Recurso: Casación nº 10431/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 6/2010 de fecha 27/01/2010**

«...Como hemos dicho en las recientes sentencias 1238/2009 de 11.12 y 1126/2009 de 19.11, según la Organización Mundial de la Salud por droga ha de entenderse “cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como “el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética”, y la dependencia como “el estado

de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma”.

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009 de 27.1; 672/2007 de 19.7; 145/2007 de 28.2; 1071/2006 de 9.11, 282/2004 de 1.4, las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que “no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto”. Ciertamente es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS. 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las “acciones liberae in causa”).

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy calificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005 de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente

por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP).

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.

C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTS. 22.5.98 y 5.6.2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP. es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (SSTS. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la

atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26.7, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS. 30.5.91, y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP.

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02).

En la STS. 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos "objetivada" en el nuevo CP, no

cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque solo sea ab initio, por su adición grave el consumo de droga.

La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen (SSTS 15.9.98, 17.9.98, 19.12.98, 29.11.99, 23.4.2001, STS. 2.2.200, que cita STS. 6.10.98, en igual línea SSTS. 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.2002 y 20.5.2003, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo)». (F. J. 5º)

DROGADICCIÓN. Posibilidad de aplicar medida del art. 87 CP en ejecución de sentencia.

Recurso: Casación nº 137/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1287/2009 de fecha 22/12/2009

«1. Al recurrente Juan Antonio N. no se le permitió la práctica de la prueba pericial del médico forense después de haber sido admitida para que tuviera lugar con carácter previo a la vista oral.

El derecho de defensa se ha resentido -en opinión del recurrente- ya que con la documentación aportada (folios 165 a 169), Tomo I del Juzgado de instrucción y los 26 documentos presentados en juicio, se dispone de datos sobrados para que un especialista lo conceptuase como afecto a la drogadicción.

Merecen especial relieve los documentos integrados por el "carnet" de citas y seguimiento del Centro provincial de drogodependencia de la Junta, Historia 146 del seguimiento de la trabajadora social, programa de tratamiento con metadona, guía de dispensación 11-mayo-2007 y medicación con antidepresivos.

Concluye el recurrente afirmando que aun cuando no tendrá repercusión en la pena la estimación de una atenuante al haberse sido impuestas las penas mínimas legales, podría afectar a la concesión de la suspensión de pena prevista en el art. 87 del C.Penal.

2. Es cierto que el recurrente Juan Antonio N., en su escrito de calificación provisional (fol. 402 Vol. II del Juzgado de instrucción), interesa la práctica de la prueba pericial forense antes del juicio, accediendo el tribunal a tal petición. También es cierto que comenzadas las sesiones del plenario quedó sin practicar y la interesó de nuevo (véase fol. 2 del acta del juicio), pero no es menos cierto que la imposibilidad de su práctica, como consta en acta, fue culpa exclusiva del propio recurrente, que por todos los medios fue citado de comparecencia al juzgado para que fuera examinado médicamente y no concurrió a ninguno de los llamamientos.

Al denegarse en juicio el acusado no interesó la suspensión para su práctica ni hizo la correspondiente protesta. Así pues, en vista de la situación creada, la Audiencia Provincial actuó correctamente prescindiendo de la prueba solicitada. Ello bastaría para rechazar el motivo.

3. No obstante, la única ventaja para el acusado en caso de apreciación de la atenuante la hace residir en la aplicación del art. 87 del C.P. en ejecución de sentencia. Sobre este particular hemos de afirmar que tal beneficio en la ejecución de la pena no se supedita a la apreciación de la atenuante de drogodependencia en la sentencia condenatoria, bastando que el hecho se hubiera cometido a causa de su dependencia a las sustancias referidas en el nº 2 del art. 20 C.P., situación que deberá resolverse en el trámite de ejecución.

Sobre esta hipótesis, ya se pronunció la Fiscalía del Tribunal Supremo (Consulta 4/1999 de 17 de septiembre, seguida de otra posterior 1/2005 de 31 de marzo) criterio interpretativo corroborado por la sentencia del T. Constitucional nº 222/2007 de 8 de octubre -como nos recuerda el Fiscal- y por esta Sala de casación, S.T.S. nº 546/2007 de 12 de junio.

Conforme a tal doctrina se pueden producir los supuestos que el Fiscal apunta:

a) que se recoja en la sentencia la atenuante de drogodependencia en cuyo caso habrá que partir de tal dato en ejecución sin posibilidad de ser revisado.

b) que después de practicada prueba sobre la atenuación se efectúen los siguientes pronunciamientos:

- la no adicción del sujeto a las sustancias del art. 20-2º.

- reconocimiento de su adicción, pero no acreditamiento de su influencia o relación con el delito cometido.

En este caso tampoco será posible al práctica de nuevas pruebas en ejecución de sentencia y se deberá partir de esos pronunciamientos, todo ello por el respeto a la cosa juzgada material.

c) si finalmente en juicio no se practicó prueba alguna, ni se debatió la cuestión, ante la falta de pronunciamiento de la sentencia, no impedirá que en el trámite de "audiencia de las partes" contemplado en el art. 87 puedan éstas solicitar o aportar las pruebas necesarias para acreditar que la condición de drogadicto fue determinante para la comisión del delito, con el que se hallaba en una relación teleológica.

4. Dicho ésto, resulta que la declaración de nulidad para la práctica de la prueba omitida, en el supuesto de que no hubieran concurrido los déficit formales expuestos en el apartado 1º de este motivo, podría ser perjudicial a

los efectos de la aplicación del art. 87 C.Penal que es la única razón que impulsa al recurrente a formalizar el motivo.

En cualquier caso la negligencia en que incurrió en su día, no facilitando la práctica de la prueba podría suplirla en ejecución de sentencia, con la misma posibilidad que repitiendo el juicio, aunque sólo fuera para este recurrente, y de ese modo no se resentiría el derecho a no soportar dilaciones indebidas, todo lo cual debe añadirse a la omisión de las exigencias formales impuestas por ley para la admisión del motivo». (F. J. 3º)

ERROR DE DERECHO. Infracción de ley: juicios de valor.

Recurso: Casación nº 1935/2008

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 922/2009 de fecha 30/09/2009

«Para la adecuada resolución del recurso es necesario realizar unas precisiones previas:

1º Los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión – se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser

inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo –como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

En definitiva esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el art. 849.1 LECrim, ha asumido de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación.

En este sentido el Tribunal Constitucional sentencia 328/2006 de 20.11, remitiéndose al ATC. 332/84 de 6.6, afirma que “tal discordancia –con el criterio del Tribunal de instancia-, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada”, y añade “A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuricidad de su conducta, que habían sido en él incluidos [...] tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim...”.

2º Que la doctrina establecida a partir de la STC. 167/2002 de 18.9, seguida, entre otras por SSTC. 197/2002 de 28.10, 198/2002 de 28.10, 200/2002 de 28.10, 212/2002 de 11.11, 230/2002 de 9.12, 41/2003 de 27.2, 68/2002 de 4.4, 118/2003 de 16.6, 10/2004 de 9.2, 40/2004 de 22.3, 50/2004 de 30.3, 112/2005 de 9.5, 185/2005, que proscribire la revocación de sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves que el solicitado por el recurrente sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales practicadas sin atender a la garantía constitucional de la inmediación (por todas STC. 124/2008 de 20.10), no alcanza a la revisión de la calificación jurídica de los hechos ni tampoco a la revisión de los hechos mismos, cuando ello se fundamente, o bien en una nueva valoración de pruebas documentales, o bien en un nuevo

juicio de inferencia derivado de los hechos base declarados probados en la instancia (por todas SSTC. 296/2007 de 11.9, 64/2008 de 24.5). Debido a ello el Tribunal Constitucional sentencia 29/2008 de 28.2 ha podido afirmar que “las conclusiones alcanzadas por este Tribunal en la STC. 167/2002 de 18.9 [...] no son directamente extrapolables a la casación penal, dadas las diferencias que cabe establecer entre la revisión que se produce en dicha sede, de carácter limitado y tasado, y la que tiene lugar en apelación a través de un “novum iudicium”, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia (SSTC. 183/2005 de 4.7; 124/2008 de 20.10)...”.

Consecuentemente se puede concluir que el derecho a un proceso con todas las garantías no se ve afectado por la revocación de la absolución efectuada por esta Sala casacional, cuando la misma no se funda en una nueva valoración de pruebas necesitadas de la garantía de inmediación». (F.J.1º)

ERROR DE PROHIBICIÓN. Artículo 14.3 CP.

Recurso: Casación nº 10697/2009 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 61/2010 de fecha 28/01/2010

«..Con carácter subsidiario, la defensa formula el decimoctavo motivo, en el cual se denuncia la indebida inaplicación del error de prohibición previsto en el art. 14.3 del CP.

Alega el recurrente que los tocamientos que Francisco Lerma hizo a su cónyuge estarían amparados en la creencia errónea e invencible de que estaba obrando conforme a derecho, pues “...él sentía que tenía seguridad y control pleno por el amor que le profesaba y porque era la madre de sus hijos y como también quería intensamente a sus hijos, sentía el daño que podría suponerles cualquier tipo de agresión contra ella”.

El motivo carece de la más mínima base jurídica.

En principio, es más que probable que lo que el recurrente identifica como error de prohibición, debiera haber sido abordado argumentalmente como un error sobre la ausencia de consentimiento, que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo, excluyendo el dolo (art. 14.1), no la culpabilidad (art. 14.3).

En cualquier caso, lo que es evidente es que sólo una deformada visión del significado jurídico del matrimonio, permitiría hacer valer la argumentación del recurrente. En el supuesto que nos ocupa, no hubo error de tipo, pues la ausencia de consentimiento –según se ha expuesto supra, al desestimar el motivo precedente-, tuvo que ser necesariamente percibida por el acusado, que se valió de una navaja para sumar a Mª Pilar a su alocado

viaje de huida, durante cuyo transcurso se produjeron los tocamientos. Tampoco hubo error de prohibición, pues el matrimonio no autoriza a imponer situaciones intimidatorias seguidas del ofrecimiento de una actividad sexual.

Recuerda la STS 737/2007, 13 de septiembre –con cita de la STS 687/1996, 11 de octubre-, que el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 14.3 del CP, tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim)». (F. J. 12º)

ERROR DE PROHIBICIÓN. No concurre.

Recurso: Casación nº 1369/2009

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 319/2010 de fecha 31/03/2010

«...El Tribunal de instancia ha aplicado el artículo 14.3 del Código Penal por considerar que ha existido error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, error que se califica de vencible. Y se describe la situación en los hechos que se declaran probados señalando que cuando el acusado realizó el primero de los contratos de compraventa de los inmuebles conocía que no podía realizar las edificaciones sin autorización del Ministerio de Defensa y, en todo caso, cuando los elevó a escritura pública y recibió la totalidad del precio ya sabía que se le había denegado dicha autorización para edificar y se había resuelto el expediente sancionador con multa y orden de demolición de lo edificado, sin embargo, nada dijo a los compradores para así conseguir mediante la omisión de esta información que creyeran que las construcciones que adquirirían no corrían el peligro de ser demolidas y realizaran el acto de compraventa de los inmuebles, si bien

desconociendo que ello era contrario al ordenamiento jurídico. Y se añade, en el relato fáctico, entre otros extremos, que los compradores de haber conocido tales circunstancias y el peligro de demolición de las construcciones de ninguna manera las habrían adquirido.

(...)

Del examen del artículo 14.3 del CP se desprende que constituyen supuestos de error de prohibición aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o no ha obrado en la creencia que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley.

Esa creencia errónea de estar obrando lícitamente puede tener distintas manifestaciones: bien porque exista desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo); o bien por la suposición de una causa de justificación que en realidad el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto) o creencia errónea de obrar lícitamente por la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico.

Es decir, acorde con el artículo 14 del Código Penal existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho.

Y ese error o falsa representación sobre la licitud de su conducta no se infiere de los hechos que se declaran probados, como señala el Ministerio Fiscal en su recurso.

El recurrente estaba perfectamente impuesto, antes de proceder al otorgamiento de los documentos privados de compraventa, que se realizaron a partir del día 18 de agosto del año 2000, que no podía construir sin autorización del Ministerio de Defensa, ya que con fecha 14 de agosto de ese mismo año se le comunicó que debería solicitar el correspondiente permiso, como consta al folio 820, del tomo III, de las actuaciones, solicitud que presentó el día 17 de agosto, y antes de proceder al otorgamiento de las escrituras pública de venta, lo que se produjo a partir del día 20 de septiembre del año 2002, conocía, sin duda alguna, que se le había desestimado por la autoridad militar la solicitud de autorización para construir, que se le había ordenado parar las obras y que se le había notificado el expediente en el que se acordaba la demolición de lo construido por parte del Ministerio de Defensa, y buena prueba de ello es que interpuso, con fecha 20 de enero de 2001, recurso contencioso-administrativo contra la resolución que denegaban la autorización para construir, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Contenciosos-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia dictada el día 3 de octubre del año 2002, desestimación que fue confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004; y asimismo interpuso, con fecha 28 de enero de 2002, recurso contencioso administrativo

contra la resolución de 27 de noviembre de 2001, del Director General de Infraestructuras, que acuerda la demolición de lo edificado sin autorización y la imposición de una multa, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por sentencia de 19 de junio de 2003, que asimismo fue confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de octubre de 2007.

Así las cosas, no puede afirmarse que existiera una creencia errónea de estar obrando lícitamente, sin que pueda sustentarse ese desconocimiento de la ilicitud en el hecho de que le fueran concedidas las licencias por el Ayuntamiento, ya que se le hizo saber y se le advertía por el propio Ayuntamiento, cuando se le concedió la licencia de parcelación –folio 1793-, de fecha 15 de marzo de 2001, que el terreno se encuentra dentro de la zona de seguridad afecta a la Defensa Nacional para que se tenga en cuenta a los efectos procedentes.

Al no existir error de prohibición, no procede entrar a considerar si era vencible o invencible». (F. J. Único del R. M. Fiscal)

ESTAFA. Concepto de especial gravedad.

Recurso: Casación nº 2357/2008

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1014/2009 de fecha 27/10/2009

«...art. 250.1.6º, la del inciso 1º del art. 432.2 del mismo CP, podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la "especial gravedad" del hecho, una sola cualificación, para cuya determinación la ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1º. El valor de la defraudación.

2º. La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. 12.2.2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1º. Es decir, en realidad este criterio 2º no es un criterio más a añadir al 1º.

3º. La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Repetimos: nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad", y para conocer si en el caso existe tal "especial gravedad" el legislador nos impone tres criterios (en realidad sólo dos como acabamos de decir).

Vamos a distinguir dos casos:

a) Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial

gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92, y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas "especial gravedad". Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resoluciones (Ss. 23.7.98, 9.7.99, 12.2.2000, 7.12.2000, 22.2.2001, 14.12.2001 y 102/2008 de 7 de febrero) que en ocasiones ha interpretado esta norma (250.1.6º) en relación con la del art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas en esta clase de hechos que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª, en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad" a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar.

Repetimos: una cantidad por sí sola importante -puede ser la de seis millones antes referida- por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

b) Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia». (F. J.8º)

ESTAFA. Engaño bastante a persona jurídica.

Recurso: Casación nº 1033/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1316/2009 de fecha 22/12/2009

«...2. Cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas, como ocurre con personas jurídicas del tipo de las entidades bancarias, es del todo evidente que el sujeto pasivo dispone de un potente arsenal defensivo, que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia del engaño en numerosos casos. Pero, como se acaba de decir, estas consideraciones no pueden conducir a afirmar que las conductas engañosas objetivamente idóneas que resultan luego fracasadas por la reacción de aquel a quien se pretende engañar son siempre impunes. Será preciso examinar en cada supuesto si, objetivamente valorada ex ante, y teniendo en

cuenta las circunstancias del caso, la maniobra engañosa es idónea para causar el error, es decir, para provocar en el sujeto pasivo una percepción errónea de la realidad, aun cuando los sistemas de autoprotección de la víctima lo hayan evitado, finalmente, en el caso concreto.

Por otra parte, el engaño a las personas jurídicas se efectúa mediante la acción dirigida contra las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta. Por lo tanto, en relación a los aspectos que se acaban de examinar, es preciso distinguir entre la posibilidad de provocar, mediante la acción engañosa, un error en el empleado con quien se trata, lo que sería relevante a efectos penales, y la posible negligencia de la persona jurídica, como organización, en la puesta en marcha de los mecanismos de control, lo que podría dar lugar a la asunción de responsabilidades de índole civil». (F. J. 2º)

EXIMIENTE INCOMPLETA. Trastorno mental transitorio. Rebaja de pena en dos grados.

Recurso: Casación nº 2459/2009

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 558/2010 de fecha 02/06/2010

«...Se dice producido error al no haberse apreciado una eximente completa y señala en apoyo del motivo y como documentos los siguientes: (...) el informe emitido el 10 de noviembre de 2005 por los médicos psiquiatras del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, del que se designan los siguientes particulares: "En conclusión, y salvo error, parece que M. Carmen G. E. padece en la actualidad de un trastorno de ideas delirantes (CIE-10 F 22.0), patología mental de difícil tratamiento psiquiátrico ya que éste suele ser refractario a la psicoterapia así como a los psicofármacos disponibles en la actualidad"; el informe emitido por la Dra. Dª Angustias O. V., el día 17 de octubre de 2006 del que se designan los siguientes particulares: "Tanto psiquiatras como forenses confirmamos su condición de Enferma Psiquiátrica. En esa situación y, el relato, un año después, no ofrece la más mínima contradicción; al igual que con la toma de psicofármacos, las riñas a sus hijas y las llamadas al móvil, Mª Carmen actuó bajo los efectos de una emoción intensísima (terror por su hija) con un solo objetivo (apartarlo de allí). Pero con las características de un Estado crepuscular Psicógeno (Estado Disociativo) que son: "...c) Anulación de la volición por ausencia de reflexión. d) Afectación de funciones frontales; es decir, planificación, memoria de trabajo, interpretación teleológica que están anuladas. e) Ausencia de autocrítica. f) Ausencia de valoración realista del entorno de las funciones mentales." .- Y en las CONCLUSIONES: "...3º) El cuadro alcanzó su máxima gravedad ante una circunstancia que le vino impuesta y que anuló las ya mermadas capacidades mentales de la paciente...". - "...6º) El cuadro padecido por Mª Carmen cumple los criterios exigibles para considerarlo un Trastorno Mental Transitorio, en el sentido de tener anuladas en ese periodo sus facultades cognoscitivas y volitivas, sin

que corresponda con una enfermedad mental crónica y que cursa sin secuelas."

(...)

El Tribunal de instancia, en el sexto de los fundamentos jurídicos, analiza la individualización de la pena y al referirse a los delitos de asesinato y lesiones, se señala que la primera cuestión a tratar es la relativa a si procede la imposición de la pena inferior en uno o dos grados y se inclina por la pena inferior en un grado considerando, a ese fin, como dato relevante, la gravedad del resultado finalmente producido.

No es ese el criterio que tiene en cuenta el Código Penal en su artículo 68, en el que se dispone que en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltan o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

Y son de traer a colación las razones expresadas por el Tribunal de instancia para apreciar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y especialmente aquellos extremos en los que se expresa que tal trastorno mental tuvo una especial trascendencia en la comisión de los hechos y que tales factores psicológicos, unidos al hecho de la visión y acercamiento a ella de la víctima, reactivan la obcecación que tenía con Antonio Cosme desde la violación de su hija, provocando un estado emocional y de ansiedad de tal intensidad, que fue más allá de los que podría calificarse de una parcial ofuscación, pues en este caso consideramos que el estímulo exterior recibido por la acusada fue de tal calado emocional, que su reacción fue proporcional a su acción agresiva.

Con esta grave afectación de la capacidad de culpabilidad de la acusada, aunque no permitiera sustentar la eximente completa, si debió tenerse en cuenta, a los efectos del artículo 68 del Código Penal, para imponer la pena inferior en dos grados, que estimamos más proporcionada y ajustada a las circunstancias personales de la acusada.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado, debiéndose modificar las penas impuestas por los delitos de asesinato y lesiones así como reducir el plazo de prohibición de acercarse y comunicar con las víctimas». (F. J. 11º)

EXIMENTES. Cumplimiento de un deber. Actuación de policía.

Recurso: Casación nº 152/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1010/2009 de fecha 27/10/2009

«...como hemos señalado en SSTs. 1401/2005 de 23.11 y 778/2007 de 9.10, cuando, se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad", como dice el apartado c) del art. 5.4 LO. 2/86 de 13.3, cuyo apartado d) concreta que "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su 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 halla 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.

Conforme a tales normas y directrices para que la actuación del agente pueda considerarse justificada se requiere los siguientes requisitos:

1º) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2º) que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3º) que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe; 4º) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5º) proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública".

Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, matizándose que "no es sitúable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves".

Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que

cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 que "tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad"». (F. J. 9º)

EXIMENTES. Enajenación mental: oligofrenia. Refunde la jurisprudencia que existe.

**Recurso: Casación nº 11492/2009 P
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 582/2010 de fecha 16/06/2010**

«De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS de 21 de octubre de 2009: La oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración y psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y una perturbación de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectual, aprendizaje del lenguaje y socialización. Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible, no sólo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacidades globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto debe contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar solo su cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido.

El Manual diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales de la American P. A., en su cuarta y última revisión (DSV IV), en relación al retraso mental, establece cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual, leve (o ligera), moderada, grave (o severa) y profunda.

Habrá retraso mental leve cuando el coeficiente intelectual se halle entre 50-55 y aproximadamente 70, el retraso mental será moderado cuando el coeficiente se halla entre 35-40 y 50-55, el retraso mental será grave

cuando el coeficiente se halle entre 20-25 y 35-40, y el retraso mental se considerará profundo cuando el coeficiente sea inferior a 20 ó 25.

Esta Sala ha dicho, STS, 139/2001 de 26.2, que en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con los hechos, de modo que en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elementos que pueden servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del art. 21.6 CP.

Igualmente, la jurisprudencia, SSTS 587/2008 de 25.9, 2141/2001 de 17.10 EDJ, basándose en la psicometría y en test de personalidad e inteligencia, ha valorado la oligofrenia, distinguiendo:

a) La profunda o idiocia, con coeficiente no excede del 25 % y la edad mental es inferior a cuatro años por lo que determina una irresponsabilidad total.

b) La oligofrenia de mediana intensidad o imbecilidad en la que el coeficiente entre el 26 y el 50 %; la edad mental entre los 4 y los 8 años, y en la que el sujeto es generalmente inimputable, si bien con imputabilidad disminuida en los límites superiores, con el juego de la eximente incompleta de enajenación mental, al poder adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección.

c) La oligofrenia mínima o debilidad mental en la que el coeficiente entre el 51 y el 70 %, la edad mental entre ocho y once años y la responsabilidad penal se considera disminuida por el juego de una atenuante simple por analogía en función de su capacidad de desconocimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado, u omitido, y de la percepción de la intimidación de la pena a él conminado.

d) Por último, los "bordelines" o simplemente torpes, esto es, aquellos cuyos coeficiente intelectual está por encima del 70 % son consideradas generalmente imputables, salvo que actúen sobre aquel déficit otros elementos psicosomáticos o ambientales que, reforzándolo, permitan estimar obraron en un influjo reductor de su plena imputabilidad.

Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el término sociológico tienen la misma intensidad y consiguientemente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, - conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual- las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la que de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente

colectivo o impuestos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentalidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales.

En definitiva se debe relacionar el posible conocimiento y conciencia del hecho y de su significado con su "mayor o menor elementabilidad y facilidad para advertir su ilicitud" (STS 722/2004 de 3.69, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, su complejidad, el acompañamiento, esfuerzo intelectual exigible, socialización, aprendizaje, respeto a las normas de convivencia, etc. Que nos presentaron al sujeto en su concreta situación (SSTS. 28.2.2001, 13.12.1994, 24.10.1991)». (F. J. 3º)

EXIMENTES. Legítima defensa. Compatibilidad con "animus necandi".

**Recurso: Casación nº 11387/2009 P
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 360/2010 de fecha 22/04/2010**

«..El "animus necandi" no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS nº 614/2004, de 12 de mayo, entre otras, se exponía con meridiana claridad que el dolo homicida no es incompatible con la eximente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el "animus necandi" o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la "necesitas defensionis" que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurren en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2.003, "la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un "animus defendendi" que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor ("animus necandi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo".

Es decir, la legítima defensa -caso de que concorra- no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima

esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable "animus necandi", por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles». (F. J. 5º)

EXIMENTES. Legítima defensa. Necesidad racional del medio empleado.

Recurso: Casación nº 253/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1031/2009 de fecha 07/10/2009

«..La Jurisprudencia de esta Sala, a propósito de esta cuestión, ha señalado que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva «ex ante»» (S.S.T.S. 962/05 o 823/06 y las citadas en esta última). Más recientemente, también hemos dicho que (S.T.S. 593/09) <<la racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa, y determinar si la defensa sobrepasó o no la intensidad y grado necesarios para la neutralización del ataque. Esta operación valorativa exige atender no a la hipótesis defensiva imaginaria que hubiera sido más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro estrictamente de lo que en el caso fuera posible, lo cual obliga a considerar la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar. Por eso esta Sala señala que ha de utilizarse "aquél de los medios de que disponga" que al tiempo que sea eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el que menos daño puede causar al agresor (Sª 1053/02, de 5 de junio), y que "hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque" (Sª 618/05 de 2 de mayo)>>. Este cuerpo de doctrina había sido

igualmente analizado en sentencias precedentes (S.S.T.S. 273 o 1760/00 y 596/01) en el sentido que la necesidad racional del medio empleado conlleva la presencia de dos elementos susceptibles de cierta autonomía, cuales son la denominada necesidad abstracta de la defensa, por una parte, y, por otra, la concreta necesidad del medio empleado que, a su vez, puede referirse bien al medio en si mismo o a la forma en que es utilizado. La falta del primero de los elementos, innecesiedad de la defensa, alcanza la categoría de esencial por cuanto su inexistencia desautoriza no sólo la concurrencia de la legítima defensa completa sino también de la incompleta. Sin embargo, los excesos intensivos, bien en la forma o bien en el medio empleado, permiten acoger la versión incompleta de la legítima defensa debiendo graduarse la intensidad del exceso. Por último, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que puede ser causada con el arma empleada y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada». (F. J. 2º)

EXIMENTES. Trastorno mental: paidofilia. Inaplicación.

Recurso: Casación nº 11272/2008 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 924/2009 de fecha 07/10/2009

«..El motivo tercero, por igual vía que los anteriores denuncia como indebida la inaplicación de la atenuante de trastorno mental como muy cualificada de acuerdo con el art. 21-1º en relación al art. 20.1 Cpenal con apoyo en la paidofilia que padece el recurrente que supone un trastorno mental y que, como tal, debió haber sido apreciado, según se dice en el motivo.

Cita en la argumentación, como apoyo a su tesis, los informes de varios especialistas que acudieron al Plenario.

El motivo no puede ser admitido tanto por razones procesales, que de por sí, ya serían suficientes para el rechazo, como por razones de fondo a las que también se entrará para dar respuesta, incluso más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por razones procesales porque el presupuesto de admisibilidad del cauce utilizado --error iuris del art. 849-1º LECriminal-- parte del riguroso respeto a los hechos probados, pues la denuncia se centra en que, aceptando tales hechos, el Tribunal ha efectuado una valoración jurídica errónea.

De acuerdo con ello, los elementos fácticos del trastorno mental conocido como paidofilia consistente en atracción erótico/sexual hacia los niños y la consiguiente disminución de su voluntad para acompañar su actuación a la norma jurídica, y paralelamente la irrefrenabilidad de sus

impulsos para comportarse al margen y en contra de lo prevenido en la norma, no aparecen en el relato fáctico.

La paidofilia, como recuerdan las SSTS de 24 de Octubre de 1997 ó 25 de Septiembre de 2000 afecta a la dirección del instito pero, per se, no supone ni ausencia ni disminución de los mecanismos de autocontrol, por lo que, no determina un mecanismo de exención ni de atenuación. Debe ir acompañada de trastornos psíquicos.

El recurrente hubiera debido enderezar su denuncia por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal que, como se sabe, supone un apartamiento injustificado de pruebas documentales, incluyendo en ellas las periciales en los términos ya aceptados por la jurisprudencia de esta Sala, apartamiento injustificado y carente de razones que, por ello, sería irrazonable y por tanto erróneo. No ha sido esa la estrategia del recurrente.

Como ya se ha dicho, no nos detendremos en este punto, sino que también daremos respuesta desde el fondo.

Pasando a las razones de orden sustantivo, el Tribunal sentenciador abordó con profundidad y corrección en el f.jdco. decimocuarto el tema del trastorno mental llegando a conclusiones que se aceptan en este control casacional.

Partiendo de la base que, la jurisprudencia de la Sala, de manera excepcional ha admitido, en ocasiones, la paidofilia como circunstancia de atenuación en la medida que el afectado por ella, además de esa patológica inclinación a los niños, presenta, como ya se ha dicho, trastornos psíquicos relevantes --SSTS de 10 de Junio de 1999, 25 de Septiembre de 2000 ó la de 13 de Febrero de 2001-- en el presente caso, el Tribunal sentenciador ha alzaprimado sobre la pericial referida por el recurrente en su motivo, la pericial médica de los psicólogos adscritos al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en síntesis, vinieron a decir que el recurrente tenía intacta la capacidad cognoscitiva y también la volitiva por lo que "la secuencia abusiva puede catalogarse de planificada y premeditada", y, en consecuencia rechazó el expediente atenuatorio.

En efecto en la medida que el recurrente, conocedor de su patógena inclinación sexual, voluntaria y conscientemente se pone en riesgo: en este caso contratándose como "canguro" para cuidar niños pequeños, no puede alegar imposibilidad de refrenar sus impulsos. Se está en un caso paradigmático de las "acciones liberae in causa" en las que el agente se coloca voluntariamente en una situación que sabe que no podría controlar posteriormente para luego alegar la imposibilidad de refrenar sus impulsos, lo que le impide acogerse a cualquier expediente de atenuación por haber buscado y querido libremente aquella situación; dicho llanamente persona concernida no puede colocarse consciente y voluntariamente en "tentación" y luego, cuando ha caído en ella, alegar imposibilidad de resistirse a sus impulsos.

Por lo mismo, tampoco puede acogerse tal atenuación desde la petición de someterse voluntariamente a la castración química, lo que en todo caso tendría una proyección de futuro pero que sería inmune en relación a los hechos enjuiciados.

Procede la desestimación del motivo». (F. J. 2º)

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Existencia de contradicción.

Recurso: Casación nº 11214/2009 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 439/2010 de fecha 12/05/2010

«..Denuncia en este motivo la indebida aplicación del art. 89 del Código penal, la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Denuncia la inexistencia de contradicción, lo que se compagina mal con la documentación de los actos procesales, constando en el escrito de acusación la solicitud desde la acusación de esa sustitución una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena que se imponga.

Como dijimos en la STS 165/2009, de 19 de febrero, el artículo 89 del Código Penal prevé la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España. La jurisprudencia ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (STS núm. 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

El tribunal ha procedido de la manera indicada. Fue solicitada por el Ministerio fiscal en el escrito de acusación, por lo que el recurrente tuvo noticia de la pretensión y pudo desplegar la actividad probatoria para oponerse a la medida solicitada. Consta en la causa el antecedente por un delito de la misma naturaleza y el tribunal ha razonado sobre su procedencia, sin que el recurrente discuta su contenido salvo el de exponer que no ha sido contradictoria y que no es proporcionada a los hechos, extremos que el tribunal rebate en la argumentación». (F. J. 5º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Caso Yak 42. Falsedad de certificados de defunción. Unidad natural de acción.

Recurso: Casación nº 1427/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 279/2010 de fecha 22/03/2010

«..En este fundamento abordamos la impugnación que la acusación recurrente formaliza por error de derecho al inaplicar a los hechos probados la institución de la continuidad delictiva en el delito de falsedad por el que ha sido condenado el acusado General N., calificación que debe extenderse también a los acusados S. y R.

La sentencia objeto de la casación condena por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de "una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos... de manera que existe una mera intensificación cuantitativa del injusto, pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos". La recurrente entiende, por el contrario, que cada uno de los documentos falsificados, los certificados de defunción se refieren a personas distintas y tienen una autonomía diferenciada, con producción de distintos efectos, por lo que la subsunción correcta es la del concurso real, unificado en orden a la penalidad en el delito continuado.

El Ministerio fiscal informa en sentido contrario a la estimación del recurso y reproduce la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado una única acción sobre la construcción de la unidad natural y jurídica de acción para aquellos supuestos en los que la pluralidad de emisiones de documentos responde a una operación que se realiza simultáneamente, casos en los que elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal. Esa jurisprudencia se ha desarrollado en varios antecedentes de esta Sala entre los que es preciso citar las SSTS 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2.

Como se recoge en la reciente STS 813/2009, de 7 de julio, en esas resoluciones se afirma que concurre una "unidad natural de acción" en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, [en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial], se lleva a cabo en "unidad de acto". Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de la pluralidad. Lo determinante -dice esa jurisprudencia- es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

El Ministerio fiscal, fiel a su papel procesal de "parte imparcial", señala que la jurisprudencia no es pacífica en esta materia. Una segunda línea jurisprudencial da prioridad al criterio normativo de acción sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio- temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el 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 (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 1011; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4). Según esta dirección jurisprudencial "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 en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos".

Ahora bien, también en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se aúna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

En el supuesto que ahora se enjuicia entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. Desde el hecho probado se relata que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el General N. en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, "sin levantar mano" podría decirse. Desde la perspectiva expuesta el "quantum", el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

Por lo tanto, el número de actuaciones documentales no es relevador de una perduración y reiteración del dolo por lo que, es procedente aplicar, a este supuesto, la corriente jurisprudencial de la unidad natural, también

jurídica, de acción. También, ha de tenerse en consideración que los documentos falsos no lo son en su integridad, pues reflejan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, su fecha y su causa, elementos esenciales de los que derivan consecuencias jurídicas, aunque es mendaz en orden a la correspondencia de cada cuerpo con su identidad, de la que, como se destaca en la sentencia y analizaremos al abordar la impugnación de uno de los condenados, también surgen efectos jurídicos.

En definitiva, y como dijimos en la STS 813/2009, antes citada, en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga.

En la Sentencia transcrita se sitúa en la individualización de la pena el reproche derivado de la pluralidad de acciones sobre varios documentos, individualización que el tribunal ha realizado en la instancia atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en el hecho y a las que nos hemos referidos al conectar la gravedad del accidente con las exigencias derivadas de la urgencia en la realización del duelo». (F. J. 4º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de "documento oficial". Impreso de solicitud de autorización de residencia.

Recurso: Casación nº 2257/2008

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1082/2009 de fecha 05/11/2009

«..Como es de ver al examinar el desarrollo del motivo, el recurrente no cuestiona ni disiente de que en el impreso EX-01 se haya llevado a cabo una falsificación integrada en la modalidad falsaria de simulación de documento que induzca a error sobre su autenticidad. El reproche casacional se sustenta única y exclusivamente en la cualidad de dicho impreso como "documento oficial" que niega el recurrente, que lo califica como "documento privado".

Con un alarde de doctrina jurisprudencial, el Tribunal de instancia rebate la tesis del recurrente de manera jurídicamente irreprochable, que esta Sala debe ratificar, porque, en efecto el Tribunal Supremo ya en sentencias de 22 de octubre y 13 de diciembre de 1987 definió como documentos oficiales "los que provienen de las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales", y, por otro lado, a

partir de la sentencia de 11 de octubre de 1990 vino a sentar el criterio del origen, según el cual lo determinante debe ser la naturaleza del documento en el momento de soportar los actos falsarios. Sobre la base de lo anterior, en la sentencia de 20 de marzo de 1992 el alto Tribunal da por sentado que son documentos oficiales aquellos que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, incluidos los "impresos receptores por escrito de una declaración, manifestación o contenido concreto". Así, en sus sentencias de 31 de marzo de 1997 y 10 de junio de 2003 se refiere a "los impresos originales de carácter oficial correspondientes a los boletines de cotización a la Seguridad Social, modelos TC 1 y TC 2", es decir, a los ejemplares autocopiativos para satisfacer las cuotas de la Seguridad Social; en la de 3 de marzo de 2000, consideró que nos encontramos ante una falsificación de documento oficial en el caso de la falsificación de los impresos expedidos por el Servicio Andaluz de Salud para la prescripción de material ortopédico; y, en la de 4 de enero de 2002, en el caso del documento de tres cuerpos -autocopiativo- para las dispensaciones de suministros a los Servicios Autónomos de Salud. En la sentencia de 11 de mayo de 1999 se refiere a un supuesto en el que había sido condenado por falsedad un asesor fiscal que prestaba sus servicios a la titular de un negocio, encargándose dentro de esa labor de cumplimentar y presentar los correspondientes impresos, incluidos los modelos de declaración trimestral a cuenta de los impuestos correspondientes al I.R.P.F. y de retenciones que deben presentar los empresarios individuales conocidos como modelos 130, 131 y 110, así como de recoger de su principal y pagar a la Hacienda Pública las cantidades procedentes, resultando que el acusado había procedido a cumplimentar dichos modelos con datos falsos que determinaban la aparición de saldos positivos, y, sobre la base de presentárselos a su principal le pedía dichas cantidades so pretexto de proceder a su ingreso en la Hacienda Pública, pero en su lugar se las quedaba en propio beneficio. Y, en la sentencia de 3 de julio de 2003 desestima la alegación de ausencia del carácter oficial de un documento por tratarse de un simple impreso, afirmando el Tribunal Supremo la naturaleza oficial del impreso "porque estamos ante una solicitud que, si bien cumplimentada sobre un formulario, ostenta la oficialidad propia del contenido a que se refiere que no es otro que la autoliquidación tributaria correspondiente a un determinado trimestre de la actividad de la Sociedad".

La innecesariedad de que el impreso falsario se presente ante la Administración incorporándose al tráfico jurídico administrativo para ostentar la cualidad de documento oficial, ya se ha señalado en precedentes resoluciones de esta Sala, entre otras en la STS de 5 de junio de 2.000, en relación con los impresos normalizados expedidos por la Administración (en el caso, la Administración Tributaria), en la que se trataba de la manipulación falsaria de uno de esos impresos para la autoliquidación de impuestos del IRPF con lo que consiguió defraudar a su principal obteniendo de éste más cantidades de dinero supuestamente destinadas al pago del impuesto que acreditaba mendazmente el impreso falsificado. "De esta manera -señalaba la citada sentencia- se hizo ver a los perjudicados una realidad inexistente, creada de modo mendaz por la actuación falsaria del acusado al aparentar con la imitación de la certificación mecánica la intervención de la Hacienda

Pública y creando una ficción del pago que no se efectuó realmente. Estamos sin duda ante una falsedad en documento oficial, no sólo porque los impresos manipulados tienen en sí mismos este carácter, sino, además, porque la naturaleza del documento oficial a efectos penales viene también determinada por la finalidad perseguida con el documento en relación con la función pública u oficial que se le asigna".

En esta misma línea, debe mencionarse la STS de 15 de junio de 2005 en la que se condenó al acusado como autor de un delito de falsedad en documento oficial cometido por un particular al manipular los impresos del modelo 300-IVA emitidos por la Hacienda Pública para la autoliquidación del IVA, simulando en tales documentos que se habían presentado en la Administración Tributaria, cuando ello no había sucedido. Y, también, la STS de 3 de mayo de 2006 que califica de documento oficial los impresos de la declaración de la renta de las personas físicas, sancionando la conducta del acusado como autor del delito previsto en el art. 392 C.P. cuando resulte probada la falsificación del impreso presentado por el acusado al vendedor de automóviles para conseguir la financiación del vehículo.

Sobre esta misma cuestión, es importante señalar que la acción típica no requiere una determinada utilización del documento falsificado, sino que aquélla se consume con la confección falsaria del documento, sin necesidad de que éste entre en el circuito del tráfico jurídico, sea éste administrativo, civil, mercantil o de cualquier otro carácter. A este respecto, y aunque se refieran a los delitos previstos en el art. 390 C.P., las consideraciones de las SS.T.S. de 18 de octubre de 1.994 y 25 de mayo de 2.005 son predicables también del tipo penal del art. 392 C.P. cuando ponen de relieve que "el delito de falsedad tiene la naturaleza de delito de peligro y no de lesión, y se consume desde el momento en que se realiza la alteración o mutación de la verdad en el documento" (en el caso que examinamos, consistente en la simulación falsaria mediante la incorporación de datos inciertos a un impreso oficial en blanco), añadiendo que "en esta clase de delitos no se exige una incidencia del documento falso en el tráfico jurídico", en cualquiera de sus variantes, valdría precisar». (F. J. 4º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de "documento oficial" y "documento mercantil".

Recurso: Casación nº 548/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1046/2009 de fecha 27/10/2009

«..1. Son documentos oficiales los que provienen de las Administraciones públicas y son emitidos por autoridades o funcionarios con la finalidad de satisfacer de alguna forma las necesidades derivadas del servicio público o para cumplir las funciones que les atribuye el ordenamiento. Los impresos TC1 y TC2, como tales impresos, no son otra cosa que unos formularios, unas plantillas normalizadas, emitidas por organismos oficiales en las que constan los campos que han de ser

cubiertos por quienes hacen la declaración y, en su caso, realizan el pertinente ingreso. Antes de ese momento, carecen en realidad de carácter documental, pues no plasman cosa alguna, es decir, no expresan ni incorporan datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Los impresos, llamados oficiales en significado de normalizados por la Administración, solo adquirirán carácter de documento oficial cuando sobre ellos, una vez cubiertos los campos que procedan con los datos correspondientes, se haya concretado una intervención de una autoridad o funcionario público. La alteración relevante efectuada sobre ellos a partir de ese momento, constituirá un delito de falsedad en documento oficial.

Igualmente, cuando se trata de la figura de la simulación documental, la creación de un documento falso con apariencia de que en él ha intervenido una autoridad o funcionario público, constituirá una falsedad en documento oficial.

De otro lado, tal como se recuerda en la STS nº 575/2007, que cita la STS nº 386/2005, de 21 de marzo, la doctrina de esta Sala ha eliminado la anterior categoría de documentos públicos u oficiales por destino, que en otros momentos era admitida (SSTS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990), criterio del que ya se separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año, y que hoy es la consolidada de la Sala, y hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz (SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997). Sin embargo, algunas sentencias han señalado que tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico (SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 10 y 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002 y STS 32/2006).

....

puede cuestionarse si los documentos tienen el carácter de mercantiles, entendiéndose por tales, tal como se recoge de forma pormenorizada en la STS nº 788/2006, “todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquéllos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad»”. Aunque más adelante señala que, “...no obstante, la moderna jurisprudencia no se ha mostrado insensible al sentido restrictivo del concepto que impera en la praxis mercantilista, habiéndose declarado que el hoy artículo 392 del Código Penal se refiere sólo a aquellos

documentos mercantiles merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación, de modo que «no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil, sino que se requiere una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual»". Tesis que se mantiene entre otras en la STS nº 274/1996 y en la STS nº 267/2004, diciéndose en la primera de ellas que "básicamente deben ser considerados documentos mercantiles los documentos transmisibles por vía de endoso y cualquier otro que tenga un valor probatorio en el tráfico que sea superior al de un documento privado en el sentido del art. 1225 CC".

A pesar de estas precisiones, no puede dejar de valorarse que ni el Código Civil, ni el de Comercio ni la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen distinciones sustanciales de carácter general entre documentos privados y documentos mercantiles en cuanto a su valor probatorio, por lo que en definitiva, la equiparación de esta última clase de documentos a los públicos y oficiales residirá más bien en la clase de operaciones respecto a las que los datos, hechos o narraciones que incorporan tienen eficacia probatoria u otro tipo de relevancia jurídica.

De acuerdo con esta doctrina, las certificaciones emitidas por apoderados de entidades bancarias relativos a la realización de ingresos en metálico en determinadas cuentas abiertas en las mismas, puede ser considerado documento mercantil». (F. J. 1º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Documento público "por destino".

Recurso: Casación nº 2185/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 259/2010 de fecha 18/03/2010

«..Los hechos probados, en relación al documento redactado por el recurrente, no se reducen a una "mutatio veritatis" consistente en una consciente inexactitud en la descripción de la finca, sino que consisten en la afirmación de existir una construcción inexistente, se trata en realidad en la creación ex novo de un documento que refleja una realidad inexistente, creación que tuvo como única finalidad la de su incorporación a un documento público tan pronto como fue creado --documento creado el 5 de Diciembre de 2004, y escritura pública a la que se incorporó otorgada en fecha 14 de Diciembre de 2004, folios 212 y 199 y siguientes respectivamente-, documento que tuvo por consecuencia permitir el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de Obra Nueva relativa a la finca registral concernida, lo que en modo alguno es irrelevante y por otro lado, tal acción tiene su correcta subsunción en el art. 390 ap. 1º y 2º en relación con el art. 392 Cpenal, tal y como han sido calificados por el Tribunal sentenciador.

Se está ante un documento --el redactado por el recurrente-- que en la medida en que su creación fue debida exclusivamente para su incorporación a una escritura pública, participa también de esa naturaleza.

No se ignora que en los años noventa existió un cambio en la doctrina de esta Sala en relación a la teoría del documento público "por destino", restringiendo su concepto en el sentido de que había que atender exclusivamente al momento de creación de dicho documento.

Si en el momento de su creación, el documento era privado, tal naturaleza se mantenía inmutable cualesquiera fueran los avatares de dicho documento y por tanto aunque con posterioridad apareciese unido a un expediente público este hecho no mutaba la naturaleza privada del documento. En tal sentido, SSTS de 11 y 25 de Octubre de 1990, las primeras que sostuvieron esta nueva doctrina, seguidas por la de 21 de Noviembre de 1991; 15 de Febrero y 10 de Marzo de 1993; 28 de Mayo de 1994 y 10 de Septiembre de 1997, entre otras.

Sin embargo, esta doctrina tuvo pronto una excepción que sostuvo que cuando el documento concernido tuvo su origen y exclusiva finalidad en su incorporación a un expediente público para producir efectos en el tráfico jurídico o en el seno de la Administración Pública, entonces tal documento debe entenderse de naturaleza pública. En tal sentido, SSTS 19 de Septiembre de 1996; 437/1996; 4 de Diciembre de 1998; 3 de Marzo de 2000; 16 de Junio de 2003; 886/2005 de 21 de Marzo y 575/2007 de 9 de Junio; 79/2002 de 24 de Enero; 1018/2002 de 31 de Mayo ó 1720/2002.

De esta última sentencia citada retenemos la siguiente reflexión:

"...el documento ab initio privado que nace o se hace con el fin inexorable, único y exclusivo de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso agotado....".

En el mismo sentido, la reciente sentencia de esta Sala nº 165/2010 de 18 de Febrero.

Esto es cabalmente lo ocurrido en el caso de autos». (F. J. 2º)

HOMICIDIO. Homicidio por imprudencia. Estimación: imprudencia leve degradación a falta.

Recurso: Casación nº 819/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1089/2009 de fecha 27/10/2009

«...

2. El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

Para analizar el supuesto enjuiciado a la luz de las bases conceptuales que se acaban de exponer, se ha de partir de la descripción fáctica de la sentencia recurrida, que ha quedado incólume en esta instancia, y de cuya lectura no puede inferirse que se esté ante un supuesto de imprudencia grave. Los antecedentes y las circunstancias que se describen como concurrentes en el momento en que el agente se acercó al ciudadano marroquí que acababa de descender de una embarcación a esas horas de la noche, no permiten colegir que el acusado estuviera generando un riesgo ilícito o prohibido por el mero hecho de portar su arma profesional sin el seguro accionado. No omitió por lo tanto un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su actuación profesional por la circunstancia de portar el arma en disposición de disparo. Y tampoco incurrió en una infracción del deber elemental de cuidado en el ejercicio de su profesión por no controlar el arma cuando, debido al estado resbaladizo y en pendiente del terreno, se cayó al suelo y se le disparó en el curso de la caída debido a un movimiento reflejo que hizo, que es lo que se declara como probado en la sentencia impugnada, que debe mantenerse inalterado en casación.

Es cierto que no se comportó con una diligencia adecuada al no evitar el disparo del arma por el mero hecho de caerse con ella en la mano. Ahora bien, ese descontrol no puede subsumirse en una omisión grave del deber de cuidado.

Como es sabido, la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien

que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Pues bien, al ponderar el caso objeto de recurso, se aprecia que no se dan los elementos propios de la imprudencia grave. Y ello porque, aunque el acusado pudo prever la posibilidad de una caída dado el estado que presentaba el terreno, lo cierto es que el no controlar debidamente el arma con motivo de una circunstancia casual de esa índole no puede afirmarse que integre una infracción grave del deber de cuidado objetivo exigible en el caso concreto. Pues al riesgo implícito que conlleva el uso normal del arma se le añade el riesgo accidental de una caída nada fácil de evitar, incremento del riesgo que convierte en mucho más difícil el control y dominio del arma. De modo que si un profesional debe, en principio, controlar la pistola en una situación de esa índole, el hecho de que no llegue a neutralizar los riesgos que se generan por la caída no quiere decir que haya incurrido en una imprudencia de carácter grave. Dado el nivel de riesgo que se ha generado con motivo de la caída accidental del acusado al suelo y las posibilidades de controlar el disparo del arma ante una contingencia de esa naturaleza, sólo cabe hablar de una infracción del deber de cuidado de carácter leve cuando la pistola se acaba disparando por no asirla o manejarla debidamente su portador en el momento de caerse.

Por lo demás, no se suscitan dudas de que en este caso el riesgo ilícito generado por la omisión de diligencia del acusado se materializó en el resultado lesivo. Con lo cual, concurre, además del vínculo naturalístico propio del nexo causal, el vínculo axiológico o normativo propio de la imputación objetiva.

Así las cosas, debe rechazarse la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal de la imprudencia grave del art. 142 del C. Penal y subsumirla en la imprudencia de carácter leve del art. 621.2 y 5 del C. Penal.

Se acoge así parcialmente la tesis de la parte recurrente, ya que no cabe calificar el hecho como un caso fortuito. Y es que, tal como se ha

argumentado, el acusado sí pudo actuar con una mayor diligencia y evitar que el arma se le disparara en el curso de la caída, máxime tratándose de un profesional al que se le presupone un notable grado de experiencia y destreza en el manejo de un arma.

El motivo se estima, pues, de forma parcial». (F. J. 3º)

HOMICIDIO. Imprudencia. No concurre.

Recurso: Casación nº 958/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1265/2009 de fecha 09/12/2009

«..1. La imprudencia exige un resultado producido como consecuencia de una conducta en la que se ha omitido la observancia de un deber de cuidado exigible a su autor. Igualmente es preciso que, además de la causalidad natural, el resultado producido sea la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado creado por aquella conducta. Además, el riesgo debe ser percibido por el autor, y el resultado debe ser previsible y evitable.

2. El recurrente, que se acoge a una vía de impugnación que impone el respeto al relato de hechos probados, sostiene que la acción imprudente, creadora del riesgo que luego se concreta en el resultado de muerte, es el acto de desenfundar la pistola cuando no era necesario, a lo que añade que no se respeta una distancia de seguridad.

En cuanto al primer aspecto, las normas aplicables contenidas en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no permiten afirmar que en el caso la actuación del acusado supusiera una infracción de sus previsiones. El artículo 5 de la citada ley orgánica, citado en el motivo, dispone que los agentes solamente deberán utilizar las armas, entre otros casos, en las situaciones en las que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas.

Según los hechos probados, el acusado solo extrae el arma cuando, ya en el curso del forcejeo con Eugen, al que en la fundamentación jurídica se identifica como una persona de gran corpulencia, observa que, lejos de cesar en su actitud, en algún momento ha hecho ademán de llevarse una mano hacia sus ropas. Es posible, como sugiere el recurrente, que al final fuera reducido por la fuerza de los agentes que lo intentaban. Pero también lo es que la intimidación con el arma, limitándose a esgrimirla y a mostrar la posibilidad de llegar a usarla, cuando el forcejeo violento se mantiene y se hacen ademanes sospechosos de recurrir al uso de algún instrumento agresivo, no supone un exceso que en sí mismo de lugar a la creación de un peligro jurídicamente desaprobado.

En cuanto a la observancia de una distancia de seguridad, por más que pueda ser recomendable en tanto sea posible, en el caso el acusado extrae el arma cerca del lugar donde se mantiene el forcejeo, pero lo hace manteniendo el seguro puesto, y por lo tanto, en unas condiciones en las

que el arma no puede hacer fuego, de forma que el riesgo de que se produzca un disparo involuntario, en tanto el seguro actúe, es inexistente. El riesgo creado con la extracción del arma, no supera los límites del riesgo permitido.

Es precisamente la actuación del fallecido al agarrar el arma en la forma en la que lo hizo lo que supone un incremento del riesgo de que pueda producirse un disparo. En consecuencia, el resultado producido no es tanto la concreción del riesgo permitido y controlado creado por el acusado, como su transformación en riesgo no permitido a través de la actuación del fallecido. Es el riesgo creado por éste el que se concreta en el resultado.

Podría argumentarse que la conducta del acusado también es creadora de un riesgo, incluso desaprobado en alguna medida, al no guardar una distancia de seguridad tras exhibir el arma. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta, a los efectos de la valoración de ese riesgo como permitido o desaprobado, que esa utilización del arma, que se limita a su exhibición, aparece acompañada de medidas de seguridad consistentes en el mantenimiento del seguro, lo que permite un control del riesgo dentro de límites que autorizan a considerarlo todavía permitido. Solo una determinada forma de agarrar el arma por parte del contrincante, unida a la prolongación de su actitud de forcejeo, determina la falta de efectividad de esa medida de seguridad controladora de los límites del riesgo adoptada por el acusado al ejecutar su acción.

En este sentido, la STS nº 955/2007, citada en la sentencia impugnada, señalaba que "...aún en el caso de una actuación levemente descuidada, debe enfatizarse que la imputación objetiva del resultado exige que el riesgo creado por la acción del autor sea el que se realiza con el resultado, y no otro. Es en este condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva". Y de forma similar, en la STS 181/2009, se afirmaba que, en el caso, "...se produjo una desatención o falta de percepción del riesgo que su acción creaba, y que por falta de conciencia del mismo no neutralizó mediante la observancia de alguna norma de cuidado...". Lo cual no ocurre en el caso presente, en cuanto que el acusado, consciente del riesgo de exhibir el arma, la mantuvo con el seguro puesto, el cual solo dejó de producir sus efectos impeditivos del disparo cuando el fallecido agarró el arma de una forma muy concreta y en esa posición mantuvo su actitud de forcejeo con el agente acusado.

No puede apreciarse, en consecuencia, que el resultado producido sea una concreción del riesgo creado por la conducta del acusado, lo que determina la desestimación del motivo». (F. J. 1º)

INSOLVENCIA PUNIBLE. Requisito de procedibilidad.

Recurso: Casación nº 2389/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 630/2010 de fecha 29/06/2010

«En este motivo denuncia la vulneración de su derecho a un proceso con las garantías debidas que concreta en el hecho de que la quiebra de la sociedad "Hierros VG SA" fue declarada en mayo de 2005, por lo que los actos anteriores a los que fue citado el recurrente como acusado carecen de la observancia de la norma penal que exige la previa declaración de fraudulenta para proceder. El motivo plantea cierta dificultad de entendimiento. Sostiene el recurrente que el Código penal mas beneficioso para él no es el de 1995, sino el anterior, TR de 1973, en cuyo art. 520 la tipicidad presentaba una condición de perseguibilidad, o una condición de punibilidad, por la que se requería la calificación como fraudulenta de la quiebra, para poder proceder por ese delito. Entiende el recurrente que como esa condición no se cumplió hasta el 2005, el tiempo de su concurrencia había transcurrido el plazo de prescripción.

El motivo será estimado aunque por razones distintas a las expuestas en el recurso. Contrariamente a lo que se afirma en el recurso la condición de procedibilidad no afecta a la tipicidad del delito, pues la estructura del delito, como hecho típico, antijurídico y culpable se realiza en el momento de su comisión, y los hechos datan ese hecho en el año 1991. La condición de procedibilidad afecta a la punibilidad del hecho delictivo, de manera que, pese a que pudiera existir el delito, éste no sería perseguible al no concurrir la condición impuesta en el Código para su persecución. Ahora bien los elementos de comparación para la indagación de la norma de aplicación en supuestos como el presente, no es la tipicidad, sino lo que el Código expresaba con la frase "ley penal" que comprende no sólo la tipicidad sino también las condiciones de aplicación de la Ley penal, entre ellas la concurrencia de una condición de perseguibilidad que la norma preveía como presupuesto de aplicación de la norma penal. En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal.

En autos consta que la declaración de quiebra y su calificación de fraudulenta por el orden civil de la jurisdicción, presupuesto necesario de la aplicación en el delito de insolvencia punible de acuerdo al art. 520 CP TR 1973, no se produjo sino hasta mayo de 2005, (motivo de oposición formulado bajo el ordinal octavo) por lo tanto habría prescrito desde la fecha de comisión de los hechos y no había podido incoarse la causa al no

concurrir la condición exigida en el art. 520 TR 1973 que consideramos más favorable que el 260 del Código penal vigente». (F. J. 3º)

LESIONES. Ejercicio del deber de corrección por uno de los padres.

Recurso: Casación nº 776/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1396/2009 de fecha 17/12/2009

«..Se formaliza un último motivo también al amparo del artículo 849.1 LECrim. por inaplicación del artículo 173.2 C.P.. Se argumenta que los hechos sucedidos el 15/05/06 excede de la mera corrección y en este caso a la luz “de las circunstancias y el contexto en el que las expresiones eran proferidas” debieron determinar la aplicación del precepto mencionado, es decir, lo que se afirma es que no se trata de una acción aislada en el ejercicio de la patria potestad, sino un abuso continuado. Sin embargo, en el hecho probado solo consta que el acusado “en alguna ocasión y por errores en la realización de sus deberes escolares llamó a su hijo mayor, de 9 años de edad, <<burro de mierda>> y <<pedazo de animal>>”. La Audiencia excluye la aplicación del delito porque “no se ha acreditado de forma alguna que en los casos en que emitió las expresiones citadas obrara con ánimo de injuriar, vejar o maltratar a su hijo, sino el de corregir, con escasa habilidad”. Pero es que tampoco la habitualidad de dichas expresiones se refleja en el “factum”, ni en los fundamentos , poniendo en boca del menor (en el juicio oral) “que tales expresiones se las profería su padre en alguna ocasión cuando no hacía bien los deberes, pero nunca le había pegado”. Por ello tampoco estos hechos son subsumibles en el artículo 173.2 C.P.

El motivo se desestima». (F. J. 3º)

LESIONES. Lesiones no dolosas. Imprudencia leve: falta.

Recurso: Casación nº 1069/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 63/2010 de fecha 01/10/2010

«...

3. Esta Sala ha indicado (Cfr. SSTS de 16 de junio de 2.004; 9-7-2009, nº 769/2009) que el delito de lesiones dolosas, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad

dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la integridad física y, mas concretamente, la pérdida de un miembro principal es decir, realizar lo suficiente para poder explicar un resultado como el efectivamente producido, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado (Cfr. STS de 1 de diciembre de 2.004, entre otras muchas).

La doctrina de esta Sala, (Cfr. SSTS de 27 de diciembre de 1982; 24 de octubre de 1989; 23 de abril de 1992; 6 de junio, 30 de junio y 26 de julio de 2000; 19 de octubre de 2001, núm. 1715/2001; 1140/2002, de 19 de junio; 1158/03, de 15 de septiembre), viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

También hemos dicho (Cfr. SSTS 437/2002, de 17-6; 876/2003, de 31-10; de 14-4-2005, nº 470/2005) que el riesgo o peligro insito en la acción realizada permite representarse tales resultados, por ser la conducta desplegada adecuada para producirlos, por lo que si actúa con dicha consecuencia ello implica, al menos la aceptación del resultado y por tanto, la concurrencia del dolo eventual.

Y en la STS 256/2006, de 10 de febrero -en un caso parecido al actual- indicamos que no pudiendo ser aseverada, desde una perspectiva ex ante y en el particular caso, la existencia del dolo eventual (por probabilidad, sentimiento de indiferencia o conformidad), la dilucidación queda desplazada al ámbito de los tipos de imprudencia, atendido el ámbito en que se desarrolló la conducta de los agentes municipales, delimitado por el forcejeo, atendido también que ese forcejeo nació de la oposición del detenido, sin razón conocida, a la actuación policial, ha de concluirse que la aplicación de los grilletes a la espalda cuando el afectado mostraba su dolor, con su culposa consecuencia no implicó omisión de la más elemental diligencia, aunque sí de la exigible a un cuidadoso ciudadano en funciones policiales habiendo motivo para sustituir, en una ulterior sentencia, la

condena relativa al delito de lesiones, por una condena relativa a la falta imprudente de lesiones, comprendida en el art. 621.3 CP.

En cambio, hemos reconocido la existencia de lesiones dolosas (Cfr. SSTS 164/99, de 22 de noviembre; 639/2004, de 22 de mayo), en el caso en el que el agente golpea en la nariz al sujeto pasivo, dándole un fuerte golpe con la cartera en la que llevaba la placa de policía. De modo que la causalidad entre esa acción y el resultado, que se tuvo por probado, debe ser considerada a la luz de los principios propios de esta materia. Y desde esta perspectiva es evidente que el resultado es plenamente adecuado a la acción que el recurrente no niega.

4. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, del contenido del relato fáctico no puede desprenderse que concurriera en el agente de Policía acusado el elemento subjetivo del delito imputado, es decir, como dice el Tribunal de instancia, "el dolo de menoscabar la integridad corporal o salud del custodiado". Y tal dolo no puede entenderse concurrente, ni de modo directo, puesto que ese menoscabo no fue querido directamente; ni tampoco, como dolo eventual, ya que no consta que el agente se hubiere representado la posibilidad del resultado y lo hubiere aceptado de algún modo». (F. J. 2º)

LESIONES. Tipo básico: puntos de sutura, antiinflamatorios.

Recurso: Casación nº 2032/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 298/2010 de fecha 11/03/2010

«1.- El delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal exige que la lesión sufrida requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. No es el tratamiento efectivamente recibido lo que convierte la lesión en delito, sin la objetiva necesidad de recibirlo para la sanidad. En este sentido la jurisprudencia señala que la necesidad objetiva de tratamiento se impone como criterio definidor de la exigencia típica apreciada según la *lex artis*, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima (SS 20 de marzo de 2002, 27 de octubre de 2004; 23 de octubre de 2008; 17 de diciembre de 2008). Como señala la Sentencia de 27 de julio de 2002, el tratamiento ha de ser objetivamente necesario, y así, aunque éste no se aplique, podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización del tratamiento. En análogo sentido las Sentencias anteriores de 1 de marzo de 2002, y 11 de abril de 2000 entre otras ya habían declarado que no puede quedar en manos del facultativo, según sea más o menos exigente, la decisión sobre la existencia de un delito o de una falta, como tampoco puede quedar en manos de la víctima la decisión de si necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior médico o quirúrgico.

Por consiguiente siendo elemento objetivo del delito de lesiones la "necesidad" del tratamiento y no el hecho por sí mismo de haber sido dispensado, es preciso que exista prueba de cargo que apoye esa necesidad objetiva, y que se incorpore la prueba al razonamiento valorativo de la Sentencia.

2.- En este caso la Sala afirma que el lesionado tardó en sanar tras una primera asistencia cinco días "precisando -añade el hecho probado- un punto de sutura y antiinflamatorios". En los Fundamentos vuelve a repetirse que sus lesiones "precisaron" tratamiento antiinflamatorio y punto de sutura. Pero tal "precisión" entendida como "necesidad objetiva" no tiene el inexcusable apoyo probatorio que la presunción de inocencia exige para tener por cierto tal elemento material del tipo delictivo de lesiones:

A) En cuanto al antiinflamatorio no aparece en la prueba que fuera necesaria para la curación, ni ello puede deducirse directamente del hecho de que se le dispensara, entre otras razones porque los antiinflamatorios, como sucede con los analgésicos, no pocas veces se administran como paliativo de molestias leves, o incluso en prevención de ellas, no para la efectiva curación de una lesión, sin que en este caso conste el alcance e importancia curativa que pudiera tener. No consta ni el tipo de antiinflamatorio, ni la razón de su prescripción, ni el tiempo de su administración. De modo que no es posible deducir que fuese objetivamente "necesario".

B) Respecto al único punto de sutura que se le aplicó, la perito informante puso de relieve que para esa herida se le podría haber aplicado un tira "stir-strip" o punto de aproximación, que obviamente no es un tratamiento quirúrgico. El que se le aplicó (punto de sutura) sí lo era, pero la prueba practicada sólo permite afirmar que se le dió el punto, no que le fuera objetivamente necesario. Más bien su innecesariedad se desprende de la posibilidad de optarse por el otro sistema de aproximación de los bordes de la pequeña herida sufrida.

3.- En definitiva: hay prueba de cargo sobre que el lesionado recibió tratamiento antiinflamatorio y un punto de sutura que es tratamiento quirúrgico. Pero esa prueba no evidencia ni el alcance e importancia que realmente tenía la medicación antiinflamatoria para su curación, ni tampoco que fuese objetivamente necesario el punto de sutura, no ya rigurosamente entendida la necesidad como condición sin la cual la curación no sucedería sino ni siquiera como único medio para obtener la misma clase de curación que la ciencia médica puede hoy proporcionar, dado que para lograr lo mismo también era posible otro método diferente de la intervención quirúrgica.

De todo ello resulta que cuando el hecho probado afirma que el lesionado "precisó" tratamiento quirúrgico se vulneró la presunción de inocencia respecto a esta exigencia del tipo penal, debiendo tal expansión sustituirse por "recibió" un punto de sutura». (F. J. 3º)

LESIONES. Violencia de género. Acreditación de las lesiones psíquicas consecutivas a la acción del acusado. Sucesión normativa

Recurso: Casación nº 776/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1396/2009 de fecha 17/12/2009

«El siguiente motivo, que tiene relación con el anterior, ex artículo 849.1 LECrim. denuncia la inaplicación del artículo 153.1 y 2 C.P.. Razona la recurrente que los hechos acotados desde el 27/05/03 al 03/04 consistentes en las expresiones dirigidas a la misma por el acusado no permiten albergar dudas sobre la intencionalidad del mismo de “menoscabar física y psíquicamente a su ex cónyuge”, aduciendo otros sucesos de violencia “como los analizados en el mencionado fundamento segundo de la sentencia recurrida” o “el reconocimiento expreso por parte del acusado de frases dirigidas a mi representada como <<enana de mierda>> o <<te voy arruinar>> <<vas a llorar sangre, todo ello con una finalidad sistemática y preconcebida de ir destruyendo todos los recursos personales de la víctima>>”, por lo que estos hechos no pueden ser considerados meramente como constitutivos de una falta de vejaciones injustas.

Teniendo en cuenta el cauce casacional invocado debemos partir de lo que se dice en el hecho probado que resulta intangible habida cuenta la desestimación del motivo anterior. Afirma la sentencia que “desde el 27 de mayo de 2003 al mes de marzo de 2004”, el acusado, que convivía con su esposa, sus dos hijos y dos hermanos de aquélla, “se dirigía a la misma con expresiones como <<enana de mierda, me das asco, eres una puta y te vas a acostar con todos, me da vergüenza ir contigo y con los niños por la calle>> y similares”. Después la sentencia pasa a describir los hechos acaecidos en abril de 2006 y en el mes de mayo del mismo año.

La sentencia absuelve al acusado del delito del artículo 153 y contempla los hechos como constitutivos de una falta continuada de vejaciones injustas del artículo 620.2 C.P., que considera prescrita, sin que esta prescripción haya sido impugnada en el recurso. La razón de ello se analiza en el fundamento de derecho segundo, cuando argumenta sobre las pruebas periciales practicadas y llega a la conclusión que no se ha acreditado que las expresiones mencionadas “produjeran en la víctima un menoscabo psíquico tal y como se exige en el artículo 153 del Código Penal”, añadiendo más adelante que el artículo mencionado “requerirá evidentemente constatar la intencionalidad de la gente y el curso causal de los hechos, para vincular el resultado lesivo con la conducta dolosa que lo produce, lo que no se ha producido en este caso”.

A la vista de lo anterior, la sentencia combatida únicamente contempla como hechos probados y acaecidos en forma genérica entre el 27/05/2003 y el mes de marzo de 2004 los consistentes en las expresiones despectivas por parte del acusado ya reflejadas. Su discurso deja bajo cierta oscuridad cuál es el específico espacio temporal en el que se desarrollan

esos insultos y también cuál es el grado de reiteración en que esas expresiones se producen, lo que provoca el doble problema de interpretar cuál debe ser la normativa aplicable y qué consecuencias psiquiátricas/psicológicas se derivaron, en su caso, para la víctima o si, por el contrario, no es posible hablar de ellas, postura esta última que se deduce de la ulterior fundamentación de la sentencia, como ya hemos señalado.

En cualquier caso, en respuesta a la pretensión impugnativa de la acusación particular, debemos analizar únicamente sí, como se solicita, tan somera descripción fáctica puede incardinarse en el delito del artículo 153 C.P. (en alguna de las dos redacciones que pudieran estimarse aplicables), en la falta del artículo 617.1 C.P., o en ninguna de las anteriores conductas típicas, en tanto que tales expresiones despectivas parecen producirse a caballo entre las dos redacciones dadas a estos preceptos sustantivos por L.O. 14/99 y L.O. 11/03, vigentes de forma sucesiva al tiempo de comisión de estos hechos. El artículo 153 CP, en la dicción dada por LO 14/1999, requería habitualidad en la causación de violencia física/psíquica, pero sin especificar que el resultado lesivo fuere determinante de delito o de falta (de hecho, el último inciso postulaba un concurso real al añadir “sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”). En cuanto a la redacción dada al artículo 153 CP por LO 11/2003, se castiga la causación por cualquier medio o procedimiento de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, es decir, en ambos casos constitutivos de falta: ello hace innecesario el tratamiento médico, pues de existir en realidad estaríamos ante un delito del artículo 147 con la agravante mixta del artículo 23 CP (al no estar todavía vigente la nueva redacción del artículo 148.4º CP). Debemos destacar que, al definir la falta de lesiones, el artículo 617.1 CP se ha limitado a castigar -en todas sus sucesivas redacciones- al que causare a otro una “lesión no definida como delito en este Código”, redacción genérica de la que cabe extraer la tesis de que incluye tanto lesiones físicas como las psíquicas, siempre que no requieran, además de una primera asistencia, tratamiento médico/quirúrgico (contrario sensu del artículo. 147.1 CP).

En el caso, la Audiencia Provincial descarta que pueda aplicarse el artículo 153 C.P. por no haberse constatado “la intencionalidad del agente y el curso causal de los hechos”, ya que la pericial practicada a la víctima no acredita que esas expresiones despectivas provocaran en la mujer un menoscabo psíquico, sino tan solo “un grado de ansiedad moderadamente alto”, según uno de los informes, que también se relaciona con otras concausas, pluralidad que sirve a la Audiencia para negar la relación de causalidad unívoca con las manifestaciones degradantes del acusado, sin que tampoco pueda deducirse del “factum” en términos precisos la habitualidad de la conducta. La cuestión es que ni del artículo 617.1, ni del 153 en la redacción dada en la L.O. 14/99, se exige un grave daño psíquico, sino un simple menoscabo psíquico que, de hecho, no precisa tratamiento, y si el mismo puede o no asociarse a “una ansiedad moderadamente alta” al que se refiere uno de los informes, enlazada con las expresiones recogidas en el “factum”, pero en éste no se constata esta situación, porque la Audiencia también ha tenido en cuenta el informe de las psicólogas forenses

donde no se aprecia alteración psíquica, ni patologías de la personalidad, ni desajustes adaptativos». (F. J. 2º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD. Juicio de peligrosidad del reo.

Recurso: Casación nº 11414/2009 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 482/2010 de fecha 04/05/2010

«.. el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases:

a) En la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, es decir, en un juicio ex ante y a ello se refiere el art. 95-1º del Cpenal.

b) En la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad, en un juicio de futuro, prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad y a ello se refiere el art. 95-2º Cpenal. Pues bien, este juicio de futuro no debe estar fundado en el puro decisionismo intuitivo del operador judicial, sino que se debe operar con argumentos científicos contrastados y admitidos por la Comunidad científica que puedan aventurar --nunca con la certeza propia de las ciencias naturales-- la posible actuación futura de la persona, y ello en razón a la respuesta que vaya dando al tratamiento a que esté sometido, por lo que tratándose de una medida de internamiento, están previstos "chequeos" periódicos y, en definitiva un control de Tribunal sentenciador que valorando todas las circunstancias acordará lo que proceda respecto del mantenimiento de la medida de internamiento, o su sustitución por otra menos gravosa. De ahí que el art. 97 prevea en un proceso contradictorio lo que proceda al respecto, y todo ello atendiendo al doble fin a que debe esta orientada toda medida de seguridad:

a) La protección de la sociedad que debe salvaguardarse de los riesgos que puedan proceder de la persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos.

b) La protección del propio individuo quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico (normalmente) puede ver contenido sus impulsos criminales y así, hacer una vida normalizada.

(...)

Pues bien, desde estas reflexiones, verificamos en este control casacional que al recurrente se le ha apreciado una peligrosidad evidente y grave objetivada en el hecho enjuiciado y derivado de su grave diagnóstico en el que se acredita una psicosis aliada a una toxicomanía y a un trastorno de la personalidad a lo que hay que adicionar la realidad acreditada de la dificultad, casi imposibilidad, de aceptar un tratamiento médico-farmacéutico

permanente, exigiéndose un control permanente sobre su persona como presupuesto para que esté debidamente controlado, por eso, se comprende la contención de su peligrosidad en el periodo de prisión al que se refiere el psiquiátrico de la Prisión de Madrid V pero en dicho informe se dice, significativamente, que está en la enfermería y por tanto con un control de su persona muy estricto.

Esta situación hace necesario, hoy por hoy, el mantenimiento del internamiento, pues no existe garantía de que, hoy por hoy, el control ambulatorio sea suficiente para contener sus impulsos criminales, por lo que dada la doble finalidad general y especial, aparece sólidamente justificada con los informes obrantes en las actuaciones, el mantenimiento del internamiento, y es en base a ello que el Tribunal sentenciador acordó la medida de internamiento durante 27 años con los controles correspondientes. En este control casacional verificamos la corrección de la decisión del Tribunal sentenciador.

En conclusión, procede reiterar el rechazo de la petición del recurrente en favor a la sustitución ahora del internamiento por el tratamiento ambulatorio.

No ha existido ni el error facti que se denuncia ni se ha vulnerado el art. 101 Cpenal, sino que se ha respetado el mismo.

Procede el rechazo de ambos motivos». (F. J. 5º)

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA. Principio de especialidad.

Recurso: Casación nº 11185/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 263/2010 de fecha 19/03/2010

«...Cosa distinta es que el delito de estafa no pueda ser considerado con carácter de delito continuado en relación al penado D. Timo, como ya se cuida de discriminar la sentencia recurrida, debido a la especialidad que se traduce en el veto de enjuiciamiento por delito distinto de aquel por el que fue concedida la entrega (solamente el hecho nº 4 del apartado tercero de la declaración de hechos probados).

d) Por lo que se refiere al incumplimiento del principio de especialidad -recogido en el artículo 24 de la ley 3/2003 de 14 de marzo-, debemos comenzar advirtiendo que no solamente es una manifestación del respeto a la soberanía del Estado que ejecuta la orden emitida, en este caso, por España, sino también una garantía del propio detenido que al verse juzgado, tras la entrega, por un delito diverso del considerado al tramitarse la orden sufre una evidente indefensión, dado que nada pudo argüir en el Estado de procedencia para oponerse a la entrega por esos otros delitos.

En cualquier caso no cabe olvidar que la propia sentencia recurrida parte de la decisión de observancia de tal limitación al enjuiciamiento. Así, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero se dice: “si observamos la orden de detención -folios 328 y ss- solo se indica la infracción relativa a al denuncia del Sr. E. S., por lo que en atención al principio de especialidad citado, al que el acusado Timo P. M. se acogió en Alemania, no puede ser condenado por el resto de los delitos...”

Efectivamente, a continuación pasa a determinar la pena y justifica la imposición de la misma en su máxima extensión. Y atiende solamente al hecho nº 4 del apartado tercero de los hechos probados». (F. J. 2º)

PENALIDAD. Multa: criterios para su determinación.

Recurso: Casación nº 10029/2009 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1257/2009 de fecha 02/12/2009

«...Esta Sala consciente de la frecuente penuria de datos en las causas, en evitación de que resulte inaplicable el precepto, ha ensayado una interpretación flexible del art. 50.5 del C. Penal, de tal modo que la fijación de la multa podrá fundamentarse en los siguientes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil. b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo). c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto. d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal ad quem vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos». (F. J. 7º del R. de I.V.M)

PENALIDAD. Penas accesorias: comiso o decomiso.

Recurso: Casación nº 10313/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 924/2009 de fecha 07/10/2009

«...En efecto como hemos dicho en STS. 16/2009 de 27.1, 450/2007 de 30.5, tanto el art. 127 con el art. 374 incluyen dentro del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se trata aquí de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito.

Sin embargo con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales, suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que, por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el termino ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos.

Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP. debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio”.

Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurren las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal –presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictivo de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo

que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc...

Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

Posibilidad ésta recogida en la STS. 1030/2003 de 15.7, y en la anterior 495/99 de 5.4 un delito de tráfico de drogas, sobre vehículos y dinero de cuentas bancarias a nombre de la mujer e hijo del acusado, al proceder de operaciones anteriores a la enjuiciada, y STS. 499/99 de 1.4, deducción de indicios, en los que se mantuvo que era posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el "factum", del que debemos necesariamente partir...". (F. J. 9º)

PENALIDAD. Penas accesorias: prohibición de comunicación y de aproximación a la víctima.

**Recurso: Casación nº 2513/2009
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 366/2010 de fecha 12/04/2010**

«...El motivo segundo, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECriminal alega la aplicación indebida de los arts 48 y 57 del Código Penal al haberse impuesto la prohibición de comunicación por tiempo inferior al legalmente establecido.

El motivo debe estimarse: en efecto, el art. 57 del Código Penal, con relación a la imposición, en delitos como la agresión sexual entre otros, de una a varias de las prohibiciones del art. 48, dispone que su duración, si el condenado lo es la pena de prisión, será superior entre uno y diez años al tiempo de duración de aquella si el delito fuera grave.

En el caso presente, en que la pena impuesta por la agresión sexual es de seis años, la prohibición de comunicación ha de ser al menos de siete años, y no de cinco como la sentencia establece. (F. J. 5º)

El motivo tercero, también al amparo del art. 849.1 alega la indebida aplicación de los arts 48 y 57 del Código Penal al no haberse fijado el tiempo de duración de la prohibición de aproximación a la víctima, interesada por el Ministerio Fiscal, para los tres delitos.

La Sentencia recurrida, que expresa la distancia que debe respetar el condenado en la prohibición de aproximación a la víctima -300 metros-, omite sin embargo su duración.

El art. 57 con relación a cualquiera de las medidas previstas en el art. 48, entre las que está la prohibición de aproximación, establece la duración, que en los casos de imposición de pena de prisión ha de ser superior a ésta entre un año y diez años si es delito grave, y entre uno y cinco años si fuera menos grave.

En este caso se ha de imponer la prohibición durante un tiempo al menos superior a un año de las penas impuestas en los respectivos delitos, y más concretamente durante siete años, para el delito de agresión sexual, y dos años para los delitos de lesiones y de amenazas». (F. J. 6º)

PENALIDAD. Sustitución de pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional.

Recurso: Casación nº 11568/2008 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 949/2009 de fecha 28/09/2009

«...1. El Ministerio Público formula un solo motivo de impugnación, por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr., por indebida inaplicación del art. 849.1, párrafo segundo, del C. Penal, al no haberse accedido a la solicitud de que el acusado fuera expulsado del territorio nacional en caso de obtener el tercer grado penitenciario o una vez que se entendieran cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

La sentencia impugnada acoge como argumento para rechazar la expulsión que es “oportuno que el acusado cumpla íntegramente la pena en un centro penitenciario español, sin perder el control directo de la reinserción social del acusado una vez que acceda teóricamente al tercer grado, o a la libertad condicional”.

El Ministerio Fiscal alega como razón determinante para cuestionar la sentencia que la regla general, según lo dispuesto en el art. 89.1 del C. Penal, es la expulsión del territorio nacional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o alcanzado el tercer grado penitenciario. Y para apartarse de ella, según requiere la norma, deberá dictarse una resolución motivada que atienda a la naturaleza del delito.

En el presente caso, señala el Ministerio Público, la sentencia sólo motiva la denegación de la expulsión arguyendo la necesidad de controlar la reinserción social del acusado, sin ponderar otros aspectos relevantes. Y así, subraya el Fiscal, que no se contemplan las circunstancias personales del acusado, la política criminal expresada en la ley y las necesidades preventivo generales del sistema penal, por lo que no puede considerarse como una

resolución razonada. Además, aduce que no puede operar en estos casos el derecho a la reinserción social.

2. En los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal se preceptúa lo siguiente: “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

“Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2I; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentó que “precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”.

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva).

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de

la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Como casi la totalidad de las resoluciones dictadas por la Sala de Casación se refieren a la aplicación del párrafo primero del art. 89, esto es, a la sustitución en sentencia de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se suscita ahora la cuestión de si ha de acudirse a las mismas pautas jurisprudenciales para aplicar el párrafo segundo del precepto». (F. J. 3º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos: Acuerdo del Pleno de 27/10/2009

Recurso: Casación nº 276/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1074/2009 de fecha 28/10/2009

«..Ciertamente, lo primero que debe advertirse es que -desde una perspectiva objetiva- si facilitar, según el diccionario de la RAE significa "hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin; o proporcionar o entregar", en un caso como el nuestro la tipicidad resulta evidente, pues mediante la utilización del sistema (Peer to Peer ó de igual a igual) se hace más sencillo y rápido, más fácil, en definitiva, la transferencia de archivos.

Por lo que atañe al tipo subjetivo, esta Sala ha dicho (Cfr STS 361/2006, de 21 de marzo) que el dolo no puede ser percibido por los sentidos; 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 y 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.

Y, al respecto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 27-10-09, llegó al acuerdo de que "establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa".

Ciertamente, anticipando, esencialmente, la misma línea, ya esta Sala había indicado (Cfr. STS de 30-1-2009, nº 105/2009) que 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, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentre "difundido" en internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc.

Y que, 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 (eventual) se ha de inducir de esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del conocimiento y aceptación por parte del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición de los demás usuarios, o proporciona a los mismos, los archivos que recibe». (F. J. 1º.4)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Art. 189 CP. Uso de Internet: requisitos del delito.

Recurso: Casación nº 607/2009

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1055/2009 de fecha 03/11/2009

«...1. En el motivo 2º, por el cauce del art. 849.1º LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 189.1. b) del CP.

... son elementos de esta figura de delito los siguientes:

1º. Sujeto activo puede ser cualquier persona imputable. Nos hallamos, no ante un delito especial, de aquellos que solo pueden cometer quienes reúnan algún requisito determinado, sino ante un delito común.

2º. El objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales; de acuerdo con el apartado c) del art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España según texto del BOE de 31 de enero de 2002.

3º. La actividad delictiva ha de consistir en cualquiera de las siguientes:

- producir**
- vender**
- exhibir**
- facilitar la producción, venta o exhibición**
- poseerlo para cualquiera de estos fines.**

4º. El sujeto activo de este delito ha de actuar con dolo, en cualquiera de sus modalidades, directo o eventual. La imprudencia respecto de estos hechos no constituye delito, al no estar prevista como tal en nuestro CP (art. 12).

Hay que aclarar dos cosas:

1ª Es irrelevante que el material pornográfico tuviera su origen en el extranjero o tuviera un origen desconocido.

2ª Hay un tipo de delito atenuado para los casos en que la posesión de tal materia fuere para su propio uso, es decir, no para vender, distribuir o exhibir. Es el que la doctrina llama delito solitario (art. 189.2)». (F. J. 3º)

PORNOGRAFIA INFANTIL. Uso de menores de 13 años en la elaboración de imágenes difundidas por Internet.

Recurso: Casación nº 2234/2009

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 446/2010 de fecha 13/04/2010

«Otro aspecto del motivo primero presenta, a su vez, varios matices: que en el relato de hechos probados no se hace referencia alguna a que las personas que aparecen en el video fueran menores de trece años, y que no existe prueba acreditativa de que el acusado haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material o de que haya intervenido en la producción.

Se ha aplicado al acusado la circunstancia a) del art. 189.3, que incrementa la pena <<cuando se utilicen a niños menores de 13 años>>.

Mas esta Sala ha venido a precisar- sentencias de 5/6/2009 y 28/10/2009-: <<El art. 189.1.b) CPenal castiga conductas relacionadas con la difusión de imágenes pornográficas “en cuya elaboración” se haya utilizado

a menores. Lo que sitúa el uso de éstos menores en un momento anterior y externo a las propias conductas incriminadas. En cambio, el mismo artículo, en su inserto 3, b), prevé la utilización de “niños menores de trece años”; esto es, contempla las acciones que consisten en servirse —directamente— de personas comprendidas en esa franja de edad. Y, siendo así, tal circunstancia de agravación de los comportamientos primeramente descritos, sólo podrá estar referida a los que de ellos sean semántica y conceptualmente compatibles con ese modo de operar sobre personas (de carne y hueso), en las que se den los rasgos descritos. Porque si es claro que la producción de imágenes de menores exigirá normalmente su utilización, lo es también que esto, en cambio, no se dará cuando se trate, por ejemplo, de la distribución de aquéllas, o del acceso a las mismas a través de Internet>>.

Interpretada con arreglo a esa pauta la circunstancia del art. 189.3.a), no debió aplicarse al caso que nos ocupa. Lo que enlaza con la última faceta del motivo segundo, en la que, al amparo del art. 849.1º LECr, se denuncia la indebida aplicación del subtipo agravado recogido en dicho apartado 3 a) del art. 189 CP». (F. J. 2º)

PRESCRIPCIÓN. Interrupción: interposición de querrela.

Recurso: Casación nº 1014/2004

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1329/2009 de fecha 04/12/2009

«..La Sección Segunda del Tribunal Constitucional dictó Sentencia número 195/2009, de 28 de Septiembre, por la que otorgando parcialmente el amparo solicitado por Juan José F. B. y declarando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), anulaba parcialmente, exclusivamente en lo referido al recurrente, la STS dictada por esta Sala el 24 de Julio de 2006, desestimatoria en este extremo del Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de Marzo de 2004, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de nuestra Sentencia, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto de la Resolución del Tribunal Constitucional.

Dichos Fundamentos vienen a afirmar en esencia, tras exponer la doctrina de ese Tribunal acerca de la aplicación del artículo 132.2 del Código Penal respecto de cómo ha de entenderse la frase “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”, en el sentido interruptivo del plazo de prescripción del delito que el texto legal le atribuye, que nuestra decisión, ahora anulada, “...no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.”

A este respecto, parte el Tribunal Constitucional de sus anteriores Sentencias 63/2005 y 29/2008 para recordar cómo ya proclamó la

incorrección, a su juicio, de la doctrina de esta Sala sobre el mencionado artículo 132.2 (y del anterior 114 CP de 1973) pues esa interpretación "...conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)...", con lo que "...genera indefensión e inseguridad jurídica en los querrellados...", puesto que "...fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la notitia criminis supone atender a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica", máxime cuando "...dicha interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, puesto que -en el actual estado de la legislación- dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales."

De ahí que, según el Tribunal Constitucional, "...resulta imprescindible la existencia de algún acto de interposición judicial que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie."

Pero como quiera que en el caso que nos ocupa sí que existieron "actos de interposición judicial" anteriores al cumplimiento del término prescriptivo, en concreto una Resolución del Instructor inadmitiendo a trámite la Querrela y la posterior desestimando el correspondiente Recurso de Reforma, otra del Tribunal de Apelación anulando la primera por defectos formales, una más del Instructor, tras corregir aquellos vicios de forma, con nuevo pronunciamiento de inadmisión de la Querrela, confirmado a continuación con la desestimación del correspondiente Recurso de Reforma, y todo ello antes de la definitiva admisión a trámite acordada en Apelación, vencido ya el plazo de prescripción, la Sentencia anulatoria echa en falta el que esta Sala, empleando como "ratio decidendi" tan sólo "...su propia doctrina en materia de prescripción (conforme a la cual la mera presentación de la querrela interrumpe la prescripción), una doctrina contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional", no haya entrado a valorar la trascendencia de los anteriormente citados "actos de interposición judicial" efectivamente producidos en el procedimiento de referencia, con lo que, como ya antes se adelantó "De todo ello no cabe sino concluir que la decisión adoptada por los órganos judiciales al rechazar la prescripción del delito no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva." (F. J. 1º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Ámbito del control casacional.

Recurso: Casación nº 10977/2009 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 131/2010 de fecha 18/01/2010

«1.- Esta Sala ha dicho reiteradamente como recuerda la Sentencia 347/2009 de 23 de marzo, y las citadas en ella de 27 de octubre de 2001 y 25 de octubre de 2000, entre otras muchas, que al Tribunal de casación en su función de control sobre el respeto al derecho a la presunción de inocencia, corresponde comprobar la existencia de prueba de cargo que sea objetivamente lícita, practicada con observancia de los requisitos legales condicionantes de su validez procesal bajo los principios de contradicción e inmediatez, y de contenido incriminador como prueba de cargo. No alcanza en cambio a la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, facultad exclusiva del Tribunal de instancia conforme al art. 741 de la LECriminal. En consecuencia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constata la existencia en el proceso de esa prueba de cargo susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir cuando se da el presupuesto necesario para que la Sala de instancia pueda formar su convicción sobre lo ocurrido. La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias, compete al Tribunal que presencié la prueba de cargo a través del correspondiente juicio valorativo, del cual en casación sólo cabe revisar su estructura racional en lo que atañe a la observancia por el Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esa racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependen sustancialmente de la inmediatez, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal.

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria, hemos dicho en la Sentencia 458/2009 de 13 de abril, reiterando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediatez que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de la instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción

interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no la sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o, como dice la Sentencia de 16 de diciembre de 2009, si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación, y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis: es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de lo demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de Casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación de una convicción propia sustitutiva, que no es posible sin la intermediación de la prueba». (F. J. 5º.1º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración ante la Policía. Valor en el proceso.

Recurso: Casación nº 124/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1228/2009 de fecha 06/11/2009

«3º) Admitido que la autoinculpación en declaración policial no es por sí misma una confesión probatoria, es decir un instrumento o medio de prueba procesal, ni una diligencia sumarial susceptible de adquirir esa condición, sino un hecho preprocesal que además sólo es considerable como tal si se desenvuelve dentro del marco jurídico que condiciona su validez jurídica, debe también admitirse que como hecho puede tener, cuando es válido, relevancia en la actividad probatoria procesal posterior en un doble sentido:

a) como elemento contrastante en las declaraciones procesales posteriores, sean sumariales o en el Juicio Oral, haciendo ver al declarante las diferencias entre sus manifestaciones en sede policial, y las hechas en el

proceso judicial, a fin de que explique las rectificaciones. En tal caso estas explicaciones, hechas ya en el proceso, son una parte relevante de la confesión judicial, que coopera a la debida valoración de su propia credibilidad.

b) el hecho -que no prueba- de su declaración policial puede también incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios etc.... En tal caso la conjunción de los datos confesados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoincriminatoria policial, y no ratificada judicialmente. En ese supuesto la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y los acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatoria policial descansa pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos luego acreditados por pruebas verdaderas. Es al valorar estas pruebas, practicadas en el ámbito del proceso, cuando el hecho personal de su preprocesal narración válida ante la policía, puede integrarse en el total juicio valorativo, como un dato objetivo más entre otros, para construir la inferencia razonable de que la participación del sujeto fué verdaderamente la de su inicial autoinculpación policial. No sería ésta la prueba de cargo, ni podría condenarse por su confesión policial inicial, sino por la razonable deducción de su autoría, obtenida de un conjunto de datos objetivos, acreditados por verdaderas pruebas, que, en unión del dato fáctico de su personal revelación a la policía, podrían, en su caso, evidenciar su intervención en el delito.

En esta línea, la Sentencia 541/2007 de 14 junio, que se apoya en la Sentencia 1106/2005 del 30 septiembre ya dijo que: "Cuando se trata de declaraciones policiales, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. De otro lado, es evidente que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones válidas, al haber sido practicadas con toda corrección, aun cuando no puedan ser valoradas como pruebas de cargo al no practicarse en presencia del Juez, pueden aportar datos objetivos que permitan seguir líneas de investigación. Los aspectos fácticos aportados en la declaración policial del imputado que hayan podido ser comprobados, podrán ser valorados en función de su contenido incriminatorio una vez incorporados adecuadamente al juicio oral. En este sentido ya se había manifestado esta Sala en la STS 1106/2005, de 30 de setiembre. Decía esta sentencia que "En

este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, STS 1940/2002, de 21 de noviembre). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial. Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración auto-inculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial. Esto es lo que declara la STC 7/1999 –citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo–; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia «cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales». Véase a este respecto la STS 918/2004, de 16 de julio”». (F. J. 4º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración autoinculpatoria ante la Policía. Requisitos para enervar la presunción constitucional de inocencia.

Recurso: Casación nº 11595/2008 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1239/2009 de fecha 30/12/2009

«...La voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión y la presencia de abogado (art. 17 CE y 320 LECrim.) es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (art. 15 CE), y en suma, a que se respete su derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Por tanto, solo cuando pueda afirmarse, con total seguridad, que la confesión ha sido prestada libre y voluntariamente, ésta puede hacer prueba en contra de su autor.

No es propiamente una declaración de referencia la que prestan los funcionarios policiales que asisten a las declaraciones de los detenidos en sede policial, sino en sentido propio, pues lo hace en concepto de quien ha oído lo expresado por el imputado y ante la retractación de éste, es llamado para que exprese ante el Tribunal las condiciones en que tal declaración fue efectuada y cuál fue su contenido, lo que permite la superación de los requisitos de legalidad ordinaria y por tanto su incorporación al proceso, pues como se afirma en las SSTS 6.6.1990, 17.10.1992 y 5.6.1993, no tendría sentido inadmitir el valor de la confesión prestada en sede policial con las garantías que proporciona la presencia de letrado, la información de derechos y la presencia en el plenario de los agentes intervinientes y por el contrario, admitir la confesión extraprocesal, siempre que haya sido sometida a contradicción el testimonio de las personas ante las que se dice.

En todo caso, para despejar esta cuestión, ciertamente controvertida y no del todo pacífica, es para lo que se tomó un Acuerdo Plenario, en donde el Pleno de la Sala expresó cómo debía entenderse cumplido este requisito a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia. Así, se tomó el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de fecha 28 de noviembre de 2006, según el cual cabe “admitir que la declaración prestada validamente ante la Policía pueda ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

Es decir, el Tribunal sentenciador puede valorar este tipo de declaraciones. Y ello por varios motivos: 1º) Primeramente, porque carecería de sentido que una diligencia de declaración en sede policial con todas las garantías, a presencia de letrado, con lectura de derechos y ofreciendo al detenido la posibilidad de no hacerlo y declarar exclusivamente ante la autoridad judicial, no tenga valor alguno, y lo tenga en cambio, como ya hemos dicho, la declaración espontánea extrajudicial. De ser así, es obvio que la ley debería prescindir de la misma, si no ha de tener absolutamente ningún efecto. 2ª) Tampoco puede mantenerse que los funcionarios policiales están obligados a mantenerla ante el juez, por las consecuencias derivadas de la falsedad en que incurrirían en caso contrario. De ser ello así, lo mismo sucedería en toda clase de ratificaciones o adveraciones de documentos, privados, públicos o notariales, pues podría mantenerse que tal ratificación es superflua en tanto que condicionan necesariamente el contenido del documento en sí mismo considerado. Otro tanto ocurriría con la ratificación de denuncias o prestación de testificales en el juicio oral, cuando el deponente ya haya sido objeto de actividad sumarial previa. 3º) Como ya hemos apuntado, la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración, no es propiamente un testimonio de referencia (pues, se objeta, estando el testigo directo, sobra el de referencia), pero es que tales funcionarios no dan cuenta de hechos ajenos, sino propios, y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niega ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le llamase, el propio abogado presente en la misma. 4º) Porque es muy habitual, y también lo es en este proceso, que no existan elementos objetivos de presiones o malos tratos policiales, lo que se puede

acreditar (como aquí consta) por los informes médico forenses que asistieron a los detenidos, desvirtuando las razones aducidas por éstos ordinariamente para negar las afirmaciones que hicieron. 5º) Finalmente, porque los hechos que se afirman y que entran en el acervo del proceso como material inculpatario, serán corroborados por medio de otras pruebas que les presten credibilidad, como ocurre con declaraciones de funcionarios policiales encargados de la investigación policial, vestigios, datos o elementos de todo orden que produzcan la convicción judicial.

Como argumento adicional, ha de ponerse de manifiesto que, si bien el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma el valor de simple denuncia a los atestados que se practicaren y entregaren a la autoridad judicial, no es menos cierto que el párrafo segundo de dicho precepto dispone que “las demás declaraciones que prestaren [por los funcionarios policiales] deberán ser firmadas, [y] tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”. Es decir, como puede observarse dicha norma no concede a todo el contenido del atestado un valor simple de denuncia, como a menudo se dice, sino que distingue cuál es denuncia y cuál, no. Y esas declaraciones personales de los policías, en tanto que hechos de conocimiento propio, no tienen tal valor, sino la consideración de declaraciones testificales. De esta forma, pueden ofrecer ante el plenario con el valor de testigos, aquellos hechos que han presenciado directamente, como lo dicho ante ellos por un imputado, previamente advertido de sus derechos constitucionales a no declarar, el que después se retracta. Del propio modo, el resto de declaraciones de otros intervinientes que obren en un atestado, que también se refieran a hechos propios del que declara, no vemos razón para concederle menos valor que a los asertos (propios igualmente) que pongan de manifiesto los mismos funcionarios de policía». (F. J. 2º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración sumarial de la denunciante leída en juicio pese a que se acoge a la dispensa a declarar en plenario. Vulneración

**Recurso: Casación nº 11529/2009 P
Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 459/2010 de fecha 14/05/2010**

«En definitiva, reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo, resulta de todo punto evidente que carecería de sentido acudir a lo declarado por ella en la fase de Instrucción como sustento del pronunciamiento condenatorio, no sólo contraviniendo con ello la eficacia del ejercicio de ese derecho, legalmente reconocido, sino, lo que es más, privando de tal modo al acusado, como consecuencia de la decisión de un

tercero, de garantías tan básicas para su defensa como la de someter a cuestionamiento la credibilidad de la prueba mediante el interrogatorio practicado a presencia del Tribunal que ha de conocer del enjuiciamiento de los hechos que se le atribuyen, máxime cuando tal situación no tiene cabida en ninguno de los supuestos, existencia de contradicciones entre lo afirmado en la investigación y lo declarado en el Juicio oral ni imposibilidad de práctica de la prueba en dicho acto, que habilitan, con carácter excepcional y tasado (arts. 714 y 730 LECr), la posibilidad de valoración de material probatorio distinto del producido con regularidad, de forma oral, pública, contradictoria e inmediata, ante el propio Juzgador.

Razones todas las anteriores por las que, al no existir ninguna otra prueba de cargo en las presentes actuaciones de entidad suficiente para el debido y completo enervamiento del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, distinta de aquellas declaraciones testificales prestadas por la denunciante durante la Instrucción de la causa cuya ineficacia se acaba de afirmar, ya que las restantes a las que se hace referencia en la recurrida, tales como lo declarado por el acusado, testificales, pericias, cartas manuscritas dirigidas por Deborah al Tribunal o la propia percepción “de visu” (sic) de los miembros de éste acerca de “...el esfuerzo de autocontrol de aquel (Farid) y su agitación interior unida a su poca expresividad... y su contrariedad porque se le piden cuentas de su conducta”, etc., tan sólo tienen un alcance complementario respecto de las referidas declaraciones iniciales de Deborah que, como en la propia Resolución recurrida se afirma, son las únicas que permitirían realmente, de admitir su validez, afirmar en su integridad y con la necesaria certeza la versión de los hechos sobre la que se construye el pronunciamiento condenatorio alcanzado por la Audiencia, en su consecuencia ha de concluirse en la estimación del motivo Segundo del Recurso, al haber resultado vulnerado el referido derecho fundamental y procediendo por ello, sin necesidad del examen de los restantes motivos, la absolución de Farid, lo que formalmente se acordará en la correspondiente Segunda Sentencia que, en virtud de esta decisión, seguidamente se dictará». (F. J. 3º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general.

Recurso: Casación nº 10313/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 924/2009 de fecha 07/10/2009

«...Como venimos afirmando –por todas STS. 825/2009 de 16.7- el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 “solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya

pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 300/2005 de 2.1, 70/2007 de 16.4).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción

obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración ", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante"». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Consumación.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«..tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia –ésta con una lejana excepción (STS de 20 de noviembre de 1894), como ha señalado el Ministerio Fiscal en el trámite de instrucción- sostienen que el delito de exacciones ilegales se consuma con la exigencia de los derechos, tarifas, aranceles o minutas excesivos o indebidos, sin que sea necesaria la efectiva recepción de los mismos por el funcionario ni tampoco su entrega por el

particular (v. STS nº 1223/1887, de 13 de octubre), pues el tenor literal del tipo penal se refiere a la autoridad o funcionario público “que exigiere”, no dice “que cobrare” –como pretende entender la parte recurrente-». (F. J. 13º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Elementos del delito.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«...El artículo 404 del CP, cuya infracción aquí se denuncia, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Principios, éstos, que, por lo demás, quedan salvaguardados por medio de los recursos –tanto administrativos como jurisdiccionales- legalmente admitidos contra tales resoluciones, de tal modo que la norma penal, según el principio de mínima intervención, debe quedar reservada para los ataques más graves contra la función pública, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que “el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho penal, en cuanto el *ius puniendi* debe constituir la *ultima ratio sancionadora*” (v., *ad exemplum*, STS de 22 de marzo de 1994).

Ya hemos dicho que sujeto activo de este Derecho únicamente pueden ser los funcionarios públicos, cuya conducta típica debe consistir en cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los ciudadanos por su contenido ejecutivo, que es en lo que consiste toda resolución.

En relación con esta materia, destaca la doctrina mayoritaria que dicha resolución habrá de versar sobre “asunto administrativo” –cuestión doctrinalmente controvertida-, estar sometida al Derecho administrativo, requerir un procedimiento formal y que, en ningún caso, tenga naturaleza jurisdiccional ni política.

En todo caso, la resolución del funcionario público deberá ser “arbitraria”. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto que el art. 358

del CP-1973, precedente legal del art. 404 del CP vigente, hablaba de resolución “injusta”, exigencia que la jurisprudencia vino interpretando como “contradicción con el ordenamiento jurídico”; mas como, de modo patente, no toda discordancia de la resolución con la norma jurídica puede convertir en delictiva la conducta del funcionario, la jurisprudencia –como ya hemos puesto de relieve- ha venido limitando tal discordancia a los supuestos en los que la contradicción con el ordenamiento jurídico sea patente, notoria, incuestionable, flagrante e, incluso, clamorosa: debe tratarse de una contradicción insalvable, de una aplicación torcida del Derecho. En ello consiste precisamente el carácter arbitrario de la resolución, en cuanto lesiona abiertamente los principios de legalidad y de seguridad jurídica, por no responder a ningún criterio de interpretación de las normas que resulte admisible en el campo científico, por implicar tanto una posible falta absoluta de competencia , o suponer una omisión de trámites esenciales de procedimiento, o porque el contenido de la resolución sea manifiestamente discordante con el ordenamiento jurídico en los términos anteriormente expuestos.

La exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate “a sabiendas de su injusticia” permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga “dudas razonables” sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (v. SS TS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Exacciones ilegales. Conducta típica.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«..El artículo 437 del CP castiga como reo de delito de exacción ilegal a “la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada”.

El Tribunal de instancia declara probado que el registrador de la propiedad nº X de Mataró –don Antonio A. L.- minutó como certificación de cargas (a 4000 pesetas por finca), supuestos en los que lo que tenía que hacer era –hasta el 13 de abril de 1998- una manifestación de despacho (art. 434 RH) o, desde dicha fecha, una nota simple informativa simultánea a la nota de inscripción (a razón de 500 pesetas por finca), según el art. 253 de la LH. Ha de reconocerse, por tanto, que esta conducta es penalmente típica en cuanto prevista en el art. 437 del CP, cuya infracción se denuncia en este motivo, pues, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo en el trámite de instrucción, “confeccionar un instrumento

innecesario para los fines requeridos obteniendo de esta forma una significativa elevación de la cuantía de la minuta es conducta que encaja no sólo en el espíritu, sino también en la letra del art. 437; la cuantía finalmente devengada es superior a la legalmente procedente por el servicio que debía prestarse, aunque se haya disfrazado arteramente ese exceso presentando como certificación lo que sólo reclamaba una nota simple informativa”. Así lo ponen de relieve también la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la práctica generalizada de los registradores de la propiedad, según manifestaron al Tribunal de instancia los peritos que informaron en el juicio oral.

Por lo demás, en el presente caso, dado el cauce procesal elegido, es incuestionable que la parte recurrente viene obligada al pleno respeto del relato de hechos declarados probados en la sentencia recurrida (art. 884.3º LECrim), en el que expresamente se imputa al registrador de la propiedad recurrente haber minutado como certificaciones lo que debía haberse minutado como “manifestaciones de despacho” o “notas simples informativas”, y haber minutado en otros casos como “informes del art. 355 del RH”, supuestos en los que no consta que se hubieran solicitado tales informes o que se hubieran expedido, en su caso, intervenciones registrales, por tanto, que debieron minutarse por cuantías sensiblemente inferiores -en el primer supuesto- o que no debieron cobrarse -en el segundo-, como se expresa en el factum, lo cual constituye, sin la menor duda, una conducta prevista y penada en el artículo 437 del CP cuya infracción se denuncia.

Por lo demás, no cabe olvidar que, en relación con la función registral, el art. 434 del RH establece que “los títulos que se presenten en el Registro se devolverán a los interesados con la nota que proceda, según los casos (...). Si del Registro resultan cargas o limitaciones anteriores distintas de las expresadas en el título despachado, se hará constar en la “nota de despacho el solo dato de que son distintas o de que resultan otras cargas o limitaciones, sin más precisiones (...)”. Las “notas de despacho”, en cualquiera de los casos expresados, irán firmadas por el Registrador”.

Es preciso concluir, que, en el presente caso, nos hallamos ante una patente infracción penal y, en modo alguno, ante un supuesto de discrepancia interpretativa de las normas legales aplicables –como pretende la parte recurrente-. Consiguientemente, procede la desestimación de este motivo, al no poder apreciarse la infracción de ley que se denuncia en el mismo». (F. J. 10º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Infidelidad en la custodia de documentos.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«..El delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del CP, dentro del Título XIX, de “Delitos contra la Administración Pública”, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo”. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, de carácter doloso, de resultado, cuyo bien jurídico protegido es tanto el “correcto ejercicio de la potestad atribuida a la Administración”, como “el interés del Estado en la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho” (arts. 1.1, 9.1 y 103.1 y 3 C.E.), cuyo desconocimiento comporta la lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo y, por tanto, un evidente daño a la causa pública.

La infidelidad en la custodia de documentos es un delito doloso, cuya conducta típica está descrita en el Código Penal con deficiente técnica por la diversidad de los verbos nucleares empleados por el legislador: sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos cuya custodia esté encomendada a la autoridad o funcionario público de que se trate, circunstancia –ésta- que nadie cuestiona en el presente caso respecto del acusado aquí recurrente, en cuanto Registrador de la Propiedad y, consecuentemente, responsable de la custodia de los libros registrales. Lo que realmente se cuestiona aquí es simplemente si su conducta, descrita en el factum (HP.4º), es penalmente típica.

La parte recurrente sostiene la atipicidad de la conducta del Sr. A. L. por cuanto la orden que dio a su empleado Sr. Ll. C. fue que destruyera el folio registral nº 151 y éste se limitó a ocultarlo detrás de un armario. Por tanto, al no haberlo destruido –como se le ordenó-, el Sr. Amat no puede ser condenado como inductor del delito, dado que la conducta llevada a cabo por el Sr. Ll. responde a otra modalidad delictiva (“ocultar”), que constituye un verbo nuclear diferente de “destruir”. De ahí la pretendida atipicidad de su conducta.

Llegados a este punto, debemos poner de manifiesto las evidentes deficiencias de la descripción del tipo penal cuestionado por el empleo de una relación más o menos compleja de verbos nucleares en la descripción de la conducta típica, como sucede con otras figuras del Código Penal, tales como las descritas en los artículos 332 y 368 del Código Penal vigente, o con el artículo 302 del Código Penal de 1973, respecto del cual un relevante penalista dijo que la variedad de formas comitivas descrita en el citado precepto constituía un inútil y hasta perjudicial arcaísmo técnico de nuestro Código, al describir hasta nueve modalidades de actividades falsarias, con evidentes repeticiones y solapamientos, cuando todas ellas podían entenderse incluidas en el núm. 6º (“haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación ue varíe su sentido”); al tiempo que otros autores consideraron que las nueve formas comitivas del citado artículo podían reducirse a tres: a) alteración del documento verdadero ya existente; b) constatación falsa de un hecho; y, c) creación o formación de un documento totalmente falso.

Desde esta perspectiva, se podría considerar la equiparación penal de las diferentes modalidades comisivas. Así, en la STS de 22 de marzo de 1990, se dice que “carece de transcendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del art. 302 (del CP de 1973), ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho y la aplicación de distinto número del art. 302 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio, según sentencias de 12 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989”». (F. J. 14º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Registrador de la Propiedad. Conducta atípica.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«...Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal sostiene que el Registrador de la Propiedad aquí acusado vulneró la legislación aplicable al segregar una parte de su finca, calificada como suelo no urbanizable, prescindiendo de la preceptiva licencia urbanística y con desprecio del régimen estatutario de incompatibilidades, calificando el título y practicando la correspondiente inscripción; conducta que indudablemente constituye una “resolución”, en sentido propio. Resolución que califica de injusta y arbitraria, y, por tanto, penalmente típica.

No cabe la menor duda de que el Registrador de la Propiedad es un funcionario público (art. 24.2 CP), que, al calificar los títulos que se pretenden inscribir en el Registro desarrolla una función pública que, de modo patente, no puede calificarse de jurisdiccional, y que, en todo caso, debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Ello no obstante, para enjuiciar la conducta del Sr. A. L. objeto de esta causa, es preciso tener en cuenta: a) que los Registradores de la Propiedad, en el desempeño de sus funciones, están sometidos a un completo régimen de posibles responsabilidades: disciplinarias (arts. 313 y sptes LH), civiles (arts. 18, 222.5, 226, 283 y 296 LH), y penales (art. 404 y sptes CP); b) que, la LH califica como “infracciones muy graves”, entre otras conductas: “la inscripción de títulos contrarios a lo dispuesto en las Leyes o sus Reglamentos o a sus formas y reglas esenciales, siempre que se deriven perjuicios graves para el presentante, para terceros o para la Administración y que no se trate de meras cuestiones interpretativas u opinables en Derecho” [art. 313. A), d)], así como “el incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la Ley 12/1995 (de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado) ...” [art. 313. A), f)]; c) que, entre las sanciones que pueden ser impuestas a la Registradores de la Propiedad figuran las de “postergación en la antigüedad en la carrera cien puestos”, “traslación forzosa”, “suspensión de funciones hasta cinco años” y “separación definitiva del servicio” (art. 314 LH); d) que, al enjuiciar este tipo de conductas, no puede desconocerse cual es el objeto y la finalidad

propios del Registro de la Propiedad, esto es, “la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles”, con la consiguiente protección judicial de los asientos; y, e) que tampoco debe prescindirse de efectuar una ponderada valoración de los daños que de la conducta enjuiciada puedan derivarse para los particulares o para la causa pública.

La ponderación del conjunto de circunstancias que concurren en el presente caso nos lleva a considerar que la conducta enjuiciada no desborda los límites de las posibles responsabilidades disciplinarias e, incluso, civiles del Registrador encausado, de modo que, en principio, su conducta no puede considerarse penalmente típica». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Tipo penal.

Recurso: Casación nº 635/2008

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 941/2009 de fecha 29/09/2009

«...En efecto, sustraer destruir, inutilizar u ocultar –verbos nucleares del tipo penal del art. 413 CP- constituyen simples modalidades de un propósito común: privar dolosamente que un determinado documento pueda cumplir la función que el ordenamiento jurídico le reconoce. Existe, pues, una “homogeneidad” en todos los supuestos previstos en el tipo penal del art. 413 del CP, cuya infracción se ha denunciado en este motivo. Por consiguiente, como quiera que, en el presente caso, existe una plena identidad entre los hechos imputados al Sr. A. L. y los reflejados en el factum de la sentencia recurrida y por los que se ha sido condenado, concurriendo, además, el requisito de la homogeneidad de los tipos penales, no cabe apreciar la infracción de ley que aquí se denuncia.

No está de más, poner de manifiesto también que la intervención del Sr. A. fue determinante de la conducta imputada a su empleado Sr. Ll. C., al haberle entregado el folio nº 151 para que lo destruyera –para sustituirlo después con otro folio con el mismo número, procedente de otro libro del Registro- al haberse limitado el referido empleado a ocultar el documento detrás de un armario, “donde quedó olvidado hasta que fue encontrado por la Comisión Judicial que practicó la diligencia de entrada y registro en las dependencias del Registro de la Propiedad” (HP.4º); pues tanto la orden dada por el Registrador como la forma en que la cumplió su empleado tenían un mismo objetivo: impedir que el folio registral original pudiera cumplir la función inherente a los libros registrales, lo que confirma la homogeneidad de tales conductas». (F. J. 14º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Cosa Juzgada.

Recurso: Casación nº 1486/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 183/2010 de fecha 03/03/2010

«..Se invoca que el hecho objeto del proceso en esta causa ha sido ya decidido, con efectos de cosa juzgada, por la resolución adoptada por los órganos portugueses. Lo que se canaliza como infracción de ley del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 675 de la misma.

Es decir se está pretendiendo resolver, en el marco del recurso de casación, dentro de los denominados artículos de previo pronunciamiento. Se ampararía este cauce en la decisión del Pleno de esta Sala que ha mantenido la vía casacional del artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no obstante su reforma por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995.

No obstante la pretensión no puede ser estimada.

Es evidente que, para que el efecto preclusivo negativo característico de la denominada cosa juzgada tenga lugar, se requiere un acto de verdadero "enjuiciamiento". Y esto, a su vez, requiere que tal acto emane de un órgano que ejerza jurisdicción. Lo que puede acaecer incluso cuando el órgano jurisdiccional sea de los de otro Estado diverso del español.

La decisión portuguesa para la que se postula por el recurrente el efecto preclusivo que obstaría la incoación y seguimiento de causa penal en España, ha sido adoptada por el Ministerio Público de aquel país en el marco procedimental conocido como inquérito.

El Ministerio Público, cualquiera que sea el contenido de su estatuto, no es un órgano que actúe de modo jurisdiccional, en el que decida como tercero causa empeñada entre dos partes adversas.

Y, por ello, el inquérito, actuación a cargo de dicho Ministerio Público, no es fase jurisdiccional del procedimiento, ya que ésta comienza con la instrução en la que las decisiones incumben a un Juez, como titular, él sí, de la facultad jurisdiccional». (F. J. 4º)

PRINCIPIOS PROCESALES. "Non bis in idem".

Recurso: Casación nº 1486/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 183/2010 de fecha 03/03/2010

«..Y, respecto a la pretensión de incompatibilidad de doble persecución, basta decir que nuestro artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama la extensión universal de la jurisdicción de los tribunales españoles mientras no surja el obstáculo a que se refiere la letra c) de su apartado 2: que el imputado haya sido absuelto, indultado o penado y, en este último caso, si aún no ha cumplido la pena, se mantiene la extensión

jurisdiccional, por más que se imponga un cómputo de la ya cumplida para extinguir la que pueda imponerse en España.

Por otra parte España ratificó, ya en 13 de marzo de 1997 el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, tal como quedó enmendado por el protocolo de adhesión del gobierno de la República italiana, firmado en París el 27 de noviembre de 1990, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 181, de 30 de julio de 1991

En dicho Acuerdo ya se establecían normas en aplicación del principio "non bis in idem" que se reflejaron en sus artículos 54 y ss.

La preclusión para la persecución se condicionaba a que la persona haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante y por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena. Lo que suponía aplicación del denominado principio de "agotamiento del procedimiento".

Y aún se llegó a establecer la cláusula del artículo 58 conforme al cual las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto non bis in idem vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

Así pues la invocación del principio non bis in idem resulta no estimable en la medida que la actuación recurrida se ajusta a las normas legales vigentes, en el ámbito interno e internacional, sin que se pueda predicar de las mismas oposición al texto constitucional». (F. J. 5º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.

Recurso: Casación nº 1164/2009

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1305/2009 de fecha 22/12/2009

«..De la abundantísima doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala merece destacarse la STC nº 4, de 14 de enero de 2002 en la que se analiza en profundidad el principio acusatorio, señalando que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. Ahora bien, por "cosa" en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre hechos sino

también sobre su calificación jurídica”, tal como hemos sostenido en las SS.T.C. 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio y 225/1997, de 15 de diciembre. En la última sentencia citada recordábamos cómo ya la STC 53/1987, de 7 de mayo, ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el principio acusatorio y el derecho de defensa al señalar que “el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de “contestación” o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso” (STC 53/1987, FJ 2). Así pues, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia” (SS.T.C. 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2, y 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4). “De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal “vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse” (STC 205/1989, FJ 2; reiterado en la STC 161/1994” (STC 95/1995, FJ 2).

En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, se añadía que: “Sin embargo, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (STC 10/1998, FJ 2). En este sentido, “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3)”.

“A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del TC A244/1995, son delitos o faltas “generalmente homogéneos” los que “constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse” (FJ 2). Debe así advertirse, en primer

lugar, que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación “requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (STC 12/1981, FJ 5)” (STC 95/1995, FJ 3 a)”.

Es claro, pues, que el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial, no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al ámbito de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de la proscripción de la indefensión, de suerte que el verdaderamente importante y decisivo es que el hecho que configure los tipos penales sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos que integran el delito objeto de condena». (F. J. 3º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acuerdos del Pleno de la Sala.

Recurso: Casación nº 1606/2009

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 144/2010 de fecha 02/03/2010

«A) Partimos de dos acuerdos del pleno de esta sala sobre este punto:

a) Uno de 20.12.2006 que dice así:

“El tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa”.

b) En el otro, de 27.11.2007, podemos leer lo siguiente:

“El anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena

superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

B) Con relación al a pena de prisión, en aplicación del primero de tales dos acuerdos, la pena de cinco años impuesta en la sentencia recurrida ha de quedar reducida a los cuatro que solicitó el Ministerio Fiscal, única parte acusadora.

C) Y respecto de la multa, como el Ministerio Fiscal pidió pena inferior al mínimo legal permitido (pidió multa de ochocientos euros para la primera de las dos alternativas, que es la aplicada por la sala de instancia), aplicando el segundo de tales acuerdos, ha de determinarse su cuantía en ese mínimo legal, que es la suma del valor de las dos clases de droga aprehendidas, según los hechos probados de la sentencia recurrida. Esto es, 8439,40 € (valor del hachís) más 237,36 €, en total 8676,76 € (ocho mil seiscientos setenta y seis euros con setenta y seis céntimos). Recordamos que el art. 368 CP para estos casos prevé una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito». (F. J. 3º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Acusación por el delito del art. 363.4º CP y condena por delito del art. 368 CP: absolución.

Recurso: Casación nº 2466/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 631/2010 de fecha 07/07/2010

«(...)

Desde la óptica de la homogeneidad de la calificación jurídica hemos de desglosar los distintos aspectos de ambas infracciones. En principio ambos delitos (art. 363-4º y 368 C.P.) se contienen en el mismo Título y Capítulo del C.Penal (Cap. III), designado como "Delitos contra la salud pública", coincidiendo por tanto en la identidad del bien jurídico protegido (la salud de terceros en general) y ambos poseen ese carácter de infracciones de peligro abstracto o genérico, que se consuman con la simple creación del riesgo punible.

Sin embargo, en el plano tipológico relacionado con los aspectos relativos a particulares circunstancias de ambos injustos típicos, se detectan sensibles diferencias:

- respecto a los sujetos activos. En orden a la tipificación especial del sujeto activo se comprueba que en el delito del art. 368 C.P. puede serlo cualquier persona (el precepto nos dice "los que ejecutaren...") mientras que el art. 363 circunscribe los autores a "los productores, distribuidores o comerciantes", que si lo relacionamos con la pena de inhabilitación especial

en dicho precepto prevista nos indica que el sujeto activo se contrae a profesionales o personas que con habitualidad ejercen actividades lucrativas en el mundo del comercio (fabricación, comercio y distribución) de los productos de uso no autorizados.

- respecto al objeto del delito o producto susceptible a la vez de dañar a la salud (art. 368 C.P.) o cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial a la salud (art. 363-4º C.P.). En los elementos típicos se advierte la diferencia entre los objetos susceptibles de dañar la salud de las personas, que en algunos casos pueden no coincidir, ya que cabe que el producto o sustancia tenga un uso autorizado, normalmente en el mercado farmacéutico, y sin embargo dañar la salud de las personas. A su vez, el art. 368 establece una gradación de mayor o menor gravedad del daño a la salud, según la naturaleza de las sustancias, circunstancia que para el art. 363-4 es indiferente.

- respecto de la penalidad asignada. Las penas en el delito de tráfico de drogas tóxicas son privativas de libertad (de 3 a 9 años de prisión) y de multa que es proporcional en relación al valor de la sustancia objeto del delito (sin despreñar otros parámetros valorativos: art. 377 C.P.). Por su parte el art. 363 además de señalar una pena privativa de libertad menor que en el precepto anterior (1 a 4 años de prisión) la multa que impone no es proporcional sino por el sistema de días-multa (de 6 a 12 meses de multa) y por último tiene prevista una pena específica que el art. 368 no prevé, cual es, la inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio (de 3 a 6 años).

5. *Proyectando estas consideraciones a nuestro caso, deberíamos concluir que desde el punto de vista del art. 851-4º L.E.Cr. el delito por el que se condena esta castigado con pena más grave que aquél por el que formalmente acusaba el Fiscal. La Ley habla de "delito" más castigado, no de penas más graves que la solicitada por las acusaciones.*

Podría afirmarse que no se ha superado la pena privativa de libertad pedida por el Fiscal (3 años) pero lo cierto es que la Audiencia impuso la mínima posible, porque no podía exceder un día más, so pena de rebasar las penas interesadas por la acusación lo que no es posible, como en su día tuvo ocasión de declarar esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, el cual trajo como consecuencia la eliminación en algunas hipótesis de la facultad individualizadora de la pena, como en los supuestos en que las partes acusadoras solicitan las mínimas posibles, lo que no es el caso, ya que el Mº Fiscal pidió una pena que excedía de la mitad inferior de la prevista por la Ley, de 1 a 4 años (art. 363-4º C.P.).

Con este solo dato el motivo por quebrantamiento de forma debería estimarse al haber sido castigado por un delito que tiene prevista mayor pena, sin haber sido acusado por él, no acudiendo al expediente de la tesis del art. 733 L.E.Cr. por parte del tribunal sentenciador.

Pero aunque en el plano dialéctico y en una interpretación flexible del principio acusatorio pudieramos entender otra cosa, lo cierto es que existió

algún elemento constitutivo del tipo, que dentro de la similitud (objeto del delito) permitía oponer argumentos defensivos de haber sabido el recurrente que podía condenarse por tal infracción punitiva.

En efecto, podría superarse la correlación acusación-defensa respecto a las penas, ya que prescindiendo de la mayor gravedad del delito no se le impuso mayor pena privativa de libertad que la interesada por el Fiscal, única parte acusadora. Tampoco se le impuso, por no estar prevista como pena específica, la inhabilitación para ciertas actividades profesionales dentro del comercio y la industria.

También puede eludirse el escollo de la naturaleza de la multa, pues no estando valorada la droga, resultaba imposible imponerla, a diferencia del art. 363 en el que se fija la pena pecuniaria por el sistema de días multa.

Tampoco influyó la tipificación especial que se hace en el sujeto activo, ya que la ausencia de la profesionalidad en la actividad delictiva, podía excluir la aplicación del art. 363, pero no la del 368 que no la exige.

Las tres situaciones referidas resultan claramente favorables al reo.

Pues bien, a pesar de todo ello, al recurrente no se le dio la oportunidad de solicitar un informe al Instituto de Toxicología, o practicar prueba de esta naturaleza, que permitiera concretar en qué medida la Ketamina, derivada de la fenciclidina, contenía el principio activo (alucinógeno) y cuál era su particular grado de pureza al objeto de determinar un mínimo de potencialidad lesiva, que excluiría el delito si no excedía de los mínimos psicoactivos establecidos por esta Sala.

6. Lo dicho hasta ahora nos conduce a la estimación del motivo, cuyas consecuencias jurídicas debemos analizar, toda vez que se asocian dos fundamentos jurídicos». (F. J. 1º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Alteración esencial en los hechos de la acusación. Vulneración.

Recurso: Casación nº 10373/2009 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1152/2009 de fecha 27/10/2009

«...Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1185/2004, de 22 de octubre, que respecto a la invocada vulneración del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 33/2003, de 13 de febrero, recuerda que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, que se concreta en el derecho de defensa, señalando que, desde la STC 12/1981, viene declarando que “la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que “sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre

ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral” pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio. Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y defensa, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: “la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”, y “que ambos delitos..... sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”; en definitiva dijimos, “si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia... no existe indefensión”, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación. Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECrim). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 788.4), que “cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Sigue diciendo que una alteración tan significativa de los hechos objeto de acusación ha de efectuarse sin limitar en modo alguno al acusado su derecho de defensa.

Y en esta misma línea, la Sentencia 712/2009, de 19 de junio, expresa que lo que si condiciona el contenido de la sentencia es la acusación con la que se debe corresponder, debiendo atenerse a la que resulte de las conclusiones definitivas así formuladas en el acto del juicio oral, aunque difiera de las provisionales anteriormente presentadas, siempre que se mantenga la identidad esencial de los hechos sobre los que recae la acusación y se someten a enjuiciamiento.

Como se ha dejado expresado con anterioridad, en el supuesto que examinamos, en la modificación efectuada en las conclusiones definitivas, se ha producido, asimismo, una alteración esencial en los hechos en los que se sustenta la acusación, sin que se haya ofrecido a la defensa la oportunidad de cuestionar tal alteración fáctica que permite una calificación jurídica distinta y más grave.

Así las cosas, procede estimar el motivo en el sentido de limitar la acusación por un delito de posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad, para uso propio, previsto y penado en el artículo 189.2 del Código Penal, como se solicitaba en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, delito que está castigado con pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, y atendida la gran cantidad de material pornográfico infantil sobre el que versa la condena, como se razona por el Tribunal de instancia, justifica el que se le imponga una pena de seis meses de prisión, calificación jurídica y pena que procede en sustitución de la condena impuesta en la sentencia recurrida por un delito de distribución de material pornográfico con una pena de ocho años de prisión». (F. J. 6º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Homogeneidad entre arts. 148 y 150 CP.

Recurso: Casación nº 1318/2009

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1348/2009 de fecha 30/12/2009

«2. La primera cuestión a dilucidar dentro de una posible infracción del principio acusatorio es la homogeneidad o heterogeneidad de ambas figuras delictivas (art. 150 y 148 C.P.) dentro de los tipos de lesiones contenidos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal.

Ciertamente, si reparamos en la estructura de los dos tipos penales (150 y 148 C.P.) aunque ambos constituyen ataques a la integridad física de un tercero, el art. 150 toma en consideración como elemento esencial el efecto o daño cualitativo que la acción del agente produce en la víctima; es el desvalor del resultado el elemento que de forma especial contempla el legislador para conformar el subtipo. Por el contrario, en el art. 148, el legislador se fija para agravar la pena en los medios comisivos utilizados (desvalor de acción) respecto a los cuales debe ser objeto de consideración

específica la repercusión del medio empleado, como pronóstico razonable y además susceptible de concreción en relación a los bienes jurídicos de la vida e integridad física del agredido.

El propio Fiscal reconoce que existió un debate pleno sobre el alcance y consideración de la secuela, es decir, sobre ese sólo extremo versó la contradicción y sobre él recayeron las pruebas, entre las que no faltó la inspección directa del tribunal de la posible deformidad de la víctima, en su secuela facial, inicialmente diagnosticada. Ello no impide que el acusado tuviera las más amplias posibilidades de defenderse plenamente del delito previsto en el art. 148-1º C.P. por la sencilla razón de que en la propia imputación del delito del art. 150, la acusación pública incluye en su escrito acusatorio los elementos integrantes del subtipo agravado del nº 1 del art. 148. Así, no ofrece la menor duda la descripción clara y nítida del medio empleado para la agresión: una botella de cerveza lanzada a la cara de la víctima, en tanto en cuanto la propia Audiencia no ha tenido reparo de considerarla como elemento del hecho en la individualización de la pena, lo que supone admitir la contradicción o posibilidad de contradicción sobre ese extremo. Pero también, dentro del art. 150 C.P. se tuvo oportunidad de combatir sin límites el efecto producido por el empleo de ese medio, que a la vista de las graves lesiones resultantes, es obvio que la botella constituía "un instrumento susceptible de generar un concreto peligro para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado", hasta el punto de que el peligro se convirtió en realidad ocasionando un grave deterioro en la salud física de la ofendida.

3. Por lo demás, no ofrece la menor duda el carácter de instrumento peligroso de una botella de cerveza, lógicamente de cristal, pues no se conocen en el mercado de plástico u otro material de menor consistencia, cualquiera que sea su tamaño, resultando indiferente que se hubiera roto para incrementar su peligrosidad con los bordes o aristas cortantes de la misma o que simplemente se utilizara de forma íntegra con sus posibilidades de contundir.

Una botella en términos generales se ha considerado por esta Sala como instrumento susceptible de crear un peligro para "la salud física" (S.S.T.S. 614/2000 de 11 de abril; 751/2007 de 21 de septiembre, etc.) con la excepción de la sentencia 539/2004 de 28 de abril, porque se desconocía el tamaño, peso y material de la misma. Incluso se ha reputado como instrumento peligroso un vaso, como objeto capaz de ser lanzado a una zona sensible del cuerpo (S.T.S. 745/07 de 21 de septiembre).

El adverbio que utiliza el subtipo en cuestión en su descripción típica ("concretamente" peligrosos) se desprende de los propios efectos producidos en el cuerpo de la ofendida (que pudo debatirse en juicio en trance de dilucidar la aplicación del art. 150 C.P.), partiendo del contexto o situación contextual en la que los ingredientes del acto agresivo estaban constituídos por: una botella de cerveza, lanzada a un metro o metro y medio a la cara de una persona, que resulta sorprendida por lo inesperado de la agresión, capaz de ocasionar un daño grave a la salud o integridad física del

sujeto pasivo, como así ocurrió, datos todos incluidos en el escrito acusatorio del fiscal.

Desde este entendimiento es obvio que no existió vulneración alguna del principio acusatorio y es procedente la estimación del motivo primero del Fiscal». (F. J. 1º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificaciones. Doctrina.

Recurso: Casación nº 246/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 523/2010 de fecha 01/06/2010

«...lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad.

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos

alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado.

En conclusión, cabe señalar que un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostiene la acusación puede suponer la vulneración del derecho del enjuiciado a ser informado de la acusación y del derecho a la defensa, al hacer inviable el descargo de una imputación que se desconoce, así como puede encerrar la confusión entre las tareas encomendadas a los diversos sujetos procesales. Pero también señala esa jurisprudencia que ha de tratarse de una alteración esencial, que encierre una novedad en el debate; esto es, que el Tribunal está legitimado para matizar o precisar el relato delimitador de la pretensión». (F. J. 2º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificaciones de detalles.

Recurso: Casación nº 1142/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1328/2009 de fecha 30/12/2009

«..La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado». (F. J. 3º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Ofrecimiento de acciones (Artículo 109 LECrim).

Recurso: Casación nº 2472/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 433/2010 de fecha 30/04/2010

«1.- La primera es la nulidad de las actuaciones por falta de ofrecimiento de acciones al ofendido, que lo fué precisamente en el delito cometido por el recurrente. Con ello no se tiene en cuenta: A) Que con o sin ofrecimiento de acciones el ofendido se personó en el proceso ejercitándolas como acusador particular, formulando su escrito acusatorio, interviniendo en el Juicio Oral y postulando lo que se estimó conveniente; por lo que la previa falta del ofrecimiento de acciones previsto en el art. 109 de la LECriminal resulta irrelevante, y sin trascendencia material en cuanto su finalidad informativa, no condicionante de la facultad de personarse ejercitando las acciones, resulta innecesaria si ya el propio perjudicado, conocedor del delito y del proceso, actúa en él como acusador particular, dejando sin virtualidad alguna la necesidad de informarle de una facultad que ha sido ya actuada por su propia iniciativa. B) En segundo lugar, como señala el Ministerio Fiscal, el recurso de casación es un remedio impugnatorio concedido por la Ley para ventilar derechos propios. Por consiguiente carece el condenado recurrente de legitimidad para erigirse en defensor de los intereses del perjudicado, cuando éste es parte en el proceso y los defiende por sí mismo sin encomendarle esta función precisamente al autor del delito». (F. J. 1º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Posibilidad de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación, cuando esta se encuentra por debajo del mínimo legal.

Recurso: Casación nº 254/2009
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 925/2009 de fecha 07/10/2009

«...No obstante lo anterior en el caso presente no es exactamente igual a los anteriores. En efecto en este caso el Ministerio Fiscal, junto a la pena de prisión de 4 años, solicitó, con evidente error, posiblemente mecanográfico, una pena “de multa de 900 euros con la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el art. 53 del CP.”, cuantía de la multa que no se adecuaba a los parámetros establecidos en los arts. 368 y 377 que tratándose de sustancias que causan grave daño a la salud, establecen una multa proporcional del tanto al triplo del valor de la droga, valor que según se desprende del relato fáctico sería de 5.500 euros, motivo por el que la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico cuarto, impone la multa de 9.000 euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes.

El supuesto es, por tanto diferente, pues se refiere al caso en que la acusación estructura erróneamente la vertiente punitiva de modo que no postulan una pena que el legislador anuda al comportamiento delictivo.

En este supuesto no vió la doctrina tradicional inconveniente alguno para “implantar” (o si se quiere “subsana” la actuación de las acusaciones y

además la pena a las postuladas de la Ley, si se consideraba un simple olvido de aquellas.

En este sentido el Tribunal Constitucional, sentencia 163/2004 de 4.10, declaró que: la imposición de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivo la razón por la que imponía la pena (SSTC. 59/2000 de 13.3, 75/2000 de 27.3, 76/2000 de 27.3, 92/2000 de 10.4, 122/2000 de 16.5, 221/2001 de 3.10), pena forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación (SSTC. 17/88 de 16.2, 49/97 de 10.3; ATC. 37/87 de 25.3), y que se impuso en su grado mínimo.

Por tanto un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador en base al principio de legalidad, y la imposición de la pena en su misma extensión, pena mínima que no necesita ser motivada porque no es sino una consecuencia legal.

Criterio que prevaleció en el Pleno de esta Sala Segunda de 27.11.2007 que adoptó el siguiente acuerdo: "el anterior Acuerdo del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena". Y que ha sido ya seguido por la STS. 11/2008 de 11.1.

Por tanto, la vinculación debe ceder cuando la pena solicitada no se ajuste a la Ley o a las reglas generales de determinación contenidas en el art. 66 CP, que hagan imperativa la fijación de la pena puntual por encima del límite pretendido por las acusaciones». (F. J. 4º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración.

Recurso: Casación nº 10793/2009 P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 59/2010 de fecha 19/01/2010

«..Pues bien, en ninguna de las conclusiones del Ministerio Fiscal o de la Acusación Particular aparece otra calificación del hecho que la de integrarlo, como tentativa de homicidio, en el art. 138, sin concurrencia de alevosía que condujera a aplicar el art. 139.1ª CP.

Se repute el asesinato como delito autónomo respecto al homicidio o como un homicidio cualificado y, en consecuencia, la alevosía del art. 139.1ª como elemento constitutivo del delito o como circunstancia cualificadora, la

aplicación del art. 139 supone apreciar un delito más grave que el previsto en el art. 138, con infracción del principio acusatorio.

5. El Tribunal a quo no debió entrar a calificar el hecho como asesinato en grado de tentativa y este Tribunal no puede dilucidar la existencia o no de la alevosía o si el hecho constituiría el delito de asesinato, sin vulnerar el principio acusatorio. Por ello y con arreglo a los arts. 901 y 902 LECr., ha de declararse haber lugar al recurso, ser casada y anulada parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia y dictarse otra más ajustada a Derecho con la declaración de oficio respecto a las costas de la casación». (F. J. 5º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de imparcialidad.

Recurso: Casación nº 11276/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 327/2010 de fecha 12/04/2010

«...Se trata (continúa la STS 273/2010, de 3 de marzo) de una garantía que se encuentra en todos los sistemas jurídicos basados en el respeto a los derechos humanos, habiendo sido recogido, por primera vez, en la Constitución del Estado de Maryland de 1776, anterior a la Constitución de Estados Unidos y a la Revolución Francesa.

Es de ver también la doctrina resultante de nuestra Sentencia 1156/2009, de 25 de noviembre, que trata de los excesos en la función de dirigir los procesos, con intervenciones inquisitivas en las preguntas, entrando en confrontación inadecuada con los letrados defensores de las partes.

Pues bien, desde la doctrina expuesta, hay que convenir que en el caso analizado las preguntas o aclaraciones que solicitó el Presidente del Tribunal, u otros miembros del Tribunal con su venia, no comprometían la imparcialidad de los Magistrados, en tanto se referían a detalles o aclaraciones ampliatorias, dando comienzo siempre a su intervención con la advertencia al imputado acerca de que podía o no contestar a la pregunta que se le realizaba, y formulándose a continuación las aclaraciones que los juzgadores de instancia tuvieron por conveniente a fin de formar su convicción judicial. Hemos analizado las preguntas que se han considerado por el recurrente como comprometedoras de la imparcialidad del Tribunal, y no observamos ese grado inquisitivo que se denuncia, sino un deseo de averiguar la verdad material, que no es sino una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6º, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se refieren a tiempos, distancias, lugares, actitudes o comportamientos. De ello se pregunta también a algunos testigos.

Como ha dicho esta Sala Casacional, el plenario, se articula como diálogo formalizado y regido por el principio de contradicción –todo juicio es un decir y un contradecir–. En ocasiones, puede existir una tensión dialéctica

fruto de la propia contradicción, pero ello no permite sin más estimar que el Tribunal haya perdido la imparcialidad, por la tensión que haya podido surgir en los debates.

Como ya se ha dicho más arriba, en este control casacional no podemos afirmar que el Presidente o los Miembros del Tribunal hubiesen perdido en sus intervenciones la imprescindible imparcialidad. Las sospechas alegadas carecen de la necesaria consistencia, y por tanto no están justificadas.

Procede la desestimación de esta censura casacional». (F.J. 1º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de legalidad.

**Recurso: Casación nº 11475/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 290/2010 de fecha 31/03/2009**

«..El principio de legalidad penal reconocido en el art. 29.1 CE. es esencialmente una concreción de diversos aspecto del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de estos a la seguridad jurídica, (SSTC. 62/82, 133/87, 150/89), así como con la prohibición de la arbitrariedad y con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE. especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la ley”.

La doctrina del Tribunal Constitucional, junto al requisito formal de la reserva de Ley, exige, en segundo lugar, la concurrencia de una garantía material, cual es la de requerir a los órganos jurisdiccionales penales, para la integración de una determinada conducta, la existencia de una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables (SSTC. 136/89, 177/92, 21/93 y 169/95).

“...es preciso recordar que el art. 25.2 CE. establece una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas”.

Dicha predeterminación normativa ha de ser, pues, escrupulosa con el cumplimiento de los requisitos de la lex scripta, previa et certa, cuya concurrencia requieren las SSTC. 133/87, 61/90, 246/91, 95/92.

“De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en Legislador”.

Tal como han resumido las SSTC. 129/2008 de 27.10 y 91/2009 de 20.4, el derecho a la legalidad penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas.

En el examen de razonabilidad de la subsunción el primero de los criterios es, como pone de relieve la STC. 137/97 de 21.7, el del respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa habilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (SSTC 62/1982; 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. Y así, continua la misma sentencia, dichos criterios estarán conformados por “las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y por los modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica” de suerte que “no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (SSTC. 137/97 también entre otras, SSTC. 189/98 de 28.9, 13/2003 de 28.1, 138/2004 de 13.9, 242/2005 de 10.10, 9/2006 de 16.1)». (F. J. 3º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Publicidad, inmediación y contradicción. Testigos protegidos.

Recurso: Casación nº 597/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 58/2010 de fecha 10/02/2010

«..Así si se repasan los principios esenciales del proceso penal que rigen el funcionamiento del juicio oral, que son fundamentalmente los de publicidad, contradicción, igualdad de armas, oralidad e inmediación, respecto del primero, publicidad, no puede entenderse vulnerado, en cuanto que todas las diligencias probatorias se practicaron en audiencia pública y se documentó en la correspondiente acta, grabándose por métodos audiovisuales, sin que consten restricciones de acceso a su celebración y de obtener o difundir información acerca del mismo. Por lo tanto, la finalidad o razón de ser del derecho a un juicio público que no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables, no se ha visto empañado en modo alguno en este caso.

En lo que se refiere a la inmediación, es evidente que los testigos y peritos pudieron ser vistos en todo momento por el órgano juzgador que pudo así observar y percibir directamente sus manifestaciones. La oralidad también ha sido respetada, porque no hay duda que las preguntas se formularon oralmente y fueron contestadas de viva voz por aquellos constando en el acta el contenido de sus manifestaciones.

En cuanto a la contradicción procesal, ésta deriva directamente del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24 CE. por exigencia del art. 10.2 de la norma fundamental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha examinado en diversas Sentencias el problema pero referido a los testigos anónimos, es decir aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida por el Tribunal, o para la defensa o para ambos, y su rechazo deriva de imposibilitar una efectiva contradicción , Sentencias de Kostovski de 20 de Noviembre de 1.989, Windisch de 27 de Setiembre de 1.990, o finalmente la Sentencia Ludi de 15 de Junio de 1.992, en todas las cuales se trataban de pruebas de cargo contra el acusado.

La referencia a esta doctrina del TEDH permite concluir que es la posibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio por lo que, por el contrario en aquellos casos, como el presente, en que el testimonio no puede calificarse de anónimo, sino en todo caso "oculto" (entendido aquel que se presta sin ser visto por el acusado o el público) pero en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento

de la identidad de los testigos, tanto para la defensa como para el Tribunal, resultan respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 del Convenio y en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 CE.

En efecto respecto a la imposibilidad de la parte de interrogar al testigo protegido en fase de instrucción, éste compareció al juicio oral y pudo ser interrogado por las defensas sobre sus anteriores declaraciones en sede policial. Este confrontación directamente percibido por el Tribunal supone la plena vigencia de los principios de inmediación, oralidad, y contradicción y satisface el derecho de defensa, cumpliéndose las previsiones del art. 714 LECrim. y del art. 4.5 LO. 19/94.

Y con referencia al desconocimiento de la identidad del testigo protegido la propia LO. 19/94, establece en su art. 4.3 que si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley, posibilidad que no fue utilizada por ninguna de las defensas en el presente procedimiento.

El motivo, por lo expuesto, carece de fundamento, tal como esta Sala se ha pronunciado en distintas hipótesis. Así la STS. 5.4.2000 se planteó el supuesto de testigo de cargo que prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, pero la defensa pudo interrogar sin cortapisas de ninguna clase, respetándose el derecho del acusado, en el sistema de la “cross examination” que consagra el art. 6.3 del CEDH, 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 (arts. 15, 17 y 18 CE). en el caso de la STS. 1047/2006 de 9.10, también se examinó la cuestión suscitada porque el Tribunal denegó la petición formulada por la defensa en el juicio oral sobre que fuera revelada la identidad de dos testigos protegidos, y estimó que el mantenimiento de la reserva sobre el nombre y apellidos de los testigos debía reputarse resultado de una ponderación constitucionalmente acertada». (F. J. 11º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Retroactividad de la Ley penal más favorable. Menores.

Recurso: Casación nº 1384/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 306/2010 de fecha 05/04/2010

«..El cuarto y quinto motivo plantean por diversas perspectivas el aspecto más interesante de este reproche casacional. En efecto, la Sala sentenciadora de instancia ha considerado que en el recurrente concurría la circunstancia agravante de reincidencia por su condena anterior por delito de atentado, siendo así que se alega e invoca la Sentencia firme de fecha 28 de julio de 1999, conforme se argumenta en el apartado 2º del undécimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, aunque por error se consigna tal antecedente a su hermano Antonio en la resultancia fáctica, dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de los de Algeciras (Cádiz), cuando el aludido recurrente era menor de edad, es decir, menor de 18 años de edad.

Siendo ello así, este antecedente no puede ser aplicable al recurrente en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2 del Código penal (retroacción favorable al reo), en tanto que la nueva edad penal que se disciplina en el vigente Código penal en el art. 19, dieciocho años de edad, que conforme a lo dispuesto en la Disposición final séptima (de la LO 10/1995), dicho Código entró en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, aplicándose a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia, pero “no obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su art. 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”. Y conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que se publicó en el BOE 11/2000, de 13 de enero de 2000, tal “Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En dicha fecha entrarán también en vigor los arts. 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

En consecuencia, y puesto que el citado art. 2.2 del Código penal dispone, en su primer inciso, que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, es claro que tal antecedente, que no debería figurar en el Registro Central de Penados, por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 5/2000, al tratarse de un menor el condenado, no puede tampoco tener la trascendencia de agravar la pena, por lo que el motivo será estimado, e individualizada la respuesta penal en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto. Así lo sugirió igualmente el Ministerio Fiscal en el acto de la vista». (F. J. 5º)

PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo. Doctrina del Tribunal Constitucional expresada en sentencia.

Recurso: Casación nº 11229/2009 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 551/2010 de fecha 28/05/2010

«Preliminar: Nos encontramos ante un recurso de casación planteado frente a un auto dictado el 16 de junio de 2009 por la Sección 3ª de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su ejecutoria 176/2006, por el

que se denegó el abono de la totalidad del tiempo de prisión provisional a favor de Francisco Miranda Velasco que estuvo en tal situación desde el 6/12/2001 al 22/10/2006, en base a que solo le habían sido abonados 32 días al haber coincidido el resto con el cumplimiento de una condena impuesta en la ejecutoria 62/2003 de la Sección 2ª de la misma sala.

El recurso se funda en la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su sentencia 57/2008 de 28 de abril que, aplicando el art. 58.1 C.P. en la redacción anterior a la que le ha dado la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, estimó la demanda de amparo en la que, en un caso semejante al aquí examinado, había denegado la computación de la totalidad del tiempo de prisión provisional. (F. J. 1º)

...En los casos como el aquí examinado, tanto el art. 33 C.P. anterior como el 58 del vigente ordenaban la computación de la prisión preventiva en su totalidad para el cumplimiento de la pena, pero siempre dentro de la misma causa penal, como parecía deducirse del texto literal de la norma referida.

Esta sala amplió la aplicación de esta disposición para cubrir aquellos casos en que había habido sentencia absolutoria (o condenatoria, pero a pena inferior a la sufrida provisionalmente durante el trámite del propio procedimiento). En estos supuestos llegamos a considerar aquí más razonable reconocer, en beneficio del reo, la posibilidad de abonar en otro proceso ese tiempo anterior de privación de libertad que no podía computarse en el mismo en que se había sufrido prisión preventiva. Hay un principio general, aplicable a todas las ramas del derecho, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que solo ha de acudir a la solución de indemnizar con dinero cuando no haya otra posibilidad de compensación de modo más adecuado a su propia naturaleza. Véase la sentencia de esta sala de 24.11.1992 y las que en ella se citan.

Este sistema ha sido de aplicación ordinaria en nuestros juzgados y tribunales, a fin de cumplir lo mandado en tales normas penales que disponían la computación en su totalidad del tiempo sufrido en prisión provisional. (F. J. 2º)

En esta dirección de ampliación de aplicación de la norma en beneficio del reo ha dado un paso más la mencionada STC 57/2008 de 28 de abril considerando que esa computación en su totalidad ha de realizarse incluso en los casos en que ya se hubiera computado ese tiempo de privación de libertad respecto del cumplimiento de otra pena de prisión dictada en procedimiento diferente. La concurrencia en el tiempo de una privación de libertad en concepto de prisión provisional y también de cumplimiento de una pena ya impuesta en sentencia firme permite que pueda computarse esa privación de libertad por dos veces; y ello, nos dice el fundamento jurídico 5 de tal STC 57/2008, sin ninguna violencia lógica, pues tal privación cumple materialmente una doble función, a) la propia de la medida cautelar asegurando la presencia del imputado para el futuro

cumplimiento de la sentencia a dictar y b) tal cumplimiento cuando ya se ha impuesto la condena.

La misma resolución 57/2008 en el fundamento jurídico 6º nos dice, como razón formal para este doble cómputo, que en la redacción anterior a la que le ha dado la L.O. 15/2003 –que entró en vigor el 1.10.2004-, el art. 58.1 C.P. ordenaba el abono en su totalidad del tiempo sufrido en prisión preventiva, y “tal abono en su totalidad” carece de excepción alguna en la ley: no hay “cobertura legal” que pudiera servir para excluir el referido abono total; y si esto es así, es porque el legislador así lo ha querido. Si la ley no distingue, el intérprete tampoco debe distinguir, máxime si esta distinción se hace en contra del reo.

Y después, en el fundamento jurídico 7º, se añade una razón material para justificar ese doble cómputo: el penado que además se halla en prisión provisional a) no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, b) no puede obtener permisos, c) ni tampoco la libertad condicional. Rechaza así expresamente lo alegado por el Ministerio Fiscal cuando se opuso a la demanda de amparo aduciendo que “la privación de libertad había sido única, porque la permanencia en prisión provisional a tales efectos había sido meramente formal”.

Se establece así una especie de compensación mediante ese doble abono en relación con esos mayores perjuicios que, para el cumplimiento de la pena, se derivaban de esa condición coetánea de preso provisional.

Y de esto último sacamos nosotros una conclusión que puede ser importante para el caso presente en el que hay cuatro condenas por cumplir, todas por tráfico de drogas, dictadas por la Audiencia Nacional. Entendemos que, si esta doctrina innovadora del Tribunal Constitucional viene fundada en la compensación antes referida, con el mencionado cómputo doble ya quedan suficientemente reparados esos perjuicios penitenciarios referidos en el fundamento jurídico 7º de esta sentencia 57/2008; de modo que no cabría un cómputo triple o cuádruple como podría ocurrir en el caso que estamos examinando, en el que, repetimos, hay cuatro ejecutorias contra Francisco Miranda Velasco, las 62/2003 de la Sección 2ª; la 176/2006 de la Sección 3ª en la que se dictó el auto aquí recurrido, la 11/2007 también de la Sección 2ª y la 31/2007 de la Sección 1ª, todas de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con un total de penas de prisión a cumplir de más de treinta y cinco años. (F. J. 3º)

En el caso presente no hay otra opción que respetar y cumplir la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional, como ya ha hecho esta sala en dos sentencias precedentes: las números 1391/2009 de 10 de diciembre y 82/2010 de 11 de febrero.

Nos hemos planteado la posibilidad de considerar aplicable aquí lo que ya está en vigor en nuestra legislación a partir del 1.10.2004, lo dispuesto en la nueva redacción del art. 18.2 C.P., dada por la mencionada L.O. 15/2003, que establece la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para

establecer y concretar, de oficio o a petición del penado, el abono de prisión provisional en causa distinta, lo cual solo podrá hacerse "previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa". Es decir, cabría entender, conforme a lo dispuesto en este art. 58.2, que sí existe ya una disposición que puede dar "cobertura legal" a esa práctica anterior en nuestros tribunales, antes referida, contraria al doble cómputo patrocinado por tal STC 57/2008.

Hemos entendido no aplicable tal art. 58.2 al presente caso, pues hemos podido comprobar, mediante las copias de sentencias remitidas a esta sala por la Audiencia Nacional, que los hechos por los que se condenó a Francisco Miranda en las cuatro ejecutorias mencionadas tuvieron lugar entre los años 1999 y 2001, es decir, cuando aún no se había promulgado la citada L.O. 15/2003. Si actuáramos de otro modo, estaríamos aplicando retroactivamente en contra del reo una norma penal, algo prohibido por el principio de legalidad (art. 25.1 C.E.) y más en concreto por el art. 2 del vigente C.P». (F. J. 4º)

PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo conforme a doctrina del Tribunal Constitucional (STC57/2008).

**Recurso: Casación nº 11127/2009 P
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater
Sentencia: nº 82/2010 de fecha 11/02/2010**

«...La Audiencia rechazó la pretensión del recurrente sosteniendo que "en razón de la acumulación de penas que a su instancia operó la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2008 , no existen dos causas (ejecutorias 50/2001 y 101/2007), sino una sola causa en la que las distintas penas impuestas (...) se refunden fijando un límite máximo de cumplimiento efectivo de 30 años en los términos que para las redenciones fijó la famosa sentencia del TS de 28.2.2006, refundición jurídica que per se excluye hablar de coincidencia de periodos de cumplimiento de pena y situación de prisión provisionalmente". Asimismo estimó, que al presente supuesto no le es aplicable el precedente de la STC 57/2008, dado que al haber sido acumuladas las penas, el presente caso -dice la resolución recurrida- no es "el supuesto particular contemplado en la STC 57/2008, sino que se trata del cumplimiento sucesivo (...) de las penas impuestas".

Sin perjuicio de que en el presente caso se trate del cumplimiento de penas sucesivas en los términos del art. 75 CP, lo cierto es que cada una de las penas que deban ejecutarse sucesivamente deben ser liquidadas según los principios establecidos en la mencionada STC 57/2008.

Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra

manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ.

En el presente caso el recurrente pretende que en la liquidación de condena de las penas acumuladas se incluya el abono del período durante el cual cumplió al mismo tiempo la condena por una de las causas y prisión preventiva en otra. En particular se trata del tiempo que va desde el 12.7.2001 al 30.11.2004, durante el cual el recurrente habría estado cumpliendo la pena correspondiente a la ejecutoria 50/2001 y, a la vez, en prisión preventiva en el PA 207/1995, del Juzgado Central de Instrucción N° 5.

Consecuentemente, aplicando los criterios establecidos por la STC 57/2008, que hemos expuesto anteriormente, con las reservas formuladas en la STS 1391/2009, el Tribunal a quo deberá liquidar nuevamente las penas abonando el tiempo de la prisión provisional cumplido en el PA 207/1995 en la ejecutoria 50/2001». (F. J. Único)

PRISION PROVISIONAL. Libertad del reo. Abono de prisión provisional o preventiva en el cómputo de penas (art. 58 del Código Penal).

Recurso: Casación nº 10593/2009 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1391/2009 de fecha 10/12/2009

«.. la S.T.C. 57/2008, que es sucesora de las S.S.T.C. 19/1999 y 71/2000, establece como consideraciones generales que la prisión provisional como medida cautelar de naturaleza personal, teniendo en cuenta su finalidad primordial y la distinta funcionalidad que tiene en relación con la pena, "permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal", añadiendo del hecho de que "el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar".

Por otra parte, es explícita la relación del hecho de la privación de libertad y el derecho fundamental a la misma proclamado en el artículo 17.1 C.E., afirmándose en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que

analizamos que la cuestión que se suscita (en el caso examinado que coincide con el presente) "se contrae a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 C.E.), por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa". Recordando el Tribunal Constitucional lo anterior, a partir de este planteamiento, llega a la conclusión (fundamento jurídico octavo) que carece de cobertura legal "la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del artículo 17.1 C.E.". La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 C.P., cuando dice en el fundamento jurídico sexto, que "si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 C.P. y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo".

Este es el alcance de la lectura de la sentencia invocada por el recurrente y aplicada solo parcialmente por la Sala de instancia. Es cierto que no declara la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo, pero se trata de una sentencia interpretativa que no se contrae a proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino que fija la lectura constitucional de un precepto del Código Penal excluyendo otras como contrarias al derecho fundamental a la libertad. Por todo ello debe ser el Legislador, como resulta de la redacción contemplada en el último proyecto de Ley Orgánica (121/000052) que modifica el Código Penal (ver también el Capítulo IV de la memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2.009), quien debe dar una nueva redacción al artículo 58.1 C.P. para salvar el supuesto de coincidencia de privación de libertad provisional con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa. El Tribunal Constitucional no prejuzga bajo otra redacción del precepto que una solución distinta impuesta por el Legislador vulnere el derecho fundamental a la libertad.

Por todo ello, en la medida que la Audiencia Nacional ha aplicado al caso la doctrina constitucional vigente sobre la materia de forma parcial, el recurso debe ser estimado, siendo ya ocioso entrar en el análisis del segundo motivo, cuyos argumentos, por otra parte, han sido correctamente desestimados por la Audiencia Nacional. (F. J. 2º)

(...)

Esta Sala de Casación debe reiterar el contenido del Acuerdo alcanzado por la misma en su reunión plenaria de 20/02/08, especialmente en su apartado relativo a que la previsión del artículo 123 C.E. "tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado -en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo- para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél". Así pues, ha de convenirse

con la Fiscalía General del Estado en el excesivo alcance que la visión del artículo 58 C.P. postulada en la sentencia del Tribunal Constitucional puede producir en la práctica penal, y como ya sucediera en otras materias, como la referida al principio de justicia universal, o la misma prescripción, es razonable que el Legislador en el reciente Proyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal introduzca la reforma del artículo 58 para eliminar cualquier duda sobre la cuestión, proponiendo expresamente como redacción a dar al inciso primero que «el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella». (F. J. 3º)

PRUEBA. Careo innecesario.

Recurso: Casación nº 1656/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 434/2010 de fecha 04/05/2010

«...Como dijimos en la STS 511/2007, de 7 de junio, el careo no es un medio de prueba autónomo, sino complementario de otros, como son las declaraciones de acusados y testigos, puesto que sólo sirve para contrastar y medir la credibilidad de éstos, depurando las contradicciones o discordancia que pudieran existir, razón por la cual la decisión de si procede o no su práctica se deja por el legislador a criterio del Tribunal o Juez que preside el juicio, como un reconocimiento más a las exigencias propias del principio de inmediación como factor fundamental de la valoración de las pruebas de carácter personal, lo que tiene como consecuencia el que contra el acuerdo relativo a su denegación no cabe recurso de casación, según reiteradísimos precedentes de esta Sala como son las SS.T.S. de 13 de enero de 1949; 29 de abril de 1968; 5 de febrero de 1980; 12 de noviembre de 1986; 6 de noviembre de 1989; 17 de junio de 1990; 14 de septiembre de 1991; 18 de noviembre de 1992, 17 de junio de 1994; 4 de marzo de 1998; 13 de junio de 2005 y 6 de junio de 2006.

Por otra parte, no debe olvidarse que, de acuerdo con lo establecido por el art. 455 L.E.Cr. el careo no se practicará, "sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados". Esta condición negativa de la práctica del careo que introduce la ley responde, ante todo, al dudoso carácter probatorio del careo en el proceso penal moderno, y debe ser, por ello, estrictamente interpretada en cada caso. De ello se deduce que en el presente caso la diligencia de careo era innecesaria, dado que no se percibe ninguna circunstancia que permita afirmar que el Tribunal a quo carecía de otros medios para comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de un acusado». (F. J. 2º)

PRUEBA. Declaración del testigo-víctima. Las advertencias del art. 416 LECrim.

Recurso: Casación nº 2209/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 160/2010 de fecha 05/03/2010

«... En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim. y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacérsele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que de dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

PRUEBA. Declaración del testigo-víctima. Menor de edad. No basta la corroboración pericial.

Recurso: Casación nº 11195/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 440/2010 de fecha 30/04/2010

«...Como hemos dicho en STS 31/2005, de 24 de enero, siguiendo a la STS 715/2003, de 16 de mayo, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que en esta materia le encomienda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrollo penal del art. 117 de la Constitución española, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, al punto de que pueden incurrir en fabulaciones o inexactitudes,

la prueba pericial psicológica se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual, siempre que se encuentre practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), y se rinda el informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a fin de verificar el grado de verosimilitud del menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber. Esto es lo que se ha verificado en el caso enjuiciado.

No basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convictiva.

Argumentan los juzgadores de instancia que tal declaración fue tenida por sincera, con abundantes rasgos de credibilidad, que traducen en que “la niña casi no podía hablar, teniendo que interrumpirse durante unos minutos su declaración debido a su estado emocional, evidenciándose su vergüenza y dificultad para contar lo ocurrido”, todo ello salvo “pequeñas contradicciones” en temas periféricos y explicables dado el tiempo transcurrido, y poniendo de manifiesto su carácter retraído o su inmadurez en temas sexuales, pero narrando los episodios de los que fue objeto con “total claridad y firmeza”, siendo “absolutamente convincente y creíble”, lo que descansan “a través de la intermediación”, consistiendo el relato en el propio “de una niña inexperta, no guiada como han manifestado todos los peritos”.

De manera que la prueba además de abundante, fue valorada con criterios de racionalidad, por lo que el motivo no puede prosperar». (F. J. 2º)

PRUEBA. Declaración de testigo-víctima: menor de edad. Protección del menor y derecho de defensa.

Recurso: Casación nº 1447/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 587/2010 de fecha 27/05/2010

«De la legislación española, resulta inexcusable la cita de la L.O. 1/96 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, que viene a equivaler a la transposición a nuestra legislación interna como se viene a reconocer en la Exposición de Motivos de los principios de la Convención y así se comprueba con la lectura del art. 1 que define al "niño" como todo menor de dieciocho años.

El artículo 2, fija el principio general de que "...primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera

concurrir....", lo que se reitera en el art. 11-2º, por su parte, el art. 13-1º declara que:

"...Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgos o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise....".

Y el artículo 17 prevé que "...En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia....".

En el mismo sentido y ya en relación al proceso penal se pueden citar la L.O. 14/1999 de 9 de Junio de modificación del Cpenal 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECriminal, y que se tradujo en la reforma de los arts. 448, 455, 707 y 713 de dicha Ley.

Según el último párrafo del art. 448, cuando el testigo sea menor de edad, y en atención a la naturaleza del delito y circunstancias de dicho testigo, el Juez motivadamente podrá evitar la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico audiovisual.

Por el art. 445 se prohíben los careos con testigos menores de edad, salvo que sean imprescindibles y no lesivos para los intereses del menor y lo mismo se reitera para la fase del Plenario en los arts. 707 y 713.

Finalmente, también podemos citar el art. 229 de la LOPJ y en redacción dada por la L.O. 19/2003 de 24 de Diciembre, en su párrafo 3º previene que "...Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal....".

También, citaremos el art. 325 de la LECriminal que prevé que cuando la comparecencia de cualquier persona en un proceso penal pueda ser gravosa o perjudicial, esta pueda efectuarse a través de videoconferencia u otro sistema similar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 229-3º LOPJ, antes citado --redacción dada por la L.O.13/2003 de 24 de Octubre--.

Para concluir, nos referiremos a la L.O. 8/2006 de 4 de Diciembre que reformó la Ley de responsabilidad penal de los menores --L.O. 5/2000--. En la

disposición final primera se da una nueva redacción al párrafo 3º del art. 433 LECriminal, a cuyo tenor:

"...La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba....".

Es ocioso polemizar sobre la naturaleza obligatoria de los Convenios Internacionales firmados por España, así como sobre la naturaleza vinculante de las Decisiones Marcos del Consejo. Basta la consideración de que según el art. 10-2 de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales constituyen derecho interno aplicable directamente, y lo mismo debe declararse respecto de las Decisiones Marco.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -- Gran Sala-- de 16 de Junio de 2005 --2005/184-- Caso Pupino, ante la cuestión prejudicial planteada de acuerdo con el art. 35 del Tratado de la UE, por el Juez de Instrucción del Tribunal de Firenze --Italia-- en relación, precisamente al deber de interpretar el derecho interno a la luz de la Decisión Marco citada acordó que:

"...Los arts. 2, 3 y 8-4º de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo... deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que los niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos permiten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en lo posible, a la luz de la letra y finalidad de dicha Decisión Marco....".

La Jurisprudencia de esta Sala ha abordado la cuestión de las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales en el proceso penal y la protección que debe brindársele, si bien el límite infranqueable se encuentra en los derechos de defensa del imputado, y ya debemos precisar que no existe ninguna contradicción entre aquella protección del menor y el respeto al proceso debido desde la perspectiva del inculpado. En tal sentido, se pueden citar, entre las más recientes, las SSTS 96/2009 de 10 de Marzo y la 1251/2009 de 10 de Diciembre. Ambas realizan un profundo y exhaustivo estudio de esta cuestión.

Y es que, reiteramos, no hay, no puede haber oposición en facilitar una eficaz protección al menor/víctima de un delito sexual y al mismo tiempo, mantener incólume el catálogo de derechos fundamentales del imputado, porque, no se olvide, que el proceso debido constituye, a no dudarlo el catálogo de derechos de todo inculpado o condenado, de suerte que la protección del menor no puede ser a costa de adelgazar el nivel de los derechos del imputado». (F. J. 4º)

PRUEBA. Documentación de las sesiones del juicio oral (art. 743 LECrim).

Recurso: Casación nº 463/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 738/2010 de fecha 22/07/2010

«En el motivo primero del recurso, con cita de los arts. 5.4 y 238 de la LOPJ, 1 24.1 de la Constitución, se invoca la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el hecho de no haberse grabado la vista oral del juicio en soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen, y especialmente porque se ha generado indefensión debido a que se le entregaron a la parte recurrente unas fotocopias del acta del juicio ilegibles e incompletas, ya que aparecían los márgenes cortados y en negro.

La acusación particular afirma que solicitó un nuevo juego de fotocopias, pero las que se le entregaron también presentaban notables deficiencias que dificultaban su lectura. A ello ha de sumarse —dice la parte— que el texto del acta no recoge la integridad de lo depuesto en el juicio oral.

Los recurrentes esgrimen para apoyar su impugnación el art. 743 de la LECr., según la redacción de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, precepto que dispone que “el desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”. Esta norma, según los querellantes, no se habría cumplimentado en este caso.

Las alegaciones de la parte recurrente sobre este particular carecen, sin embargo, de razón. En primer lugar, porque el precepto que cita no había entrado en vigor en la fecha en que se celebró la vista oral del juicio, el día 9 de diciembre de 2009, pues la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, entró en vigor seis meses más tarde, esto es, en mayo de 2010, lo que la hacía inaplicable en la fecha del juicio.

En cualquier caso, el apartado 4 de la referida norma dispone que “cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudieran utilizar por cualquier causa, el Secretario Judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesario, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas”.

Ello significa que el nuevo precepto no excluye la posibilidad de prescindir de la grabación del juicio cuando los medios técnicos de registro no pudieran utilizarse por cualquier causa, en cuyo caso la elaboración de un acta por parte del Secretario suplirá la carencia de medios del juzgado con el fin de que no se suspenda la vista oral, operando así con el sistema tradicional en tanto no se disponga de los instrumentos necesarios.

De otra parte, y en lo que respecta a las omisiones que, según los recurrentes, presenta el acta del juicio en relación con las pruebas practicadas en el plenario, la propia parte interesada tiene la posibilidad de evitar en el curso de la vista oral la existencia de tales omisiones mediante dos modalidades de intervención. O subrayando puntualmente los datos relevantes que afloran en el curso de la práctica de la prueba al efecto de que el Secretario los recoja en el acta, o solicitando al final de cada sesión, una vez extendida el acta, que se solventen las omisiones que perciba en su contenido, poniéndolas de manifiesto para que figuren en el acta. Y en el caso de que el Tribunal no accediera a ello, tendría que formular la correspondiente protesta para que conste a los efectos del correspondiente recurso.

Al parecer, la acusación particular no adoptó ninguna de las dos medidas indicadas, por lo que carece de coherencia que ahora se queje de las posibles omisiones del acta del juicio cuando estuvo en su mano solucionar el problema en el momento pertinente.

En la misma dirección hemos de pronunciarnos con respecto a la queja atinente a las deficiencias de las fotocopias del acta que se le entregaron. Y es que si éstas presentaban algunas zonas oscuras y otras cortadas tenía que ponerlo en conocimiento de la Sala. Y si en las nuevas fotocopias no se corregían las deficiencias denunciadas debido a que, según la secretaría de la Sala, carecían de medios técnicos para confeccionar unas fotocopias de mayor calidad, siempre le quedaba a la parte la opción de copiar a mano los datos concretos del acta que le interesaban y complementar o suplir de esa forma la carencia de medios que, según se da a entender, sufría el Tribunal.

Lo que no cabe, obviamente, es que debido a las deficiencias de unas fotocopias del acta de la vista oral del juicio se declare la nulidad de actuaciones y se retrotraiga el trámite procesal a un momento precedente para volver a sustanciar el recurso. Antes de ello, tal como se ha argumentado, la parte tenía varias medidas alternativas que podían suplir las deficiencias de que ahora se queja.

Así las cosas, se desestima el presente motivo de impugnación». (F. J. 1º)

PRUEBA. Documental por reproducida.

Recurso: Casación nº 2766/2009

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 644/2010 de fecha 28/05/2010

«Considera el Fiscal estos documentos debieron ser valorados por la Audiencia aunque en el juicio oral las partes sólo los haya dado por reproducidos y que la no valoración de los mismos "no sólo se refiere al delito de blanqueo de capitales, sino también al delito de estafa informática,

propuesto alternativamente por la acusación pública". El Fiscal concluye proponiendo la inclusión en el hecho probado de las siguientes circunstancias:

....

El recurso debe ser desestimado.

1. De acuerdo con lo establecido en el art. 741 LECr el Tribunal debe dictar sentencia sobre la base de las pruebas producidas en el juicio, es decir sometidas al principio de publicidad, de oralidad y de contradicción. Estos extremos sólo se cumplen cuando la prueba documental es introducida por alguno de los procedimientos previsto en la ley y leída para que tomo estado público. Un documento no leído no cumple con el principio de oralidad y, consecuentemente tampoco con el publicidad. Por lo tanto, en la medida en la que los documentos no fueron introducidos en el juicio por los procedimientos previsto en la LECr, no pueden ser invocados en el recurso de casación por la vía del art. 849,2º LECr». (F. J. Único)

PRUEBA. Documento electrónico.

Recurso: Casación nº 442/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1066/2009 de fecha 04/11/2009

«...Para redactar el acta no se utilizó papel escrito. Su contenido se introdujo, mediante las teclas del tabulador, directamente y se imprimió en la memoria o disco duro del ordenador que es el que hacía las veces de documento soporte a los efectos de reflejar lo sucedido en las sesiones del juicio oral.

7.- El artículo 26 del Código Penal extiende la categoría o concepto del documento tradicional. Considera como tal todo soporte material que exprese o incorpore datos hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Por tanto, el disco duro de un aparato informático es, en sí mismo, el documento original y su traslación a papel una fase técnica posterior que, mientras no se generalice la firma electrónica, será necesaria para insertar las firmas de todas las personas intervinientes en el juicio. Luego, la segunda reproducción obtenida en papel, mantiene la identidad y originalidad del disco duro que es el verdadero documento válido.

8.- La incorporación de estos instrumentos documentales a nuestro sistema procesal se inició de forma expresa por la Ley Enjuiciamiento Civil 7 enero 2000. Su artículo 135.5º establece que: cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos se pueden utilizar siempre que quede garantizada la autenticidad. El artículo 146.2º, al referirse a la documentación de las actuaciones que, conforme a esta Ley, hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y

reproducción, el acta se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidentes que no pudieran constar en aquel soporte. Por ello, y a sensu contrario, es evidente que si el soporte es apto para recogerlas, habrá que incluirlas.

9.- El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ratifica esta tendencia al establecer que “los documentos emitidos por los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte”. Añade, que gozarán de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Su aceptación depende de la incuestionable autenticidad técnica del soporte físico en que se encuentre su contenido. La veracidad y autenticidad de la reproducción de los impulsos electromagnéticos incorporados al disco duro durante la transcripción de lo acontecido en el juicio oral, está por encima de toda sospecha.

10.- El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnología de la documentación e información. Cualquier sistema que permita incorporar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en el soporte magnético. Se trata de una realidad social que el derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las "neuronas tecnológicas", de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito. El documento electrónico adquiere, según sus formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información consagra la validez del contacto electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales». (F. J. 1º)

PRUEBA. Doctrina de la conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 1471/2009

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 529/2010 de fecha 24/05/2010

«...podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la “desconexión de antijuricidad”:

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse, o en el caso de ser sumarial ratificarse, en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.

Requisitos los anteriores sin duda estrictos pues no debemos olvidar que nos hallamos, ni más ni menos, ante un mecanismo que procura la convalidación del valor probatorio de las consecuencias derivadas de diligencias llevadas a cabo con vulneración de derechos fundamentales. (F. J. 3º)

Pues bien, sentado todo lo anterior, en las presentes actuaciones, como ya se pudo comprobar con la lectura de la resumida historia procesal de las mismas, nos hallamos ante unas confesiones que:

a) Se producen en fase sumarial, ante la Policía y luego reiteradas en el Juzgado, pero a escasísimas fechas, entre uno y tres días, de la detención de los diferentes declarantes, encontrándose éstos aún en esa situación de privación de libertad y cuando ni ellos ni sus Abogados, en su mayor parte designados de oficio, podían ser conocedores del contenido de unas diligencias que se habían mantenido en secreto para las partes, de modo que ignoraban incluso la existencia de las intervenciones telefónicas a través de las que se obtuvo la información para realizar los diversos registros, intervenciones personales y, en definitiva, las ocupaciones de substancias y efectos que en esas declaraciones se admiten, intervenciones que posteriormente habrían de ser tenidas por nulas por la Audiencia a causa de las graves irregularidades de su práctica, con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

b) No son ratificadas en el acto del Juicio oral, haciendo uso los recurrentes de su derecho a no declarar, a pesar de lo cual son incorporadas al acervo probatorio por el Tribunal “a quo”, con el importantísimo efecto subsanatorio de la infracción constitucional que se les atribuyó, mediante su lectura en el acto del Juicio, al entender que nos hallamos ante un supuesto

de declaraciones contradictorias del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Declaraciones sumariales que se utilizan, finalmente, como pruebas de cargo esenciales, pero tan sólo respecto de aquel contenido, la admisión de la posesión de las substancias y efectos ocupados, útil para la construcción de una versión de los hechos inculpativa, excluyendo el resto de las manifestaciones efectuadas, de carácter exculpativo, como el destino de las drogas ocupadas al propio auto consumo de su poseedor

Circunstancias, en definitiva, todas la anteriormente consignadas que, como puede apreciarse, pugnan con las exigencias que, en una materia tan necesitada de estricto tratamiento por su excepcionalidad, ha venido estableciendo, en ocasiones quizá de forma algo dispersa, la doctrina de esta Sala y que ha quedado expuesta en los Fundamentos Jurídicos anteriores, alcanzándose así la conclusión de la ausencia de valor probatorio, sustitutivo del de las intervenciones telefónicas y sus consecuencias ya declaradas nulas en la Resolución de instancia, de las declaraciones de confesión efectuadas por los recurrentes.

Por lo tanto hemos de convenir, concluyendo ya, en que, siguiendo la misma línea de razonamiento de la propia doctrina constitucional, la desvinculación absoluta de la confesión respecto de la anterior infracción del derecho fundamental ha de producirse también de forma categórica e incuestionable, sin duda alguna, con la plena constancia de que el propio interesado es consciente de los efectos de su declaración, pues eso supone la exclusión de todo vínculo jurídico pernicioso con la diligencia declarada nula y sólo así puede considerarse producida la referida desconexión». (F. J. 4º)

PRUEBA. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 1573/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 125/2010 de fecha 16/02/2010

«1.- El debate se centra en torno a lo que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha dado en denominar, utilizando una máxima, de contenido tecnológico, “conexión de antijuricidad”. Llama la atención sobre el hecho de que la sentencia admite que la incautación material de la droga se deriva de los datos obtenidos en las escuchas consideradas nulas. Ahora bien, destaca que la sentencia, salva el obstáculo probatorio acudiendo a las declaraciones autoinculpativas, algunas producidas en la fase de instrucción y otras en el momento del juicio oral.

(...)

5.- En el caso presente nos enfrentamos al siguiente panorama probatorio:

a) Unas escuchas telefónicas declaradas nulas por la Sala sentenciadora con el beneplácito del Ministerio Fiscal y que son la fuente de donde se obtienen todos los datos imprescindibles para detectar el automóvil que llevaba la droga, su detención y ocupación de la sustancia.

b) Estos datos objetivos están viciados por la nulidad de la fuente probatoria de donde emanan.

c) Las manifestaciones autoinculpatorias se producen de forma intermitente y contradictoria. Es decir, no nos encontramos ante un escenario en el que los protagonistas, conociendo que han sido escuchados ilegalmente, asesorados sobre su derecho a no declarar y de las consecuencias beneficiosas que de ello se derivarían, incluida su casi segura absolucón, deciden adoptar una postura autónoma.

d) Esta postura tiene que nacer de un conocimiento riguroso de todos los efectos que se derivarían del silencio y de la confesión. Por supuesto, la valoración se debe realizar en un marco ausente de cualquier atisbo de coacción u ofrecimiento de ventaja procesal y ser el resultado de una reflexión meditada del autor que, valorando todo este panorama, decide, no obstante colaborar con la justicia, confesar los hechos y admitir la pena. En este caso diez años de prisión.

6.- El Ministerio Fiscal, en su completo y magnífico informe, introduce en el debate las fuentes originarias de la doctrina de la fuente independiente y desconectada de cualquier atisbo de ilicitud, citando doctrina emanada de la jurisprudencia norteamericana en la que está arraigada la excepción del nexo causal atenuado (atenuante de connection principie o puiget tainf) que pudiera ser la fuente de inspiración de la teoría de la conexión de antijuricidad de nuestro Tribunal Constitucional. Tal excepción se ha predicado especialmente de la confesión voluntaria: la voluntariedad de tal declaración la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental (Sentencia recaída en el caso Wong Sun v. United States).

7.- Si tenemos en cuenta que la jurisprudencia norteamericana parte del examen del caso concreto que no puede generalizarse de forma automática si no se da una coincidencia o semejanza muy acentuada con el supuesto al que se quiere aplicar, nos incumbe la tarea de examinar, en el caso presente, sí, admitiendo la ilicitud insubsanable de la vulneración de un derecho tan fundamental como el secreto de las comunicaciones, la actuación posterior de los afectados que han padecido la lesión de su derecho fundamental está desconectada causalmente de la actitud que les lleva a la confesión de los hechos. Ya hemos señalado que, en nuestro caso, es evidente que no existe una voluntad clara constante y firme.

8.- Existe, además, otra diferencia genérica con el sistema norteamericano o anglosajón en el que se admite la autodefensa, frente al nuestro que impone la asistencia letrada. No se puede dejar en manos de un letrado, por muy técnico en derecho que sea, la decisión de permitir, sin las

advertencias y debidos asesoramientos jurídicos, la autoimputación de un hecho que lleva aparejada una pena grave. El sistema no puede permanecer indiferente ante la posible inhabilidad técnica o el consejo perjudicial que puede emanar del director técnico y llevar a una confesión de consecuencias extremadamente gravosas. El sistema invierte los términos y corresponde a los órganos encargados, en primer lugar de la investigación y así el juez instructor debe comunicar personal y directamente a la persona implicada cuál es el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa y advertirle de los derechos constitucionales que le eximen de la obligación de declarar contra sí mismo o confesarse culpable, ilustrándole de su situación procesal con detalle, advirtiéndole de la posible declaración de nulidad de las escuchas telefónicas, si se lleva a efecto en dicha fase, para que, a la vista de todas las posibilidades, pueda, de forma suficientemente informada, declarar o no.

9.- En todo caso, la ilicitud constitucional de la fuente originaria de prueba plantea, por sí misma, la posibilidad de abrir la fase de interrogatorio apoyándose en los datos obtenidos de una prueba viciada de inconstitucionalidad. Es evidente que el instructor carecería de base fáctica o antecedentes para formular las preguntas si se procede a una extirpación radical del fruto envenenado. La coherencia lógica de todo proceso gradual de investigación nos obliga a mantener la tesis más constitucionalmente adecuada que nos lleva a establecer la imposibilidad de utilizar el material viciado. Sólo en el caso de que, obviando este bagaje, pudiera aparecer un hecho nuevo y absolutamente desconectado de lo anterior que pudiera servir de nuevo hilo conductor para orientar la investigación, podría valorar el contenido de este material probatorio. Respetando la doctrina mayoritaria de la Sala sobre la prueba independiente, debemos extremar las cautelas y el rigor para evitar cualquier efecto, aunque sea remoto, del producto nocivo de la investigación anulada.

10.- En una reciente sentencia de esta Sala (STS 16 de Diciembre de 2009) se reitera la doctrina que se viene manteniendo en los casos de anulación de escuchas telefónicas. Se recuerda que "Anulada la investigación en cuanto se basó en las intervenciones telefónicas, las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales están afectadas por la prohibición de valoración que resulta ya del mismo reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución y de la necesidad de protección eficaz de los mismos y que expresamente aparece recogida en el artículo 11.1 de la LOPJ.

En consecuencia la condena de los recurrentes, incluido quien no alegó la vulneración del derecho, así como quien se adhirió a los recursos interpuestos vulnera el derecho a la presunción de inocencia, que, como hemos reiterado, implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley ...". (F. J. 2º)

PRUEBA. Juicios de inferencia: revisión casacional.

Recurso: Casación nº 274/2009
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 1037/2009 de fecha 20/10/2009

«...Pues bien, la revisión en sede casacional de los juicios de inferencia a que haya llegado el Tribunal de instancia puede efectuarse desde el respeto al factum, en tres casos:

a) Siempre que el recurrente en casación ofrezca datos y elementos suficientes para destruir la conclusión alcanzada en la instancia, y sustituirla por la que se postula.

b) Cuando el juicio de inferencia sea contrario a las reglas de la lógica, máximas de experiencia o principios científicos y

c) Cuando no dependan de la inmediación que sí tuvo el Tribunal sentenciador, pero de la que carece esta Sala de casación, y aún en este caso siempre que no exista una motivación razonable, ya que la inmediación no puede convertirse en una coartada para no motivar.

Desde la doctrina expuesta, comprobamos que el Tribunal sentenciador, construyó el juicio de inferencia que le llevó a la tesis absolutoria vía aplicación del principio in dubio pro reo, de una manera explícita y concreta sin eludir el hecho, reconocido en la motivación, de que alguno de los archivos tenía una denominación que "cualquiera" pudiera haber identificado como de contenido pedófilo.

Este dato que se encuentra en la motivación, unido a la posibilidad de previsualización es lo que le hace decir al Ministerio Fiscal que la conclusión de la instancia es irrazonable, sin embargo comprobamos en este control casacional que integrando ese dato de la denominación de algunos archivos en el resto de los datos analizados en la sentencia, no cuestiona la razonabilidad de toda la argumentación, máxime si se tiene en cuenta que el tema de la previsualización es una posibilidad que se puede utilizar o no, y no consta que el recurrido previsualizara los archivos que se descargaba. Más aún, la testifical y la propia declaración de Esteban es que no examinaba los archivos que se descargaba.

Es en este escenario que el Tribunal aludió a la duda que le surgió sobre la reprochabilidad de la conducta, duda que resolvió con aplicación del principio in dubio pro reo.

Hemos dicho con frecuencia que este principio no le obliga al Tribunal a dudar, y que solo se vulnera cuando exteriorizada la duda, el Tribunal opta por la condena. No es este el caso de autos, pero avanzando en el control casacional, y precisamente en el papel de garante de la razonabilidad de la resolución examinada, debemos orientar nuestra reflexión en un doble sentido:

a) Una duda solo es razonable si está razonada y

b) El Tribunal de instancia no dudó, pero ¿debió dudar a la vista de la argumentación que sostiene la duda?

En el presente caso, el Tribunal razonó convincentemente los porqués de su decisión absolutoria que, en resumen se concentran en que no pudo arribar a la certeza del conocimiento y consentimiento del recurrente de descargarse los archivos pedófilos que se le encontraron». (F. J. 4º)

PRUEBA. Pericial psicológica. Menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

Recurso: Casación nº 1447/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 587/2010 de fecha 27/05/2010

«... cuando se trata de víctimas menores de edad, singularmente contra la libertad sexual resulta necesario que el menor, al menos una vez narre ante el Juez lo que ocurrió.

En el caso de autos tal exploración se produjo en la instrucción, pero su contenido careció de relevancia penal, y en esa situación hay que convenir que no existió prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia». (F. J. 4º)

PRUEBA. Prueba anticipada y prueba preconstituida. Diferencias.

Recurso: Casación nº 10446/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1375/2009 de fecha 28/12/2009

«Como ha declarado la STS 96/2009, de 10 de marzo, hemos de concretar debidamente el ámbito de lo que se entiende como prueba anticipada y preconstituida, como consecuencia de la imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral. La Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio juicio oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada "prueba anticipada en sentido propio". Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado 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 tiene en el Procedimiento Abreviado su

correspondencia en los arts 781-1 apartado 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 uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás, se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como "prueba preconstituida". Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces, se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" 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. Se llame de una o de otra forma, este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén 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 dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: 1) En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual "cuando por razón de 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 es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación 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 quizás la secular falta de medios de la Justicia española, por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; 2) 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 condicionante: 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 –salvo el supuesto del art. 449– y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuánto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituída 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 además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone 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 pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. (F. J. 2º)

Por las razones expresadas, el motivo no puede ser estimado, en tanto que la prueba se practicó en condiciones de regularidad procesal, y es la solución que el legislador ha previsto para estos casos en el art. 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto al que se acomoda el nuevo art. 448, modificado por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuyas exigencias ya venían siendo requeridas por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo». (F. J. 3º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular.

Recurso: Casación nº 1142/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1328/2009 de fecha 30/12/2009

«..implica diferenciar, a efectos del art. 11.1 LOPJ. un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, y otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos

efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE).

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ.).

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación –la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“the tainted fruti) o, genéricamente, doctrina de los “frutos del árbol envenenado (The fruti o the poisonous tree doctrine), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, en base a los dispuesto en el art. 242 LOPJ. (SSTS. 22.4.99, 23.6.99) y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.

Al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscricción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente

corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado». (F. J. 2º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Inexistencia de autonomía entre registro nulo y confesión.

Recurso: Casación nº 10375/2009 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1279/2009 de fecha 10/12/2009

«..El proceder policial que se ha relatado es, desde luego, constitucional y legalmente incorrecto, ya que evidencia que J. J. G. era la persona objeto de interés y el realmente investigado; y, además, no resultaba en absoluto ilocalizable: la detención que siguió demuestra justamente lo contrario. De esto se sigue que los funcionarios podrían haber recabado directamente de él la autorización para el primer registro, como morador y afectado (arts 18,2 CE y 559 Lecrim) y, de no obtenerla, acudido al Juez de Instrucción. También es claro que en el caso de la segunda diligencia, puesto que buscaban sustancias ilegales o materiales para su elaboración que se presumía de la pertenencia del mismo, ya detenido, deberían haber practicado con él la diligencia, que es lo que exige reiterada y bien conocida jurisprudencia de esta sala.

No hicieron ninguna de las dos cosas, utilizando lo que es una vía oblicua para sortear dos garantías constitucionales de preceptivo cumplimiento; y así las actuaciones de referencia están afectadas de patente ilegitimidad y su resultado no sería utilizable con fines probatorios (art. 11,1 LOPJ).

Así las cosas, se trata de ver si la confesión del acusado en comisaría y ante el instructor, desmentida en la vista, que la Audiencia tuvo en cuenta para fundar la condena, y cuya validez defiende también el Fiscal, puede o no producir el efecto que se le atribuye.

Y en este punto, hay que estar a lo declarado por esta sala en sentencias como la de nº 1129/2006, de 15 de noviembre, en supuestos del género. En tales resoluciones se recuerda que el Tribunal Constitucional reconoce la validez de la confesión del imputado, siempre que se haya prestado con libertad y todas las garantías de defensa. Y, al respecto, se ha entendido que tales circunstancias se dan cuando la confesión se produce en el juicio oral, porque allí el interesado conoce ya tanto las pruebas de la

acusación como las que le asisten, y ha podido formar criterio acerca la validez de las primeras y asesorarse al respecto, en particular, sobre la posible invalidez de alguna de aquéllas y las eventuales consecuencias. Por lo que, en presencia de tales condiciones, la confesión podría considerarse el resultado de una decisión bien formada y libre. Algo que no ocurre cuando se trata de declaraciones policiales y sumariales temporalmente cercanas al hecho, producidas a partir de la realización de una diligencia de investigación o de una prueba connotada de ilegitimidad. Pues, en tales casos, la propia existencia física del cuerpo del delito ilícitamente obtenido condiciona la declaración del imputado, que tiene, así, que articular su defensa partiendo de datos que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar.

En el supuesto a examen, es claro, pues el propio modo de operar de la Audiencia lo pone de manifiesto, tanto la droga de que se habla en los hechos como el objeto posteriormente aprehendido lo fueron de espaldas a las exigencias procesales que se derivan de las normas citadas, según se ha dicho. Y, siendo así, y dado que, como resulta de lo que acaba de decirse, la confesión del que recurre se produjo en la inmediatez cronológica de esa incautación y, por tanto, en condiciones que, por lo también expuesto, debe considerarse, limitaron su capacidad de información y de criterio y su autonomía de juicio, la confesión (rectificada en la vista) no puede considerarse válida y eficaz a efectos autoinculpatorios. De este modo, por imperativo de lo que dispone el art. 11,1 LOPJ, hay que concluir que los elementos de cargo obtenidos lo fueron con vulneración del derecho fundamental a la intimidad del domicilio, de manera ilegítima, por tanto, y carecen de aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia.

Es por lo que el motivo tiene que estimarse». (F. J. 1º)

PRUEBA. Prueba fonométrica.

**Recurso: Casación nº 11067/2009 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 406/2010 de fecha 11/05/2010**

«...Con referencia a la objeción de no haberse realizado prueba fonométrica de análisis de voz con el fin de someter a contradicción tal prueba, la doctrina de esta Sala –vid. SS. 924/2009 de 7.10, 705/2005 de 6.6) en orden a la alegación de la falta de prueba fonométrica de reconocimiento de voces, que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con

la averación por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1.

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia, o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, (SSTS. 163/2003 de 7.2, 595/2008 de 29.9, que recuerda “en cuanto a la identificación de la voz, baste decir que no constituye una diligencia obligada en el desarrollo del proceso, por cuanto –con independencia de que cuando las cintas son oídas en el juicio oral, como es el caso, el Tribunal puede llevar a cabo su particular valoración sobre dicha cuestión-, la identificación de las personas que intervienen en las conversaciones intervenidas puede llevarse a cabo por otros medios distintos de las pruebas fonográficas, como pueden ser los seguimientos policiales que sean consecuencia de dichas conversaciones, e, incluso, por el propio reconocimiento explícito o implícito, del propio interesado, al dar las explicaciones que estime pertinentes sobre su contenido”, o STS. 2384/2001 de 7.12, en el sentido de que: “el recurrente está criticando y negando la posibilidad de que la Sala sentenciadora efectúe por sí misma, en virtud de la inmediación propia del Plenario valoraciones y alcance conclusiones relevantes para la resolución del caso. Es evidente que la inmediación no es solo estar presente, sino entender, percibir, asimilar, verificar en definitiva formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre todo lo dicho, notando las reacciones y gestos de todos, singularmente de los inculcados, por ello, lo que se critica supone precisamente la manifestación más propia de la inmediación judicial como es verificar que la voz escuchada en una cinta, coincide con lo escuchado directamente de una persona en el Plenario, y concluir con la afirmación de pertenecer a la misma persona. Ello sin perjuicio de que pudiera haberse propuesto la pericial de reconocimiento de voz, lo que no se efectuó por ninguna de las partes ni en concreto por la defensa de la recurrente”». (F. J. 11º)

PRUEBA. Reconocimiento fotográfico. Doctrina sobre su valor probatorio.

Recurso: Casación nº 46/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 617/2010 de fecha 24/06/2010

«En efecto, sobre la operatividad procesal y la eficacia probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico policial, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1500/1992, 1162/97, 140/2000, 1638/2001, 683/2002, 486/2003,

875/2004, 1353/2005 y 994/2007) tiene establecida una doctrina general que se sintetiza en los siguientes apartados:

1º. Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del criminal.

3º. La Policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Y como recuerda nuestra STS de 30-12-2009, nº 1386/2009, la STS 503/2008, de 17 de julio (caso del atentado terrorista del "11 M"), argumenta que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

Y más adelante, en la misma sentencia 503/2008, se precisa que "la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del

sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción". En esa misma sentencia se recuerda que "esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediatez, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado.

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", así como con el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor". En su sentencia 340/2005, de 20 de diciembre, admite el Tribunal Constitucional "la posibilidad de que el resultado de la identificación fotográfica sea llevado a juicio a través de otros medios de prueba (en el caso, la declaración testifical de la víctima del delito) que sean sometidos a los principios de inmediatez y contradicción. Sin embargo -sigue diciendo-, esta posibilidad la hemos calificado de "excepcional" y, como tal, no es ni puede ser incondicionada; desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, sino por razón al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación". Y en el mismo sentido se expresó la STC 36/1995, de 6 de febrero. El Tribunal Constitucional ha estimado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores (SSTC 323/1993 y 172/1997). Y esta Sala ha declarado también (SSTS 177/2003, de 5-2; y 1202/2003, de 22-9) que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación"». (F. J. 1º)

PRUEBA. Relación entre la negativa a declarar y el art. 730 LECrim.

Recurso: Casación nº 2209/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 160/2010 de fecha 05/03/2010

«.- 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, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

- Se impide 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.

- 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, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 Lecrim que no está comprendido en el arto 730 LECrim. Llamar a la negativa a declarar "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.

Argumentos a los que puede añadirse que la lectura de la declaración sumarial al amparo del art. 730 LECrim. presupone que ésta haya sido prestada con todas las garantías y de acuerdo con las prescripciones señaladas en la Ley, lo que en el caso presente no sucedería, al no haber sido advertida la testigo en aquella declaración sumarial de la dispensa del art. 416.1 LECrim». (F. J. 3º)

PRUEBA. Testifical. Art. 416 LECrim., declaración de la víctima: doctrina.

Recurso: Casación nº 10615/2009 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 17/2010 de fecha 26/01/2010

«...La Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto. En suma: no se presenta aquí el problema, que ha ocupado últimamente a la teoría y la práctica, del valor de la declaración de una persona que pudiendo haberse abstenido de declarar como testigo, efectúa no obstante una declaración ante la instrucción, pero ejerce en el juicio el derecho que le acuerda el art. 416,1º LECr (véase también la reciente STS nº 101/2008, de 20 de febrero).

No menor importancia tiene la todavía más reciente STS nº 13/2009, de 20 de enero, cuando señala que 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. (F. J. 3º)

(...)

La Jurisprudencia más reciente de esta Sala (véanse S.S.T.S. de 27 de enero y 10 de febrero de 2.009) ha establecido la imposibilidad de valorar la declaración inculpativa sumarial como prueba de cargo, si la testigo no declara en el juicio oral amparándose en el art. 416 L.E.Cr., y subraya que 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 inculpativa. 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. En particular, rechaza la incorporación al debate procesal practicado en el acto de la vista de las previas declaraciones sumariales inculpativas por la vía del art. 714 L.E.Cr., señalando que este precepto está justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que ofrezca el testigo sobre las contradicciones entre lo manifestado ante el Juez de Instrucción y lo manifestado en el juicio, pero es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar no declara y nada dice en el Juicio Oral, ninguna contradicción cabe apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega respecto a lo declarado en el sumario». (F. J. 5º)

PRUEBA. Testifical. Declaración de coimputado ya juzgado.

Recurso: Casación nº 10261/2009 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1094/2009 de fecha 19/10/2009

«..1.- Esta Sala se ha planteado en varias ocasiones la naturaleza de la declaración prestada en Juicio Oral en que se acusa a otro participante en el mismo delito por el que el declarante ya fué juzgado y condenado en Juicio anterior. Y es lo cierto que varias resoluciones han originado distintas valoraciones. Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 7 de enero de 2009 en unas se ha considerado que no es coimputado el que declara sobre otro después de haber sido ya juzgado, y en otras sentencias se ha dicho que el status de coimputado debe en todo caso ser mantenido. Al primer criterio se adscriben entre otras las Sentencias 1079/2000 de 19 de julio; 1268/2000 de 30 de octubre; y 168/2003 de 26 de febrero. En sentido contrario pueden citarse las Sentencias 1332/2004 de 11 de noviembre; y 1007/2007 de 23 de noviembre. Esta divergencia de interpretación quedó resuelta por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 que aprobó

considerar que "la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad". Criterio recogido ya en Sentencias posteriores de 7 de enero y 31 de marzo de 2009». (F. J. 4º)

PRUEBA. Testifical. Lectura de declaraciones de fallecidos.

Recurso: Casación nº 10481/2009 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1326/2009 de fecha 30/12/2009

«9. Respecto a los testigos fallecidos, cuyo testimonio prestado en el sumario fue objeto de lectura en juicio oral, hemos de distinguir dos grupos: por un lado, el testimonio evacuado por el coimputado V. C. cuando todavía lo era, pero que falleció antes de celebrarse el primer juicio en esta causa (5 de julio 2001), siendo de su misma condición la testigo María Jesús J. B., y por otra parte el testimonio del coimputado que depuso en el plenario del primer juicio y que falleció antes del segundo, leyéndose no sólo lo declarado en la fase sumarial, sino el testimonio evacuado en el plenario del primer juicio (art. 730 L.E.Cr.).

Las garantías que serían precisas para valorar la prueba, sin perjuicio de la convicción que el juez pueda formar sobre su veracidad, han sido puestas de relieve por la doctrina del Tribunal Constitucional y por esta Sala.

Así el T.C. y el T.S. ha señalado cuatro requisitos "sine quibus non", que deben concurrir necesariamente para que una declaración prestada sólo en fase de instrucción por un testigo o coimputado, en el juicio oral pueda servir como prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia (la llamada prueba preconstituida):

1) El primero tiene un carácter material y exige que sea imposible la reproducción de la declaración testifical en el juicio oral.

2) Al segundo se le califica de subjetivo y precisa que en la declaración sumarial haya intervenido el juez de instrucción.

3) La tercera condición necesaria para poder valorar como prueba una declaración prestada sólo en la fase de instrucción, tiene un carácter objetivo y consiste en que se haya garantizado la posibilidad de contradicción, esto es, la viabilidad de que pueda ser interrogado por las diferentes partes en fase de investigación judicial.

4) La cuarta y última condición se califica de formal y requiere que se haya introducido en el juicio oral el contenido de la declaración sumarial a

través de la lectura del acta en la que se documenta, conforme a lo previsto en el art. 730 L.E.Cr». (F. J. 1º)

PRUEBA. Testigos protegidos: Doctrina TEDH.

Recurso: Casación nº 2816/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 649/2010 de fecha 18/06/2010

«2. El tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: el descubrimiento de la identidad del testigo y la forma más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la vista oral del juicio.

En cuanto al primero aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos de primera magnitud, tanto de su persona como de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

Y en lo que respecta a la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido muestre su deseo de no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se

puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal.

Dentro, pues, de la categoría general de testigos protegidos pueden distinguirse dos subcategorías en orden al nivel de protección: los testigos anónimos, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos ocultos, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales.

En la subcategoría de los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes, que es lo que al parecer ha sucedido en el caso que ahora se enjuicia.

Dentro de la subcategoría de los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído, que fue la forma en que declaró el testigo protegido en esta causa. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o y diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.

(...)

3. Del examen conjunto de los precedentes jurisprudenciales que se han venido exponiendo, tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y de esta Sala, se colige que la vulneración de las garantías y sus consecuencias son notablemente diferentes cuando se trata de un supuesto de testigos anónimos que cuando se contempla un caso de testigos ocultos. En los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, ya que no es fácil acudir a modulaciones valorativas de algo que aparece dañado de raíz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo. Sin perjuicio, claro está, de que la condena pueda apoyarse en otras pruebas incriminatorias

que contengan entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, tal como sucedió en la STS 828/2005, de 27 de junio.

En cambio, cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de inmediación. En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio.

4. La traslación de las pautas y criterios que se han reseñado al caso concreto que ahora se juzga aboca necesariamente a la ineficacia del testimonio prestado por el testigo protegido. Ello es así porque se está ante un supuesto en que no sólo se le ha privado a las defensas de conocer la identidad del principal testigo de cargo, impidiéndoles así verificar la credibilidad y fiabilidad de sus manifestaciones, sino que además el testimonio fue practicado sin que el testigo pudiera ser visto ni percibido por ninguna de las partes ni por el propio Tribunal. El testigo declaró en una dependencia independiente de la Sala de vistas, según se comprueba en la grabación del juicio, y las partes sólo pudieron oír lo que decía el testigo protegido, pero no podían verlo en ningún momento, limitándose así de forma sustancial el principio de inmediación.

Se trata por tanto de un testigo anónimo y oculto, con la doble limitación que ello implica para la validez y eficacia del testimonio. A lo cual debe añadirse que tampoco la Sala ha expuesto en la sentencia las razones que pudieran justificar tal grado de excepcionalidad en la limitación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo viene a constatar que se está ante un testigo mayor de edad y no se han especificado amenazas ni conminaciones por parte de los acusados o personas allegadas a éstos.

Por lo demás, si se sopesa que en la STS 378/2009, de 27 de marzo, se consideraron ineficaces para operar como pruebas decisivas las declaraciones de tres menores de quince años de edad que comparecieron a deponer como testigos anónimos, pero no ocultos para las partes, en un juicio contra ocho componentes de una banda urbana, algunos de los cuales tenían antecedentes de homicidio, razones de coherencia axiológica exigen que en este caso se declare también la ineficacia del testimonio, puesto que el testigo de cargo no sólo no es menor sino que además depuso anónima y ocultamente para todas las partes». (F. J. 4º)

PRUEBA. Toma de muestras de ADN legalizada por Auto posterior.

Recurso: Casación nº 10661/2009 P
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez
Sentencia: nº 634/2010 de fecha 28/06/2010

«..El argumento es que la obtención de las muestras de ADN tendría que ser declarada nula, pues fue llevada a cabo directamente y de manera autónoma por la policía durante la detención del que ahora recurre, que no consta hubiera estado en ese momento asistido de intérprete ni de letrado.

Lo primero es decir que no le falta razón al recurrente en su denuncia de la irregularidad de la actuación, ya que hay buenas razones de legalidad procesal para exigir que intervenciones de esa clase se lleven a cabo en el ámbito estrictamente judicial, máxime cuando no concurren razones de urgencia. Pues, tal es en efecto, lo que resulta a contrario sensu de los arts. 363 y 778,3 Lecrim y del acuerdo de pleno de esta sala de 31 de enero de 2010, ya que en los primeros se requiere autorización judicial para la obtención del material biológico y en el tercero se faculta a la policía para la recogida por propia autoridad de las muestras biológicas abandonadas. Por tanto, en el supuesto contemplado, lo más legal sería haber acudido al juez.

Ahora bien, dicho esto, también hay que decir que el recurrente manifestó a la policía (folio 1073) tener algún conocimiento del castellano, y que la naturaleza de la diligencia de obtención de saliva mediante un frotis era tan explícita en cuanto a la finalidad perseguida, que no debió presentar para él dificultad alguna de comprensión. Por otra parte, se trata de una actuación mínimamente o nada invasiva, que reclama del afectado una colaboración bastante menos intensa, incluso, que la requerida por la prueba de alcoholemia, cuyos efectos prácticos en el proceso, en casos como el de que se trata, no tendrían que ser de menor entidad desde el punto de vista de la eventual eficacia inculpatoria de los datos así obtenidos. Que es lo que explica que el legislador en el caso de esta última, legalmente abordado de manera más sistemática, no haya estimado necesaria para su práctica la ponderación judicial.

Pues bien, así las cosas, si es cierto que no puede dejar de ponerse de manifiesto la irregularidad innecesariamente producida, también lo es que lo que consta documentado ilustra de manera suficiente acerca de una actitud conscientemente colaboradora del afectado. Y, en fin, aunque, tiene razón el Fiscal, la existencia de un auto del juzgado ordenando la toma de muestras de Panait para la determinación de su ADN, dictado cuatro días más tarde, no podría retroactuar transformando a posteriori el proceder policial en judicial, también lo es que, por lo razonado, sirvió para dotar de cobertura judicial a la realización del análisis, y, en fin, el coeficiente de irregularidad constatable no puede tener el alcance que pretende el recurrente, a tenor del grado de afectación de los derechos fundamentales en juego.

Es por lo que el motivo no debe acogerse». (F. J. 3º de I. P.)

PRUEBA. Valoración del testimonio de la víctima.

Recurso: Casación nº 265/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1139/2009 de fecha 30/10/2009

«1.- Sobre el valor probatorio de los testimonios de las víctimas esta Sala como recuerda la Sentencia 97/2009 de 9 de febrero viene repitiendo que tienen el valor de la prueba testifical y son hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia. No obstante cuando es única prueba de cargo exigen una cuidada y prudente valoración ponderando el testimonio a la luz de los siguientes criterios valorativos: A) ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes; B) verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima; C) persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones, lo que implica que sea: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; coherente y sin contradicciones entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones». (F. J. 2º)

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. El consentimiento de la mujer no excluye el tipo. Acuerdo del Pleno.

Recurso: Casación nº 1347/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 268/2010 de fecha 26/02/2010

«..El recurrente basa su queja casacional en que ha “decaído de facto” la medida de protección, por expresa disposición de la víctima, consistente en mantener relaciones sexuales en el vehículo del acusado.

De igual forma, el autor del recurso reprocha el carácter de tal delito como continuado, al criticarse que el hecho de acompañar a su pareja al hospital, pueda integrar tal continuidad delictiva. En este sentido, el motivo ha de ser estimado pues la continuidad delictiva no aparece suficientemente justificada en la resolución judicial recurrida, que por todo argumento expone que “... el acusado no hizo nada por evitarlo [se refiere al encuentro con su compañera sentimental] se pasea con Irene, la acompaña, suceden los hechos descritos e incluso permanece después en el hospital, durante varios días con ella...” No ha existido más que un solo encuentro, en donde el

acusado ha incumplido la orden judicial, sin que pueda predicarse de tal incumplimiento el hecho de acompañarla al hospital para la curación de sus heridas.

Ahora bien, respecto al delito tipificado en el art. 468.2 del Código penal, es lo cierto que consta en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida que mediante Sentencia firme de 15 de febrero de 2006, se condenó a Alexis L. R. por la comisión de un delito de amenazas (en el contexto de una relación de violencia de género), imponiéndole además de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la condena a la prohibición de aproximarse y comunicarse con Irene durante 16 meses, pena que habría extinguido el día 9 de junio de 2007, siéndolo notificada el propio día del fallo, 15 de febrero de 2006. El quebrantamiento tienen lugar el día 31 de octubre de 2006 (por error se dice 2008), de modo que se cumplen todos los requisitos del tipo penal, no pudiéndose atender las razones que el recurrente expone acerca del propio consentimiento de la víctima, pues hemos tomado el Acuerdo Plenario de fecha 25 de noviembre de 2008, en punto a la interpretación del art. 468 del Código penal, que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal”. Es claro que si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, en la medida de que no se trata de un interés individual.

En este sentido, la STS 39/2009, de 29 enero, que declara que la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal –que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla– pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre y núm. 69/2006, de 20 de enero).

Del propio modo, la STS 69/2006, de 20 enero, en donde se afirma que el consentimiento solamente podría apreciarse sobre la óptica de un error invencible de tipo.

Las condiciones psicológicas de la víctima, que se recogen en el tercero de los hechos probados, abundan la posición de la irrelevancia de tal consentimiento.

En consecuencia, el quebrantamiento de condena ha de afirmarse, pero no su continuidad delictiva». (F. J. 2º)

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Inexistencia de error por consentimiento de la persona favorecida por la medida de alejamiento

Recurso: Casación nº 10697/2009 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 61/2010 de fecha 28/01/2010

«..B) Cuestión distinta es el examen de si ese consentimiento –sin eficacia derogatoria respecto de la vigencia de la orden de alejamiento- pudo generar en Francisco Lerma un error de tipo que excluyera el dolo. Y también ahora hemos de llegar a una conclusión negativa. En efecto, el acusado conocía la vigencia de esa orden de alejamiento. Como tal le fue notificada por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Linares, en el marco de las DP núm. 897/2007.

La Sala no puede sino hacer suyo el razonamiento del Fiscal cuando recuerda que el acusado sabía –de hecho, así lo declaró en el juicio oral- que pesaba sobre él una orden de alejamiento que le impedía comunicarse o aproximarse a su mujer a menos de 200 metros, siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no las personas afectas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge.

En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.

Por todo ello, procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, así como del cuarto de los motivos de la acusación particular, con los efectos que luego se expresan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 13º)

RECURSO DE CASACIÓN. Control de la prueba indiciaria.

Recurso: Casación nº 359/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1064/2009 de fecha 23/10/2009

«La función del Tribunal Casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia. Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son: 1.º) Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la

participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2.º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero, se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación, impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente. Es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal «a quo», siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano. En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los

indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia». (F. J. 2º.1)

RECURSO DE CASACIÓN. Impugnación de Autos (Acuerdo del Pleno de 09/02/2005).

Recurso: Casación nº 1783/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 129/2010 de fecha 19/02/2010

«..En efecto, el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que “contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso”. Y ciertamente, así lo dispone el art. 636: “contra los autos de sobreseimiento sólo procederá en su caso el recurso de casación”. Ahora bien, retomando el párrafo segundo del expresado art. 848, “a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”.

Con objeto de clarificar la interpretación de estos preceptos en el ámbito del procedimiento penal abreviado que carece, como se sabe, de un auto de inculpación semejante al procesamiento, esta Sala, mediante Pleno no Jurisdiccional, de fecha 9 de febrero de 2005, en punto a la recurribilidad de los autos en casación, acordó lo siguiente: “los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1ª. Se trate de un auto de sobreseimiento libre.

2ª. 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.

3ª. Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.”

Ciertamente, no son discutibles en esta causa la concurrencia de las condiciones 1ª y 3ª, pero puede existir algún tipo de discrepancia en la concurrencia de la 2ª, como pone de manifiesto el autor de este recurso.

Ahora bien, el sentido y la letra de la ley, tanto en el art. 848, como en tal interpretación, es que se haya producido en algún momento un acto judicial de imputación, y sin embargo, con posterioridad, se haya dictado una resolución judicial de sobreseimiento libre. El diseño del legislador podría

haber sido otro desde luego, y no condicionar la recurribilidad en casación a la previa condición de que alguien se hallare procesado como culpable de un delito. Es decir, el legislador podría haber abierto la posibilidad, en cualquier caso en que se hubiera dictado un auto de sobreseimiento libre de la causa, de acceso a la casación, para que este Tribunal Supremo, por la vía autorizada en la infracción de ley, se pronunciara al respecto. No ha sido así, y aunque las razones no se han aclarado suficientemente, hay que entenderlas en el sentido de que la ley posibilita la intervención de esta Sala Casacional, concediendo este recurso, únicamente cuando exista alguna discrepancia judicial sobre la inexistencia de delito, pero no –desde luego– cuando sobre esta cuestión no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales que hayan podido entender sobre tal problemática. Dicho de otra manera: si todos los órganos judiciales no han tenido duda acerca de que los hechos investigados (hechos sumariales, dice concretamente la ley) no son constitutivos de delito, no puede acceder al Tribunal Supremo mediante un recurso extraordinario de casación. En suma, la condición legal fijada es bien clara: que alguien se hallare procesado como culpable de un delito (art. 848), pues en caso contrario, no es posible el recurso. Y para determinar si alguien “se hallare procesado” en el procedimiento abreviado, esta Sala ha declarado que debe haber “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”. Obsérvese que el Acuerdo es coincidente al contenido del art. 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, que una resolución que ordena impulsar el procedimiento mediante la apertura de la fase intermedia, o lo que es lo mismo, seguir con los trámites ordenados en el capítulo IV del Libro IV, tomando en consideración que esta decisión ha de contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan. En modo alguno se ha dictado una resolución judicial similar en estos autos. No basta, como parece alegar el recurrente, que se haya llevado “a cabo una investigación judicial”, y se haya acordado después “tal sobreseimiento”, sino que tiene que existir una resolución judicial equivalente a un procesamiento o acto de inculpación, cuyo fundamento de tal requisito no puede encontrarse más que en lo ya dicho más arriba, como medida de superación de una discrepancia judicial en la instancia acerca de la concurrencia de la causa de sobreseimiento libre, que este Tribunal Supremo dirimiría, porque, en caso contrario, no tendría sentido tal condición». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto sobre suspensión o sustitución de penas.

Recurso: Casación nº 572/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1038/2009 de fecha 03/11/2009

«...Establece el art. 848 de la LECrim., que "contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo

procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso".

En el vigente Código Penal, la suspensión de condena es exclusiva del Tribunal sentenciador que puede concederla o no, en virtud de resolución motivada, habiendo desaparecido la concesión por imperio de la Ley; coherentemente con ello, el Código Penal ya no prevé el recurso de casación citado. Lo mismo ocurre con la sustitución de la pena pues también se trata de una decisión discrecional ajena al control casacional de sus aspectos reglados.

Es oportuno recordar, en este sentido, la sentencia de 07-05-2002 nº 850 que nos dice: "el párrafo 10 del art. 848 LECrim sólo autoriza la casación por infracción de ley contra los autos definitivos de las Audiencias y los dictados en apelación por los Tribunales Superiores de justicia, en los supuestos expresamente establecidos, citándose como tales los relativos a cuestiones de competencia, a que se refieren los arts. 23, 31, 32, 35, 40 Y 43 de la LECrim, el derivado de la recusación mencionada en el art. 69 de la Ley procesal penal, el previsto en el art. 625 de la misma Ley, referente a la declaración del hecho falta, los especificados en el art. 676 de la LECrim, relativos a los artículos de previo pronunciamiento, declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción y amnistía e indulto y el supuesto de acumulación de penas que contempla el art. 988 de la Ley procesal penal. Ninguno de esos supuestos coincide con el caso aquí concernido. (STS 17-10-06).

Los autos resolutorios de un recurso de súplica, no están expresamente autorizados para ser objeto de recurso de casación y así lo tiene establecido esta Sala (SSTS de 13 de Marzo y 24 de Septiembre de 1997), y más recientemente por Auto de 22-10-0 1.

Este auto no es impugnabile en casación al no existir disposición legal alguna que autorice tal recurso. En efecto, el art. 848 de la Ley Procesal Penal exige previsión legal expresa para que sea admisible la recurribilidad en casación de un auto. Y esa previsión no existe en relación con los autos en virtud de los que se deniega la sustitución de penas (art. 88 y siguientes del Código Penal), por lo que frente a los mismos solo es posible recurrir en súplica, al tratarse de una ejecutoria de la Audiencia Provincial, recurso que utilizó inicialmente la parte, y que incide en la inadmisibilidad de la casación en la medida en que súplica y casación son recursos alternativos y nunca compatible (art. 237 LECrim)». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Ausencia de hechos probados (Art. 851.2º LECrim.).

Recurso: Casación nº 1096/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 24/2010 de fecha 01/02/2010

«Por último en cuanto al motivo previsto en el número dos del artículo 851, también alegado hemos de decir que la jurisprudencia de esta Sala ha elaborado los siguientes parámetros interpretativos de este motivo :a) que en las resoluciones judiciales han de constar los hechos que se estimen enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, con declaración expresa y terminante de los que se consideren acreditados; b) que, efectivamente, la carencia de hechos probados supone un serio obstáculo para llegar a un pronunciamiento condenatorio pues éste debe descansar sobre las razones jurídicas que califiquen aquellos hechos, aunque la Sala es muy dueña de redactar, del modo que estime más acertado, los acontecimientos que según su conciencia estime aseverados; c) que de igual modo el juzgador no tiene obligación de transcribir en sus fallos la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en las respectivas conclusiones; y d) que el vicio procesal existe indudablemente no sólo cuando la carencia sea absoluta sino también cuando la sentencia se limite a declarar genéricamente que no están probados los hechos, base de la acusación.

En este sentido la STS. 643/2009 de 18.6 recordó que no basta la expresión de que no han quedado probados los hechos alegados por las acusaciones pues lo que sanciona el art. 851.2 LECrim. es el que en la sentencia no se consigne la premisa mayor que describa, precisa, clara y terminantemente, los hechos que el Tribunal estime justificados de manera que puedan servir de base a la posterior calificación jurídica acerca de la tipicidad o atipicidad de los hechos relatados y apreciados en conciencia, o, lo que es lo mismo, para dictar la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria, pues la ausencia de tal narración haría que quedase sin base primaria el silogismo de la sentencia y haría que el proceso racional y lógico que se constituye, quedase fáctica y jurídicamente incompleto, de manera que, cuando de la simple lectura de la sentencia recurrida aparezca que en los hechos probados se relatan, extractadamente, los contenidos en las conclusiones definitivas de las acusaciones, añadiendo que no consta que los hechos se desarrollasen en la forma sostenida por ellos, es claro que la sentencia incidirá en el vicio o defecto procesal denunciado en ambos Recursos, aunque resulta incuestionable que no puede pretenderse que la Sala refleje datos, extremos o acontecimientos cuya probanza no ha alcanzado cotas de acreditación suficiente para convencerla de su realidad o constancia; pues a pesar de la redacción del art. 851.2 LECrim. una interpretación lógica del precepto y no puramente literal, solo cabe deducir que la norma es aplicable en aquellos supuestos en que existen algunos (aunque fueran mínimos) hechos que han sido realmente probados, pero no puede exigirse cuando, de la prueba practicada, no puede deducirse ni uno solo de los que sirvan de base a la acusación, pensar lo contrario, sería tanto como caer en el absurdo de obligar a los Tribunales de instancia a faltar a la verdad en la narración histórica de los hechos, haciendo constar como probados situaciones fácticas que de ningún modo han obtenido, según su criterio, la categoría de verdad inculpatoria, pero, salvo este excepcional supuesto, lo que, por el contrario, si es exigible y está en la esencia del Derecho a la tutela efectiva que debe empapar toda actividad jurisdiccional, es el deber impuesto a los órganos judiciales de exponer en términos

positivos, con claridad y congruencia los hechos que se consideran probados pues ellos constituyen el presupuesto básico de una adecuada calificación jurídica, la cual, a través de un concordante desarrollo argumental motivado, tiene por destinatarios inmediatos a los justiciables y, de modo general, al resto de los ciudadanos». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Contradicción fáctica.

Recurso: Casación nº 2546/2009

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 524/2010 de fecha 31/05/2010

«...Con apoyo en el art. 851,1º Lecrim, se ha denunciado quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia. En apoyo de esta afirmación se argumenta que la resolución recurrida está aquejada de verdaderas incongruencias, que guardan relación con una deficiente apreciación de la prueba. Y se llama la atención sobre el aserto del relato de la sala según el cual el acusado obró “con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial ilícito y sabedor de que no iba a realizar la prestación contratada”. A pesar de lo cual, luego, en los fundamentos de derecho se sostiene que aquél actuó sin engaño.

Es bien sabido que a través de este cauce sólo cabe alegar la contradicción interna a los propios hechos, que se dará cuando éstos, debido a la concurrencia de este vicio de orden lógico, contengan asertos que guarden entre sí una relación de antagonismo, porque afirmen y nieguen algo como producido, al mismo tiempo. Es por lo que la objeción que acaba de expresarse no tendría viabilidad como motivo de quebrantamiento de forma, si es que sólo se hubiera dado en los términos que el recurrente pone de manifiesto.

Ahora bien, a pesar del modo en que aparece formulado el motivo, y aunque la contradicción aparezca sobre todo entre los hechos y los fundamentos, lo cierto es que los primeros sí están claramente aquejados de un defecto que constituye quebrantamiento de forma a tenor del art. 851,1º Lecrim, por su patente falta de claridad.

En efecto, pues, según se ha puesto de relieve, la sala de instancia atribuye al acusado, claramente y de forma explícita, haber actuado frente a su contraparte animado por el único propósito de hacerse con su dinero sin pensar en construir, y por tanto sin entregarles el piso que ellos tenían interés en adquirir y que fue objeto del contrato. Y luego hace lo mismo al hablar de la compraventa de las plazas de garaje.

Por otra parte, en el apartado sexto del relato se informa de que la construcción se habría llevado a cabo, pero que la entrega de los inmuebles no ha tenido lugar y tampoco la devolución del dinero.

Es verdad que, como se ha dicho, la previsión del art. 851,1º Lecrim versa sobre una irregularidad que debe resultar de los hechos mismos, sin necesidad de acudir a los fundamentos de derecho. Pero no puede perderse de vista que la sentencia es una unidad y que aquéllos deben guardar una relación de sentido con éstos.

Pues bien, así las cosas, como se ha visto, los hechos presentan de manera objetivamente confusa elementos de hecho susceptibles de subsumirse en diferentes tipos de delito (estafa y apropiación indebida), construyendo en su conjunto un supuesto ambiguo y falto de claridad. Y el tratamiento de éste en los fundamentos jurídicos de la sentencia, confirma que, en efecto, así es.

En consecuencia, debe estimarse el motivo». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Momento para solicitar un contraanálisis.

Recurso: Casación nº 163/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 594/2010 de fecha 18/06/2010

«Corresponde comenzar el examen del recurso por el motivo primero de quebrantamiento de forma que denuncia la denegación de una diligencia de prueba que estimaba pertinente.

1.- Considera que ha existido error en la valoración cuantitativa de la sustancia intervenida, por lo que consideró necesaria una pericia complementaria y contradictoria que demostrase el error en el que habían incurrido los laboratorios oficiales que habían realizado el pesaje y el análisis cuantitativo y cualitativo. Al habersele denegado esta petición, sostiene que se ha vulnerado su derecho a un juicio con todas las garantías, a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa y, consiguientemente, se le ha privado de la tutela judicial efectiva en la interpretación que le concede el recurrente.

2.- Recuerda que su defensa impugnó, en el momento procesal oportuno (escrito de conclusiones provisionales), el contenido del informe pericial realizado por el Laboratorio de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, y se solicitó la práctica de contraanálisis, justificando los motivos de la petición. Se basaba en que las personas que habían realizado los análisis habían incurrido en errores, como confundir la cocaína con los adulterantes. Acompañaba análisis de otros casos en los que se incidía en la misma equivocación y añade que no existía constancia en la causa de que la droga había sido destruida.

3.- Considerando en abstracto los argumentos, podrían ser tomados en consideración, pero referidos a este caso concreto y en general a los análisis de las sustancias estupefacientes, la petición resulta totalmente

extemporánea. La droga se interviene el 25 de Octubre de 2005, la solicitud de contraanálisis se formula en 2009 y se deniega por Auto de 10 de Septiembre de 2009.

4.- Con los datos antecedentes se comprueba que desde el momento inicial (5 Octubre de 2005) el recurrente dispuso de medio de defensa que tuvo la posibilidad de actuar en todas las diligencias y se encargó de velar por sus intereses. En 4 de Noviembre de 2005 (folios 497 y ss) se realiza el informe del Laboratorio y desde ese momento pudo comprobar si existía algún error que justificase de manera inmediata la petición de un contraanálisis. El descuido, la negligencia o la estrategia defensiva, le hicieron optar por la inactividad. Un profesional del derecho debe conocer cuáles son las normas legales que regulan la recogida de la droga, su entrega a la policía, su cadena de custodia y la lógica decisión de seleccionar muestras y proceder a la destrucción del resto por el riesgo que conlleva su depósito hasta que exista sentencia firme.

5.- La Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguiendo las pautas procedentes de los organismos internacionales dedicados a la lucha contra el narcotráfico, introduce un Capítulo II bis que se dedica a la destrucción anticipada de efectos judiciales que regula en cuatro apartados del artículo 367 bis. Establece la toma de muestras y la decisión de destruir el resto por los riesgos que entraña su custodia, por la inexistencia o dificultad de lugares seguros para su conservación y por la posibilidad de que sea sustraída y puesta nuevamente en el mercado. Por tanto la demora en formular la petición se presenta como una táctica dilatoria que hace inviable la práctica de un contraanálisis, incluso sobre las muestras, ya que el paso del tiempo altera su composición, lo que impide reflejar u obtener un resultado fiable.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Falta de citación del responsable civil subsidiario.

Recurso: Casación nº 2389/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 630/2010 de fecha 29/06/2010

«El art. 850.2 de la Ley Procesal penal prevé como causa de nulidad del juicio oral la omisión de la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. La finalidad del precepto es la de asegurar la correcta celebración del juicio oral con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquélla que, habiendo adquirido la condición de parte, no hubiere sido citada para el juicio oral.

Sobre la falta de citación del responsable civil subsidiario, como parte procesal existe una jurisprudencia que no ha sido unánime pues, mientras en una primera corriente jurisprudencial, se acuerda la nulidad del juicio, al tratarse de un defecto esencial del procedimiento, en una segunda se considera subsanado por la citación, como acusado, del consejero delegado al entender que no ha existido indefensión.

La más reciente jurisprudencia se inclina por no declarar la nulidad cuando tal omisión pueda entenderse suplida por la citación de la persona que la representa de manera que pueda entenderse correctamente formulada la citación en la persona de su representación legal y pueda articularse la defensa de los intereses del acusado como responsable civil subsidiario. Así, si la STS 546/2006, de 4 de mayo, estimó que no habiendo sido llamada al proceso se le ha producido indefensión por lo que hay que anular la declaración de tenerla como parte y darle oportunidad de ejercitar sus derechos. La STS 109/2007, de 7 de febrero, declara que la citación al consejero delegado, como imputado, conociendo que la empresa que regentaba había sido declarada responsable civil subsidiario, dándose por buena la citación en el imputado, consejero delegado de la responsable civil subsidiaria que si no interesó prueba y se defendió en el juicio por causas exclusivamente imputables a su inacción procesal. "Se dice en la argumentación que en ningún momento se le ha dado intervención directa en el procedimiento a dicha entidad, que por ello ha sido condenado como responsable civil sin poder haberse defendido ni proponer prueba... Que la entidad no se personase ni propusiese prueba en defensa de sus derechos, es cuestión que sólo es atribuible a la inactividad del propio recurrente en su condición de representante de dicha mercantil, por lo que no puede alegar vulneración alguna".

Este pronunciamiento es el que acogemos en la presente Sentencia, pues la relación jurídica establecida desde la acusación ha sido puntualmente conocida por la defensa de la entidad que ha sido declarada responsable civil subsidiaria quien a través del conocimiento de la imputación pudo defenderse, como de hecho lo hizo, y lo hace en el recurso de casación». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma: incongruencia omisiva.

Recurso: Casación nº 10085/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1067/2009 de fecha 03/11/2009

«...Por lo que se refiere a la supuesta falta de plena respuesta a la totalidad de los "puntos" objeto de defensa por dos razones: a) porque la falta de decisión sobre lo que denomina inconcretamente "punto" del debate no alcanza la categoría del presupuesto de tal motivo, que lo es una pretensión y no una argumentación, y b) porque en definitiva de lo que se

queja el recurrente es de la motivación de la sentencia que tilda de insatisfactoria, aspecto que no tiene cabida en dicho cauce procesal.

Valga por todas, la cita de la Sentencia 995/2009 de 23 de septiembre en la que decíamos: Por lo que concierne a la supuesta infracción por omisión de la debida respuesta a las cuestiones suscitadas, como determinante de aquella garantía constitucional, basta decir que la jurisprudencia constante de este Tribunal (vid Sentencias 54/2009, 728/2008 y 603/2007), concorde con la establecida por el Tribunal Constitucional (Sentencias 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, 58/1996 223/2003; 60/2008) exige, para acreditar tal vulneración:

a) que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica;

b) que ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la preterición de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas;

c) que la cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal sea de carácter esencial;

d) que la cuestión haya sido explícitamente formulada en los correspondientes escritos de la parte que formula la protesta, habiéndose producido por ello el oportuno debate;

e) que, con independencia de que pueda diferenciadamente suscitarse otra queja, el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita;

f) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso». (F. J. 4º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Necesaria citación de todas las partes.

Recurso: Casación nº 2389/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 630/2010 de fecha 29/06/2010

«El art. 850.2 de la Ley Procesal penal prevé como causa de nulidad del juicio oral la omisión de la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. La finalidad del precepto es la de asegurar la correcta celebración del juicio oral con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquélla que, habiendo adquirido la condición de parte, no hubiere sido citada para el juicio oral.

Sobre la falta de citación del responsable civil subsidiario, como parte procesal existe una jurisprudencia que no ha sido unánime pues, mientras en una primera corriente jurisprudencial, se acuerda la nulidad del juicio, al tratarse de un defecto esencial del procedimiento, en una segunda se considera subsanado por la citación, como acusado, del consejero delegado al entender que no ha existido indefensión.

La más reciente jurisprudencia se inclina por no declarar la nulidad cuando tal omisión pueda entenderse suplida por la citación de la persona que la representa de manera que pueda entenderse correctamente formulada la citación en la persona de su representación legal y pueda articularse la defensa de los intereses del acusado como responsable civil subsidiario. Así, si la STS 546/2006, de 4 de mayo, estimó que no habiendo sido llamada al proceso se le ha producido indefensión por lo que hay que anular la declaración de tenerla como parte y darle oportunidad de ejercitar sus derechos. La STS 109/2007, de 7 de febrero, declara que la citación al consejero delegado, como imputado, conociendo que la empresa que regentaba había sido declarada responsable civil subsidiario, dándose por buena la citación en el imputado, consejero delegado de la responsable civil subsidiaria que si no interesó prueba y se defendió en el juicio por causas exclusivamente imputables a su inacción procesal. "Se dice en la argumentación que en ningún momento se le ha dado intervención directa en el procedimiento a dicha entidad, que por ello ha sido condenado como responsable civil sin poder haberse defendido ni proponer prueba... Que la entidad no se personase ni propusiese prueba en defensa de sus derechos, es cuestión que sólo es atribuible a la inactividad del propio recurrente en su condición de representante de dicha mercantil, por lo que no puede alegar vulneración alguna".

Este pronunciamiento es el que acogemos en la presente Sentencia, pues la relación jurídica establecida desde la acusación ha sido puntualmente conocida por la defensa de la entidad que ha sido declarada responsable civil subsidiaria quien a través del conocimiento de la imputación pudo defenderse, como de hecho lo hizo, y lo hace en el recurso de casación». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Requisitos de recurribilidad de los Autos de sobreseimiento (Acuerdo del Pleno de 09/02/2005).

Recurso: Casación nº 51/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1172/2009 de fecha 22/10/2009

«Puede suscitarse, en primer lugar, la cuestión relativa a la inadmisibilidad del recurso, pues no habiéndose dictado auto de procesamiento faltaría una de las condiciones que el artículo 848 LECrim. establece para autorizar el recurso de casación frente a los autos de sobreseimiento, cual es que alguien se hallare procesado como culpable de los hechos sumariales, requisito que esta Sala incorporó a su Acuerdo de Sala General de 09/02/05 sobre cuando son recurribles en casación los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado, cuando establecimos la necesidad de haber recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. Lo que sucede es que como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe existe también Jurisprudencia anterior que había admitido el recurso de casación teniendo en cuenta con carácter primario los Tratados Internacionales ratificados por España, admitiendo, frente al sentido literal del artículo 848, la recurribilidad del auto de sobreseimiento libre aún sin previa existencia del procesamiento por aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a la precisión de garantizar la interposición de un "recurso efectivo" frente a la vulneración de derechos fundamentales (artículo 2.3.a) del Pacto) (S.T.S. de 11/02/89) o como consecuencia del efecto irradiante de los derechos fundamentales y del mandato genérico de protección efectiva de los mismos establecido en el artículo 5.1 L.O.P.J. (S.T.S. de 20/01/92). Posteriormente la S.T.S. 1401/05 considera ineludible, tratándose de procedimiento ordinario, que alguna persona esté procesada como culpable de los hechos para admitir el recurso de casación, sentencia posterior al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 09/02/05. Ahora bien, así como en el procedimiento abreviado no puede dudarse de la existencia de un recurso efectivo como es el de apelación ante la Audiencia Provincial frente al sobreseimiento o archivo dictado por el Instructor, en el ordinario, correspondiendo a la propia Audiencia el sobreseimiento, la cuestión puede no ser tan diáfana teniendo en cuenta la intervención de una sola instancia (la Audiencia Provincial) sobre todo en los casos en que no se ha dictado auto de procesamiento. (F. J. 3º)

... En el presente caso se ha acordado el sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 LECrim., es decir, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores, y no por el número segundo, como solicitaba el Abogado del Estado, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, y el mencionado artículo 848.2 LECrim. limita el recurso de casación a este segundo caso, dado que es el único de los relacionados en el artículo 637 en el que el Tribunal, aunque se le solicite la apertura del juicio oral, puede no obstante acordar el sobreseimiento de la causa ex artículo 645 LECrim.. Sin embargo, como señala la S.T.S. citada 1401/05, esta limitación de los autos recurribles a los de sobreseimiento del art. 637.2, no impide que también sean

recurrir los del art. 637.3, cuando se hubiera aplicado indebidamente el nº 3 en vez del nº 2. En otras palabras, en los casos en los que la exención de responsabilidad criminal del procesado pudiera dar lugar a que se considerase que el hecho no es constitutivo de delito (por ejemplo por aplicación de una causa de justificación: legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), debe concluirse que la resolución pudiera haber sido el nº 2 del art. 637 y en consecuencia, será recurrible. De manera que únicamente debe aplicarse el art. 637.3 en los supuestos de inimputabilidad y de inculpabilidad, en cuyo caso no será recurrible en casación (también S.T.S. 301/07). Por último, es importante subrayar en el caso que no se han solicitado nuevas diligencias de prueba por ninguna de las partes, lo que quiere decir que las mismas se atienen al material instructorio incorporado a la causa, y por ello se trata de resolver una cuestión de derecho a la luz de aquéllas relativa a la concurrencia o no de una causa de justificación, decisión que la Audiencia en estas condiciones está facultada para tomar, puesto que en principio los hechos no pueden variar a lo largo del juicio oral (ver también S.T.S. 301/07), y siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, será susceptible de recurso de casación ex artículo 848.2 LECrim. como ya hemos señalado anteriormente». (F. J. 5º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Contribución de la víctima al daño causado.

Recurso: Casación nº 1709/2009

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 159/2010 de fecha 26/02/2010

«...2) Y, finalmente, en el motivo Cuarto y último del Recurso, que cuenta con el apoyo expreso del Fiscal, se alega la indebida inaplicación de los artículos 114 y 116 del Código Penal, toda vez que la cuantía indemnizatoria concedida a los familiares de la víctima del delito de homicidio, se estableció sin atender a las previsiones del primero de tales preceptos que dispone lo siguiente:

“Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.”

En esta ocasión, la Audiencia razona con toda pulcritud la cuantía de las indemnizaciones otorgadas en concepto de resarcimiento a los perjudicados por el delito, padres e hijas del fallecido con exclusión del hermano que también interesó ser indemnizado, apoyando su decisión en un criterio ya tan extendido y merecedor de aprobación por parte de esta Sala, como es el de la utilización, con fines estrictamente orientativos, de las cuantías previstas en el Baremo legal de la Ley 30/1995, “...si bien elevando su importe dada la mayor aflicción que suponen los delitos dolosos.”

Pero igualmente es cierto que no se ha tenido en cuenta, para ese cálculo cuantitativo, el contenido del artículo que se acaba de transcribir, y

que resulta, en principio, de aplicación a supuestos como el presente, ya que como ya decíamos al respecto en nuestra anterior Sentencia de 23 de Diciembre de 2004:

“Lo que nos lleva a considerar que, en el presente caso, en el que efectivamente, la conducta del lesionado contribuyó a la producción del daño por él mismo sufrido, hasta el punto de apreciarse que la acción delictiva lo fue en respuesta a una previa agresión ilegítima suya, originando incluso la exención incompleta de responsabilidad, la aplicación del artículo 114 ha de reputarse de todo punto correcta, también en lo que tiene de establecimiento de un porcentaje inferior a la mitad, el 40% del total, de la repercusión en la cuantificación indemnizatoria de la conducta del lesionado, habida cuenta la consideración del carácter incompleto de la circunstancia eximente que, de ser plena, hubiera podido justificar, incluso, la exclusión íntegra del derecho a la reparación.”

Y aunque es cierto que nuestros anteriores pronunciamientos en esta materia se han referido, hasta ahora, a supuestos de lesiones en los que la propia víctima, contribuyente a la causación de su perjuicio, era el perjudicado, también lo es que la norma no excluye, en su aplicación, los casos de homicidio, en los que los perjudicados son terceros, y parece que lo más correcto es que así sea, toda vez que la “fuente” originaria del derecho al resarcimiento, sea quien fuere el titular de éste, se ve en cualquier caso afectada por la conducta de la víctima, a efectos de esa compensación prevista en el artículo de referencia.

Dicho lo anterior, el problema surge cuando el Fiscal propone, para una determinación ajustada del importe indemnizatorio, que se respete la cuantía prevista en el Baremo legal, que piensa en las infracciones imprudentes, es decir, desprovistas de ese “plus” agravatorio del dolor ocasionado derivado de la intencionalidad del homicidio, puesto que el relato fáctico de la Sentencia recurrida nos hurta un elemento tan esencial para llevar a cabo dicho cálculo como lo es la edad de la víctima al tiempo de acaecimiento de los hechos.

Por ello parece razonable aplicar una reducción del 20% en las indemnizaciones inicialmente concedidas, como consecuencia de la aplicación del referido artículo 114.

Lo que lleva a la estimación de este motivo, con el alcance que acaba de precisarse, lo que se consignará en la Segunda Sentencia que seguidamente se dictará». (F. J. 5º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración compañía aseguradora: lesiones dolosas en las que el vehículo es mero instrumento.

Recurso: Casación nº 10541/2009 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1077/2009 de fecha 03/11/2009

«...1. La jurisprudencia ha examinado la cuestión relativa a la obligación de las compañías de seguros de indemnizar al perjudicado como consecuencia de delitos dolosos cuando se haya utilizado, en una u otra forma, un vehículo de motor, a la luz de las últimas modificaciones normativas. Entre ellas, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone, en el artículo 1.1, que “El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”. Y en el apartado 4 que “Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”. Por su parte, el Reglamento del Seguro Obligatorio (RD 7/2001, de 12 de enero), establece, en su artículo 3.1: “A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”; y, en el artículo 3.4 que “Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal”. En el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 24 de abril de 2007, se alcanzó la conclusión de que tales normas afectaban a la doctrina hasta entonces mantenida y que, especialmente del artículo 3.4 del Reglamento del Seguro Obligatorio, se deducía que únicamente deberían quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por “dolo directo”. Y, en este sentido, el pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: “No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”, con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera una acción totalmente extraña a la circulación como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala. En consecuencia, lo decisivo no es tanto la presencia de dolo directo en la conducta sino la determinación del concepto de “hecho de la circulación”, que a estos efectos no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula. Quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no

autorizado que después llega a concretarse en un daño o lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el empleo del vehículo como instrumento, con dolo directo, encaminado a la causación del daño.

(...) El seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo.

En consecuencia, el motivo se estima, no siendo necesario el examen del segundo motivo, y dictándose segunda sentencia en la que se dejará sin efecto la declaración de responsabilidad civil de la Compañía M. A.». (F. J. Único)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Liquidación de intereses.

Recurso: Casación nº 1749/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 370/2010 de fecha 29/04/2010

«...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 (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; nº 821 de 11 septiembre) que precisa que "si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla "in illiquidis non fit mora", mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (artículos 1100 y 1108 del Código Civil) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del debitum convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia, no menos cierto es que dicho criterio fue

paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama. Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de la diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa -que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat, Digesto 50.17.99-, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las Sentencias de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 -con cita de otras anteriores- le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

Esta nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más recientes, en la Sentencia de 19 de mayo de 2008, en la que se destaca el sometimiento de la regla "in illiquidis non fit mora" al canon de razonabilidad en la oposición para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo. Tal como precisa dicha Sentencia, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007, este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y las demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación de las circunstancias del caso enjuiciado.

Y la STS. Sala 1ª 387/2009 de 12.6 que precisa como " la doctrina jurisprudencial se ha orientado, con carácter general, en el sentido de que el brocardo "in illiquidis non fit mora", utilizado para supuestos muy variables, pero, singularmente, referentes a aquéllos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta su determinación mediante la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado por la posición de esta Sala, que ha introducido importantes matizaciones en la aplicación de la citada regla jurídica, las cuales hacen mención a la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino sólo meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es manifestar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad pecuniaria que, con anterioridad, ya le pertenecía y debía haber sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos de éste exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuere menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (entre otras, SSTS de 11 de marzo de 2002, 25 de enero y 31 de marzo de 2003, 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004)".

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 (SS. Sala 1ª nº 908 de 19-10-95).

(...)

Por ello, cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal.

Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador “a quo” (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de Abril de 1998), con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el artículo 921 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el Código Civil, a su vez “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados...” (art. 109)”.

Por lo que, como quiera que la recurrente no solo interpuso querrela, sino que en la misma ya cifraba ... el montante de sus perjuicios, cantidad que exactamente acogió a efectos resarcitorios la Audiencia en la Resolución, ha de entenderse desde la fecha de interposición de la querrela nacida la obligación del pago de los intereses para la condenada obligada al mismo”.

También la ya citada sentencia de esta Sala 298/2003 de 14.3, señalaba” A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito.

En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querrela en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito.

Si algún acusador particular, se personó sin querrela, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional)”.

Las sentencias que se señalan por el recurrente constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Así, por ejemplo STS. 846/2000 de 22.5, situó el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito, pero lo determinó así, porque conforme al art. 1100 CCivil, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Las SSTs. 2167/2002 de 23.12, y 790/2005 de 16.6, se referían a supuestos de cantidades entregadas que estaban destinadas a ser invertidas en productos financieros con un interés determinado, por lo que nada obstaba a que por el Tribunal de instancia pudiera entenderse acreditado un perjuicio económico consistente en el interés pactado o, en su defecto, el legal, sobre las cantidades apropiadas desde el mismo momento en que pueda establecerse la realidad de la apropiación, pues desde entonces el perjudicado podía haber percibido el interés que dejó de percibir, precisamente, a causa de la comisión del delito,

Por tanto, no pueden computarse los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interpelación judicial en que se haga evidente la existencia de su reclamación». (F. J. 25º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsable a título lucrativo.

Recurso: Casación nº 10372/2009 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1394/2009 de fecha 25/01/2010

«..La sugerente línea argumental de la defensa, esforzada en deslindar los respectivos ámbitos aplicativos de dos instituciones jurídicas diferentes, responsabilidad civil subsidiaria ex delicto –art. 120.4 del CP- y responsabilidad civil a título lucrativo –art. 122 del CP-, choca con obstáculos conceptuales insalvables.

Decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero, que el art. 122 del CP recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (cfr. SSTs 532/2000, 30 de marzo, 59/1993, 21 de enero y 1257/1995, 15 de diciembre). Para ello es indispensable, 1º) que

exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del «crimen receptationis» en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (cfr. STS 532/2000, 30 de marzo y las que en ella se citan)». (F. J. 34º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Art. 120.3 CP. Requisitos.

Recurso: Casación nº 913/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 504/2010 de fecha 17/05/2010

«..En un motivo único, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Enrique Villau Gil, articulado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian la indebida aplicación del art. 120.3 del Código penal.

El fundamento de la exención de responsabilidad civil de CAJASOL por la Audiencia estriba en que no se ha alegado ni probado infracción alguna de reglamentos de policía o disposiciones de autoridad que estén relacionadas con la comisión delictiva que ha sido enjuiciada en estos autos.

Ambos recurrentes parten de la cita de doctrina legal de esta Sala Casacional que no es aplicable al caso de autos, queriendo ver una suerte de objetivación de la responsabilidad civil, por la aplicación de la norma contenida en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, lo que no es posible, máxime con la inflexión a este tema que se produce desde la STS 367/2008, de 24 de junio.

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se

hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente)». (F. J. 4º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de la entidad bancaria (art. 120.3 CPenal)

Recurso: Casación nº 1749/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 370/2010 de fecha 29/04/2010

«... El art. 120 CP. proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal - más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción

distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C.), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C.).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiendo por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En este sentido la STS. 615/2001 de 12.4 hemos dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, siendo evidente la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un cheque o pagaré cuya firma, es falsa, debido a que sólo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del art. 1162 CCivil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; por cuanto la diligencia exigible a una entidad bancaria no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al librado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se les exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos (STS. Sala 1ª 9.2.98)». (F. J. 19º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Valoración del daño.

Recurso: Casación nº 2158/2009

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 430/2010 de fecha 28/04/2010

«...Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 497/2006, de 3 de mayo, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación no es de

aplicación obligatoria a los derivados de conducta constitutiva de delito doloso, como se dispone en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de manera que el Tribunal no precisa sujetarse a la valoración pormenorizada que se contiene en el mismo. Sin embargo, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que las lesiones causadas dolosamente sean indemnizadas en menor cuantía que la prevista legal o reglamentariamente para las causadas por culpa en accidente de circulación.

Y con el mismo criterio se expresa la Sentencia 186/2006, de 14 de febrero, en la que se declara que la Ley 30/1995, incorporó a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en Circulación de Vehículos a motor un anexo conteniendo un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Sus reglas no son de aplicación obligatoria para la determinación de la indemnización que pueda corresponder en cada caso por los daños y perjuicios derivados de los delitos dolosos, tal como resulta de su propia regulación y de una jurisprudencia consolidada. Pero nada se opone a que su minucioso contenido sea tenido en cuenta por los Tribunales como regla orientativa.

Así las cosas, y acorde con la jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado expresada, no se ha producido la infracción legal que se denuncia». (F. J. 6º)

REVELACIÓN DE SECRETOS. Denuncia del agravado.

**Recurso: Casación nº 11366/2009 P
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater
Sentencia: nº 437/2010 de fecha 16/04/2010**

«El primero y el segundo de los motivos del recurso se dirige contra la aplicación del art. 197.1 CP y la correspondiente infracción del art. 201.1.CP, dado que la perjudicada, no obstante su presunto conocimiento de la incursión del acusado en sus secretos no presentó denuncia o querrela contra el acusado. También se sostiene que la víctima había renunciado al secreto de sus comunicaciones, aunque pudiera sentirse molesta por la desconfianza de su compañero.

Ambos motivos deben ser estimados.

En su informe el Fiscal sostiene que el requisito del art. 201.1.CP puede tenerse por cumplido, basándose para ello en el art. 5 de la LO 1/1982, que, estima, podría aplicarse al caso del art. 197.1 CP.

Sin embargo, el art. 5 de la LO 1/1982 se refiere a la acción civil y no a la acción penal, como surge del art. 1 de la mencionada LO. La extensión de esta norma al derecho penal contradice el silencio del legislador, que probablemente ha tenido en cuenta que en ámbitos privados familiares la protección penal de la intimidad debería limitarse a un ejercicio personalísimo de la acción.

En todo caso, el Fiscal sostiene también que el derecho de denunciar se transmite a los herederos, "salvo que de forma explícita o por actos concluyentes (la víctima) haya renunciado a ella". Sin perjuicio de otras consideraciones esta salvedad es aplicable al presente caso, en el que cabe apreciar una conducta concluyente de la víctima, pues ésta, con conocimiento de los hechos, se comportó de tal manera que no es posible inferir de su conducta que quería ejercer el derecho de accionar en persecución de su pareja y, eventualmente, trasmitirlo a sus herederos.

Tal conclusión se reafirma por el hecho de que la víctima no estableció ninguna medida de seguridad y exclusión que impidiera al acusado acceder a las informaciones de su correo electrónico, ni a su teléfono móvil. Asimismo, en los hechos probados no consta que el acusado hubiera obtenido la clave de acceso a su ordenador en forma clandestina o que se hubiera apoderado del teléfono móvil de la víctima de la misma forma, lo que hace suponer que ella no tenía el propósito de excluir a su "pareja sentimental", según la terminología usada en la sentencia recurrida». (F. J. 2º)

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Diferencias con el depósito. Autoría.

Recurso: Casación nº 11652/2008 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 120/2010 de fecha 27/01/2010

«..Pues bien, este argumento no puede ser ratificado por esta Sala por cuanto conlleva una distinción entre tenencia y depósito que no está contemplada en el artículo 567 C.P., que considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, es decir, la tenencia del arma también es depósito y en el caso presente la tenencia descrita equivale al depósito. Es cierto que una tenencia fugaz o desprovista de cualquier voluntad de permanencia puede hacer decaer la aplicación de este tipo penal. Pero este no es el caso cuando el propio acusado admite la posesión del arma durante cuatro o cinco días con vocación indudable de utilización, como lo demuestra su disposición y tenencia durante los hechos enjuiciados, posesión preordenada al menos a estos fines que rebasan la idea de fugacidad o mera posesión transitoria por cuenta de otro. Por lo tanto el primer argumento del motivo, inaplicación indebida del artículo 567.1 C.P., debe ser estimado.

El segundo argumento se refiere a la autoría del delito que según el Ministerio Fiscal alcanza también al acusado que no portaba el subfusil, César G. T., si bien a éste le considera cooperador y no promotor como a José Luis F. Este segundo extremo del motivo también debe ser estimado. Según los hechos probados ambos acusados actúan conjuntamente en todos los episodios descritos en el "factum", desempeñando cada uno de ellos el papel previamente convenido, de forma que mientras César G. apunta a los empleados de las sucursales bancarias pidiéndoles la entrega del

dinero, José Luis "se quedó cerca de la puerta para controlar la entrada de posibles clientes y evitar la salida de quienes se encontraban en el interior", existe pues un reparto de papeles y cada uno de ellos tiene asignado el empleo de una de las dos armas que portaban, de donde se deduce su disponibilidad por ambos, como sostiene el Ministerio Fiscal. La S.T.S. 92/06 contempla y resuelve un caso similar al presente y argumenta que en estos casos existe una relación asociativa para la comisión del hecho y los autores se aprovechan de la llevanza de las armas para asegurar su perpetración, luego las armas portadas en los hechos pertenecen, desde la exigencia de disponibilidad típica, a todos los intervinientes pues todos las emplearon en los hechos y de ellas se sirvieron para su comisión. También recuerda que la S.T.S. 1348/04 reconoce la coautoría en casos de tenencia compartida siempre que exista disponibilidad indistinta de las armas por parte de los coacusados que constituyen una asociación, aún transitoria, para la ejecución de hechos delictivos poniendo a disposición común e indistinta aquellas armas, aún cuanto pertenezcan individualmente a unos de ellos, pero resultan afectadas para la perpetración de los hechos en su conjunto, dependiendo su uso individual del papel asignado a cada uno de los partícipes (ver también S.T.S. 1001/09 a propósito de tenencia fugaz y compartida a efectos de la ejecución del plan)». (F. J. 1º)

TENTATIVA. Clases. Diferencias entre el desistimiento activo y la tentativa acabada.

Recurso: Casación nº 11596/2008 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1207/2009 de fecha 02/12/2009

«..El art. 16.2 C.P. vigente contempla dos supuestos de desistimiento del delito intentado: el desistimiento en sí, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar, y el denominado arrepentimiento activo, que se caracteriza porque el autor -que realizó cuanto debía hacer para la producción del delito- impide activamente que se produzca el resultado penalmente previsto (consiguientemente, únicamente será posible en aquellos tipos penales que requieren un resultado) (STS de 2 de febrero de 2.009).

En realidad, la cuestión que se suscita es la de si los hechos deben ser considerados globalmente, es decir, en unidad de acto, sin atender a las secuencias en que pueden descomponerse objetivamente, como pretende el recurrente, pues ello significaría que finalmente el resultado no llega a producirse porque aquél voluntariamente desiste de continuar la acción emprendida. Efectivamente, cuando ya ha concurrido la tentativa acabada y el autor desiste de continuar, a sabiendas de que si lo hiciese el resultado puede aún producirse, la solución puede consistir en considerar el suceso como una unidad vital (teoría de la consideración total) o no hacerlo así, individualizando los segmentos vitales que integran el mismo con cierta autonomía (teoría de la consideración individualizada). La primera propuesta llevaría a soluciones donde el desistimiento alcanzaría un grado tal de

amplitud que no es asumible desde el punto de vista del reproche de la conducta del sujeto, como sucede en el presente caso, y por ello la corriente predominante es la aceptación de la individualización (véase STS de 21 de julio de 2.007).

Existe tentativa cuando se advierte la falta de algún elemento del tipo objetivo, pues el subjetivo no difiere de la consumación (debe incluirse el dolo eventual), y podemos hablar de acabada o inacabada según el resultado pueda producirse sin mayores actuaciones por parte del autor (acabada) o cuando éste no ha ejecutado todos los actos que según su plan debía realizar para producir el resultado y objetivamente desaparece el peligro de que se produzca. Siendo ello así, objetivamente la tentativa será acabada cuando el plan del autor para la producción del resultado es idóneo o racional, es decir, no depende sólo de su propia idea o imaginación, sino que es constatable objetivamente la relación de causalidad (véase STS nº 657/2007, de 21 de junio). En otras palabras, la tentativa será acabada, cuando los actos realizados, los instrumentos utilizados y la mecánica comisiva hubieran podido producir objetivamente el resultado perseguido según el plan del autor.

No debe olvidar que el art. 16 del C. Penal de 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. Esto es la tentativa acabada y así debe calificarse la acción del acusado». (F. J. 2º)

TENTATIVA. Tipos.

Recurso: Casación nº 2577/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 597/2010 de fecha 02/06/2010

«Pues bien, el art. 62 C.P. otorga a los Jueces y Tribunales una discrecionalidad reglada para imponer la pena en casos de tentativa, estableciendo dos criterios diferentes a tales efectos: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

En el caso objeto de examen el problema se centra en la primera secuencia de la actuación del acusado al descargar con "animus necandi" la barra de hierro en el cráneo de la víctima.

Al resolver un supuesto de extraordinarias similitudes con el presente, la STS de 2 de noviembre de 2.007 reseñaba los elementos fácticos concurrentes como premisa para su resolución:

a) la situación de los sujetos, al tiempo de la agresión, era de gran facilidad para la realización de los actos de ejecución (víctima de espaldas al agresor y en un escalón inferior, disponiendo el acusado de un martillo).

b) alcanza el agresor a la víctima con el martillo en la cabeza con tan escasa contundencia, que no causa otra lesión que las descritas en los hechos probados, que, en la cabeza no rebasan la de dos simples contusiones leves.

c) tras esos dos golpes en la cabeza de la víctima, de tan leves efectos, los siguientes golpes ya no le alcanzan en tal lugar de su cuerpo, debido a la reacción defensiva de la víctima que recibe los golpes siguientes en dedo de mano izquierda, cara posterior de hombro izquierdo, antebrazo derecho, y pierna derecha.

d) la lesión causada a la víctima en la cabeza carecía de manera evidente de potencialidad para causar la muerte que el autor se había propuesto. Más aún las otras causadas al iniciarse la defensa por la víctima.

e) por lo que a otros criterios se refiere, es de destacar que mientras la localización de los golpes y la naturaleza del arma revelan la alta peligrosidad del ataque, la escasa contundencia y la imposibilidad de su continuación aminoran de manera substancial el riesgo de que acaeciera el resultado propuesto.

f) es claro pues que la obtención de éste habría exigido una más decidida actuación que aprovechase la situación de superioridad en el autor y de indefensión en la víctima, por lo que bien puede decirse que el acusado no realizó los actos que dependían de él para causar la muerte propuesta.

De ello podemos concluir añadía que, objetivamente ex ante, los actos realizados no eran mínimamente suficientes para causar la muerte, sino que requerían otros actos que, inicialmente, pudo realizar el autor, pero no realizó.

(...)

"En general estimamos tentativa acabada cuando el sujeto "realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal" (1421/2004 de 2 de diciembre) o "...el peligro en que se situó la vida de... fue extremo y que quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio», tendríamos que añadir desde la perspectiva del dolo eventual, es decir, la creación del riesgo fue suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio..." (19/2005 de 24 de enero) "...se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito,..." (140/2005 de 3 de febrero) o "...el resultado propio del delito de homicidio se hubiera producido como consecuencia de

la acción conjunta de los acusados sin necesidad de una ulterior actuación, lo que determina que la tentativa haya de reputarse acabada..." (370/2006 de 30 de marzo) sin que sea necesario afectar a la integridad física de la víctima procurada pues "...el desarrollo delictivo, debe considerarse completo, en tanto que el autor hizo todo lo que objetivamente estaba de su mano para producir el resultado, no impactando con el objetivo por causas ajenas a su designio criminal, de modo que, como también se ha dicho, con fortuna, la falta de puntería del agente no puede permitir afirmar que el hecho no haya quedado en grado de frustración, o en la terminología legal actual, en grado de desarrollo de tentativa acabada..." 78/2005 de 28 de enero) Criterio que, sin embargo, cuenta con alguna resolución discrepante, como, en referencia a la regulación del Código Penal anterior a 1995, el sentado en la sentencia 722/1996 de 18 de octubre en que se dijo: "...en el plano objetivo no todos los actos de ejecución que «que debieran producir como resultado el delito» se han realizado: faltaba como elemento esencial que alguno de los disparos dirigidos a evitar el acercamiento de los perseguidores, hubiese alcanzado efectivamente a persona alguna. Sólo dicho alcance «debe producir como resultado el delito», por lo que si no lo produce nos encontraríamos en el campo de aplicación del delito frustrado (hoy tentativa acabada); ahora bien, sin alcance, la acción objetivamente considerada no sólo no debe sino que no puede producir el resultado típico, por lo que el criterio del Tribunal sentenciador al calificarla de tentativa debe ser confirmado, con desestimación del recurso...."

"Esta muestra deja en evidencia la ausencia de un criterio que, cual regla de las ciencias matemáticas, permita dilucidar con alcance general inequívoco cuando se está ante una tentativa acabada o ante una inacabada. Aún más, esta exposición de nuestras decisiones deja en evidencia también que la discriminación, a efectos de medida de la pena, ni siquiera pasa solamente por esa elemental dicotomía. Las situaciones posibles, presentan matices que reclaman respuestas más plurales que las reportadas por esa alternativa, entre tales exclusivas hipótesis.

"Así lo advertimos en nuestra sentencia 370/2006 de 30 de marzo, en la que, aunque puede cuestionarse hasta que punto la medida del peligro no está vinculada al grado de ejecución, decíamos que "...no solo del grado de ejecución alcanzado sino también del peligro inherente al intento, lo que permite valoraciones ajustadas a las características del caso que pueden dar lugar a soluciones distintas, que el Tribunal debería razonar en cualquier caso...."

"Porque, como también indicamos en la sentencia TS 600/2005 de 10 de mayo : "...siendo el «iter criminis» un proceso sólo completo en la consumación y más o menos realizado en la tentativa, a ese mayor o menor nivel de avance en la realización delictual corresponderá respectivamente la rebaja en uno o dos grados que prevé el art. 62 CP De ahí que la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del artículo 62, al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado. Deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo

cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación, que podrían equipararse a la tentativa y frustración...".».

Por las mismas razones, en el caso presente debe llegarse a la misma conclusión, estimándose el motivo y dictándose otra sentencia por esta misma Sala en la que se rebaje la pena en dos grados, fijándose la misma en 6 años de prisión». (F. J. 6º)

TERRORISMO. Asociación terrorista.

Recurso: Casación nº 11475/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 290/2010 de fecha 31/03/2010

«Las conductas ilícitas desarrolladas por el recurrente se subsumen en el art. 515.2 CP. que estaba en vigor cuando aquellos se produjeron, la declaración previa de ilicitud Jarrai-Haika y Segi no es un presupuesto normativo para la subsunción en el tipo indicado.

En efecto el delito de asociación terrorista –como cualquier otro de asociación ilícita- no se consume cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo han hecho.

Consecuentemente la previa declaración de ilicitud y consideración como organización terrorista a estas asociaciones es presupuesto para su disolución, conforme el art. 520 CP. o de su suspensión, art. 129 CP, pero no requisito para la aplicación al recurrente de los arts. 515.2 y 516.2, integrante, cuya descripción normativa proporciona datos bastantes para la determinación clara y precisa de las conductas y satisface las exigencias del principio de legalidad penal. Por ello que el pronunciamiento judicial en orden a la consideración de Jarrai-Haika y Segi, de organizaciones terroristas juveniles del entorno de ETA haya adquirido firmeza en enero 2007 no supone que es a partir de este momento cuando debe operar el principio de legalidad, sino que se trata de la aplicación por parte de los tribunales de un precepto a unas conductas que se encontraban plenamente enmarcadas en aquellos tipos penales y sin que tal subsunción pueda entenderse irrazonable, tratándose, en definitiva de la aplicación de la norma al caso concreto en el momento en que ello acontece en el tiempo». (F. J. 3º)

TERRORISMO. Colaboración con banda armada u organización terrorista. Posesión de organigramas de la banda terrorista.

Recurso: Casación nº 10931/2009 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1366/2009 de fecha 21/12/2009

«...otro tanto hemos de señalar en lo referente a esa láminas o elementos ideológicos de adscripción con una determinada tendencia radical, pues poseer una anagrama de una banda u organización terrorista no puede ser entendido, por sí mismo, como un acto de colaboración, sino de aceptación o aprobación, a lo sumo, de sus fines y métodos, pero en ningún caso, de apoyo logístico que se presta a la organización, y hay que interpretar el tipo descrito en el art. 576 del Código penal como todo acto que contribuya a los fines de la organización terrorista, en un grado inferior a la estricta pertenencia y en otro superior a la mera coincidencia ideológica con los fines que intenta conseguir por la fuerza de sus actos, particularmente de terror, aspecto éste interno y perteneciente al simple pensamiento que no se encuentra tipificado por la ley penal, sin que los Tribunales del orden penal tengan que adentrarse en juicios morales sobre el arcano íntimo de las personas». (F.J. 2º)

TERRORISMO. Delito de enaltecimiento: el criterio de la “zona intermedia”.

Recurso: Casación nº 1661/2009

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 224/2010 de fecha 03/03/2010

«...Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznales que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1º y 20-1ª) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de Junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal,

derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas y por ello, la reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su art. 2º estima por tales delitos, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el art. 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

"...La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo....".

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 Cpenal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH --SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía-- y también nuestro Tribunal Constitucional --STC 235/2007 de 7 de Noviembre-- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan --STC 176/1995--, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de "democracia militante". No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación

es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos». (F. J. 3º)

TERRORISMO. Delito de enaltecimiento: requisitos.

Recurso: Casación nº 1556/2009

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1262/2009 de fecha 21/12/2009

«..Los elementos de tal delito han sido configurados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, como los siguientes: 1º) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo. Y hemos dicho que enaltecer es tanto como engrandecer, exaltar o alabar. 2º) Que el objeto de tal enaltecimiento lo es cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo, en los arts. 571 a 577, o de quienes hayan participado en su ejecución, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. 3º) Que dicha acción se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros. 4º) Dolo tendencial de dicha conducta». (F. J. Único)

TERRORISMO. Elemento intencional.

Recurso: Casación nº 2577/2009

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 597/2010 de fecha 02/06/2010

«El delito del artículo 577 C.P. incorpora el móvil de la acción, en los casos contemplados en el mismo, a la categoría de elemento subjetivo del tipo, siendo alternativo en cuanto se refiere bien a la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, excluyendo precisamente de la autoría a aquellas personas que no pertenezcan a banda armada, organización o grupo terrorista, que tienen la respuesta penal en otros preceptos, de forma que en el presente caso el delito de lesiones constituye delito de terrorismo si concurre alguna de las finalidades expresadas en el delito aplicado, lo que sucede en el presente caso según consta en el hecho probado, de forma que no son entendibles las lesiones causadas al agente de la policía municipal fuera o al margen del contexto o finalidad perseguida por el agente que no es otro que la grave alteración de la paz pública. Es irrelevante que ambos acusados individualmente se hubiesen puesto de acuerdo para llevar a cabo sus respectivas acciones teniendo en cuenta el contexto en el que se producen ambas, el lugar y el momento, a la luz del "factum", situación que no ha sido impugnada expresamente y se soporta en la prueba de cargo practicada, con independencia de la notoriedad de los hechos difundidos por los medios televisivos. Por ello el Tribunal infiere correctamente la finalidad típica de quien se encuentra

estratégicamente situado en la zona descrita ocupada por afines o simpatizantes de la banda terrorista, enarbolando pancartas y palos con los que se ataca a la policía local.

En cuanto al motivo tercero, violación del principio de legalidad ex artículo 25.1 C.E. por haberse llevado a cabo una aplicación extensiva del artículo 577, como afirma el Ministerio Fiscal, este precepto no solo constituye una ley previa a los hechos enjuiciados, sino que delimita el núcleo exacto de su prohibición sin necesidad de acudir a otras normas complementarias y el móvil que incorpora e integra el elemento subjetivo del mismo ya lo hemos examinado más arriba concluyendo que la Audiencia lo ha inferido con argumentos ajenos a cualquier arbitrariedad o falta de lógica.

Ambos motivos deben ser desestimado». (F. J. 2º)

TERRORISMO. Integración en organización terrorista.

Recurso: Casación nº 11451/2008 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 985/2009 de fecha 13/10/2009

«...Debe afirmarse, en primer lugar, que no es cierto que la “simple pertenencia” a las organizaciones a las que nos venimos refiriendo sea interpretada por el Tribunal “a quo”, automáticamente, como integración en “organización terrorista”, puesto que esa decisión viene condicionada por la posición de responsable de algún sector de la organización, verdaderamente relevante en lo que al significado “terrorista” de la misma se refiera, ocupada por el acusado de que se trate.

...Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como “terrorista” de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de integrante en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de “integrante” y la sanción penal correspondiente por ello.

De otra parte, la adscripción a la organización como integrante de la misma no requeriría inicialmente una actividad determinada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hecho diferentes (STS de 16 de Julio de 2004, por ejemplo).

Pero no debemos de olvidar que, al igual que han hecho Sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos, en tanto que vinculadas a la cabeza directora (ETA) en un régimen de sometimiento prácticamente absoluto, lo que por otra parte no

puede servir para excluir la responsabilidad de quienes voluntariamente aceptan actuar en ese régimen, deben matizar ese concepto de “integrante”, a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del “movimiento” terrorista (vid. art. 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo).

Pudiéndose incluso diferenciar, en ese contexto y como de manera muy destacada y correcta hizo la anterior STS de 22 de Mayo de 2009, entre aquellas participaciones que merecen ser calificadas como propias de auténticos dirigentes organizativos (art. 516.1º CP), las referidas a los integrantes (art. 516.2º CP) e, incluso, las de los meros colaboradores (art. 518 o 576 CP).

En el presente supuesto, la recurrida sólo condena con la calificación de “integrantes”, sin más distinciones, a todos los recurrentes y por éstos no se plantean expresamente otras alternativas, conclusión que, como luego veremos, ha de tenerse por absolutamente acertada, si exceptuamos los casos de quienes fueron castigados con una pena superior a los restantes, precisamente por su mayor relevancia en la organización, que quizá habrían podido merecer la calificación de “directores”, extremo en el que no debemos profundizar a la vista del aquietamiento, tanto del Ministerio Público como de la Acusación Popular, con este extremo del pronunciamiento.

...el significado del elemento subjetivo del tipo penal aplicado por la Audiencia a los condenados habrá precisamente de buscarse, como ya anticipamos, en el individualizado examen de las pruebas de su posición y de los cometidos dentro de la organización atribuibles a cada uno de ellos en particular, que es la tarea que corresponde a los Fundamentos Jurídicos que componen el último grupo de los de esta Resolución». (F. J. 9º)

TERRORISMO. Integrantes y dirigentes de asociación terrorista.

Recurso: Casación nº 11475/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 209/2010 de fecha 31/03/2010

«..En efecto para poder calificar una conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos –en principio y a tenor de la cláusula abierta del art. 574 CP, cualquier clase de ellos- de manera

organizada y además con la finalidad –elemento subjetivo del injusto- de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (STS. 2/2009 de 21.1).

El tipo penal más grave –decíamos en la STS. 480/299 de 22.5- del art. 516.1 comprenderá pues, sólo los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que parece la más razonable y proporcionada a la naturaleza y entidad de las conductas, y que se deduce de las sentencias de esta Sala 633/2002 de 21.5 y 550/2007 de 19.1 que limita el termino de directivo o promotor al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo.

En definitiva, para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de la organización y por ello puede acontecer que personas que forman parte del equipo directivo de la asociación u organización, no reúnan la condición de auténticos directores por no poseer esa capacidad de adopción autónoma de decisiones que afecten directamente a los miembros o colaboradores de la banda.

De este modo, los “integrantes” (a los que deben ser asimilados el termino “miembros activos”) de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada.

En estos supuestos, la intervención activa no equivale, naturalmente, tan sólo a la autoría de dichos delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes – miembros activos- los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita). (F. J. 2º)

...La responsabilidad individual se deriva, en estos supuestos, precisamente, junto con la propia pertenencia al grupo que tan ilícitamente actúa, por el desempeño de las concretas atribuciones que en el

correspondiente “reparto de papeles” le correspondan a cada uno, dentro de la estructura funcional de la organización.

Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como “terrorista” de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de integrante en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de “integrante” y la sanción penal correspondiente por ello». (F. J. 11º)

TERRORISMO. Pertenencia a banda armada. Diferencia con colaboración.

Recurso: Casación nº 11156/2009 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 188/2010 de fecha 11/03/2010

«..El art. 516 C.P. sanciona -como bien pone de relieve la sentencia- a los “integrantes de las organizaciones terroristas y el art. 576, cuya aplicación propugna en el motivo el recurrente, las conductas de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada o grupo terrorista. La diferencia entre ambas figuras delictivas, según tiene dicho esta Sala, no puede ser otra que el grado de integración o la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración, prevista en el art. 576 C.P. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del art. 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista sean desempeñados (propia y ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma por consistir la tipología penal que debe calificarse de pertenencia a una organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, algo más que los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el art. 516 C.P. en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4) (SS. 1346/2001 de 28-6, 1127/2002 de 17-6 y 50/2007 de 19-1). El delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas implica la condición de miembro o integrante de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas. Se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la banda del agente hasta que se produce su apartamiento. Dicha cooperación cuando se produce la ejecución de delitos concretos se traduce en una situación concursal que deberá resolverse, en su caso, conforme a las reglas del artículo 8º C.P.

De acuerdo con tal doctrina es evidente que el delito cometido por el recurrente es el previsto en el art. 516-2 C.P. respecto al cual existió prueba suficiente». (F. J. 1º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación del veredicto.

**Recurso: Casación nº 11546/2009 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 615/2010 de fecha 17/06/2010**

«A la vista, pues, del cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la materia, se pueden extraer algunas ideas rectoras para el análisis de la suficiencia de cualquier veredicto pronunciado por el Jurado. La primera, que el deber de motivación impuesto legalmente al Jurado no puede desconectarse de la condición de sus integrantes como personas no técnicas en derecho, lo que obliga a admitir, siempre que así resulte posible, ciertos deslices conceptuales y una terminología, en ocasiones, no especialmente certera. En segundo lugar, que el nivel de exigencia ha de modularse de manera diferente en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, debiendo ser, en este último caso, menos riguroso, pudiendo bastar al respecto la expresión de dudas acerca de la autoría del acusado. Por otra parte, no es necesario dar respuestas acabadas y absolutamente detalladas, sin que sea exigible al Jurado llevar a cabo un minucioso y exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada por las partes». (F. J. 4º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Valor de las declaraciones sumariales.

**Recurso: Casación nº 11297/2009 P
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 653/2010 de fecha 07/07/2010**

«Conviene recordar que el artículo 46 LOTJ, vinculado a las «especialidades probatorias» de este tipo de proceso, según su propia rúbrica, refiere, en su apartado 5, que “el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”.

(...)

Así pues, en el caso de la prueba anticipada, es decir, de aquélla que por diferentes circunstancias no pueda ser repetida en el acto de enjuiciamiento, el propio precepto analizado admite su simple reproducción en el acto del juicio, sin diferenciar respecto de las causas en que asimismo se admite la validez excepcional de esta prueba adelantada en los arts. 448 y 449 LECrim.

Distinto es el supuesto en el que el testigo (al que debe equipararse el perito, ex art. 724 LECrim) comparece efectivamente a la vista oral, en cumplimiento del mandato de los arts. 702 y 716 LECrim, y al hilo de sus manifestaciones en dicho acto se constata, bajo la intermediación del tribunal del jurado, que incurre en contradicciones respecto de lo que hubiere manifestado con anterioridad en otras fases procesales. Es aquí donde cobra valor la negativa a la simple lectura de las declaraciones prestadas previamente y obrantes en autos que preconiza el art. 46.5 LOTJ, en discrepancia con lo dispuesto en los arts. 714.1 y 730 LECrim; pero ello no impide que las partes puedan señalar a los testigos y peritos esas mismas contradicciones y pueden así ser objeto del debate, en el ejercicio del principio de contradicción, como autoriza el inciso 2º del art. 714 LECrim: el jurado estará así capacitado para tomar conocimiento de tales contradicciones, aunque las actas del sumario no puedan ser leídas literalmente durante el juicio, por así disponerlo el art. 46.5 LOTJ (STS 86/2004). Una interpretación más restrictiva carecería de sentido procesal, al no resultar lógico que, informado de la existencia de las contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en su presencia, se impidiera a los jurados verificar por sí mismos estas contradicciones. Precisamente ésa es la razón por la cual el art. 53.3 LOTJ dispone que el acta del juicio, a la que se deben agregar los testimonios de la declaraciones rectificadas, según lo dispuesto en el propio art. 46.5 LOTJ, sea entregada al Jurado antes de que éste pronuncie el veredicto, de manera que la convicción del jurado no se forma con las declaraciones sumariales, sino con las manifestaciones expresadas en el juicio a través de las cuales los deponentes se retractan o bien explican sus anteriores declaraciones del sumario, aclarando las eventuales divergencias entre unas y otras, de tal suerte que las declaraciones sumariales son así atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción de las partes. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario, que podrá ser apreciada en conciencia por los jurados, junto con el restante material probatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 741 LECrim, (por todas, SSTS 208/2003 o 1808/2001).

Igual criterio debe aplicarse a las declaraciones prestadas por el acusado a lo largo del procedimiento: su presencia en el juicio oral resulta inexcusable, por expresa imposición de los arts. 44 y 42.2 LOTJ, preceptuando además este último en su inciso 1º cómo el juicio oral se celebrará “siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. La propia LOTJ quiebra cualquier interpretación que pretenda negar toda posibilidad de aportación de aquellas declaraciones sumariales al juicio desde el momento en que en el art. 34.3 LOTJ permite a las partes “(...) pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen

para su posterior utilización en el juicio oral”. Evidentemente, entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial, cuya aportación pueden pedir el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, como ocurrió en el presente caso. A través de tales declaraciones sumariales las acusaciones podrán interrogar al imputado en el acto del juicio para que, en caso de ofrecer éste otra versión en dicho acto -por ejemplo, exculpatoria-, sobre la base de tales contradicciones pueda el Tribunal del Jurado estar autorizado para conocer la duplicidad de versiones. Lo que no será posible es proceder a su lectura, por prohibirlo expresamente el art. 46.5 LOTJ, pero sí se autoriza la incorporación al acta de la vista oral -extendida por el Secretario Judicial- de los testimonios referentes a las declaraciones sumariales que se soliciten, de acuerdo con el art. 34.3 LOTJ, con entrega de una copia del acta del plenario a cada uno de los jurados, tal y como autoriza el art. 53.3 LOTJ (STS 649/2000). Lo relevante en todo caso es que la confrontación entre lo declarado con anterioridad y en el juicio oral sea directa con la presencia personal del interrogado. Fuera de estos casos no será posible la valoración de las declaraciones sumariales.

En suma, nada impide que los jurados valoren aquellas manifestaciones sumariales que hayan sido introducidas en la vista del modo expuesto, con las debidas garantías procesales». (F. J. 2º)