

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA SEGUNDA  
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE  
LA SALA DE LO PENAL  
AÑO JUDICIAL  
2006-2007**

**NOVIEMBRE 2007**

- **ABANDONO DE MENOR.**
- **ABORDAJE DE EMBARCACIÓN EXTRANJERA EN ALTA MAR POR AGENTES ESPAÑOLES. Régimen jurídico.**
- **ABUSOS SEXUALES. La ausencia de consentimiento es un elemento del tipo que ha de ser captado por el autor.**
- **ABUSOS SEXUALES. Prevalerse de una situación de superioridad.**
- **ACTOR CIVIL. Subrogación en la posición de perjudicado realizada por la compañía aseguradora que abonó a aquel los perjuicios ocasionados por el delito.**
- **ADMINISTRACIÓN DESLEAL. La expresión “distraer dinero”.**
- **AGRAVANTE. Aprovechamiento de las circunstancias del lugar y alevosía. Compatibilidad.**
- **AGRAVANTE. Ensañamiento en delito de asesinato. No concurre.**
- **AGRAVANTE. Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Requisitos.**
- **AGRAVANTE. Prevalerse del carácter público.**
- **AGRAVANTE. Reincidencia.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Delito continuado agravado por pluralidad de sujetos que lo cometieron como autores. No hay “bis in idem”.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Es equivalente “acceder” a “hacerse acceder”. Pleno no jurisdiccional de 27/05/2005.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Pluralidad de partícipes y cooperación a la ejecución de otro.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Teoría de la “unidad natural de acción”.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Consume el ataque a la integridad moral.**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Violencia o intimidación en delito intentado de violación.**

- **AGRESIÓN SEXUAL.** Vulneración del principio “non bis in idem” por aplicación del subtipo agravado de participación plural al cooperador necesario.
- **AMENAZAS.** Amenazas a colectivos. Condición imposible de cumplir.
- **AMENAZAS.** Requisitos.
- **APROPIACIÓN INDEBIDA.** Administración desleal. Inaplicación de la agravación de uso abusivo de documento cambiario.
- **APROPIACIÓN INDEBIDA.** Conflicto interpretativo entre el art. 295 y el art. 252 del Código Penal.
- **APROPIACIÓN INDEBIDA.** Consumación del delito. Caso de apoderamiento de cupón de ONCE premiado.
- **APROPIACIÓN INDEBIDA.** Penalidad. Concurso y continuidad delictiva.
- **ASESINATO.** Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.
- **ATENUANTE.** Analógica de dilaciones indebidas. Inicio del cómputo de las dilaciones.
- **ATENUANTE.** Dilaciones indebidas: criterios para su determinación.
- **ATENUANTE.** Drogadicción muy cualificada.
- **ATENUANTE DE ARREBATO U OBCECACIÓN.** Doctrina general. Aplicabilidad en supuestos de violencia de género.
- **AUTO DE PROCESAMIENTO.** Naturaleza y alcance.
- **AUTO DE TRANSFORMACIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS A PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** Su falta de notificación no supone necesariamente indefensión.
- **AUTORÍA..** Comisión por omisión. Cooperación necesaria. Deber de la madre respecto al hijo menor.
- **AUTORÍA..** Comisión por omisión. Cooperación necesaria. Intervención decisiva.
- **AUTORÍA.** Comisión por omisión. Posición de garante.
- **AUTORÍA.** Participación en grado de conspiración.

- **BLANQUEO DE CAPITALES.** Elementos del delito.
- **CONCURSO DE DELITO DE AMENAZAS Y DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO.** Pena máxima.
- **CONCURSO DE DELITO DE ESTAFA Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO.**
- **CONCURSO DE DELITOS.** Concurso ideal.
- **CONCURSO DE DELITOS.** Pluralidad de conexiones mediales.
- **CONCURSO DE NORMAS.** Cohecho y omisión del deber de perseguir delitos.
- **CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS.** Delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP y delito contra el medio ambiente del art. 325 CP. Sanción por el tipo más grave, 325 CP.
- **CORRUPCIÓN DE MENORES.** Imprudencia de tipo agravado de pertenencia a organización.
- **COSA JUZGADA.**
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.** Contaminación acústica. Sujeto pasivo del art. 325.1 del CP.
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.** Responsabilidad del Alcalde.
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.** Ruido como factor patógeno.
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.** Vertidos indirectos.
- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.** Imposibilidad de apreciar continuidad delictiva.
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.** Delimitación conceptual y elementos.
- **DELITO CONTRA LA INTIMIDAD.** Acceso a correo electrónico. Artículo 197 CP. Elementos del tipo.
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.** Agravante específica de extrema gravedad.
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.** Autoría y no complicidad. Doctrina.

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Conspiración para su comisión.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Delito continuado.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Entrega de papalina por una menor. Acto aislado: no constituye tipo agravado.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. “Éxtasis”. Desconocimiento del porcentaje de principio activo. Cantidad considerable. Cumple el límite mínimo.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Doctrina general.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Supuesto concreto.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización o asociación.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Pena de multa. Interpretación del art. 377 del CP.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo agravado de utilizar a menores. No concurre en el hecho probado los presupuestos para apreciarlo.**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Supuestos de complicidad.**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Art. 318 bis CP. Transporte de súbditos rumanos sin afectación de sus derechos fundamentales.**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Diferencias con delitos contra los derechos de los trabajadores.**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Entrada mediante fraude.**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Hay que excluir del ámbito de la inmigración ilegal la relativa a personas de países incorporados a la Unión Europea. Acuerdo del Pleno.**

- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.** Inmigración clandestina: no concurre.
- **DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA.** No procede en supuestos de ciudadanos rumanos o búlgaros.
- **DELITO DE RESISTENCIA ACTIVA.** Acometer a la policía para huir.
- **DELITO PROVOCADO.** No concurre: Agente encubierto que realiza tareas de información.
- **DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCIÓN.** “Bis in idem” entre los arts. 318 bis 3º y 188.1º CP.
- **DELITO SOCIETARIO.** Aplicabilidad a Fundaciones. Merma del derecho de información a patrono.
- **DELITO SOCIETARIO.** Concepto de administrador de hecho.
- **DELITO SOCIETARIO.** Falsificación ideológica. Idoneidad del documento para causar perjuicio.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho a la intimidad. Audiencia pública solo la víctima menor de edad no compareció a la vista.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa. Análisis de ADN.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho a la segunda instancia.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración al no valorar el tribunal las pruebas de cargo.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho a un juez predeterminado por ley. Tramitación por Juzgado de Instrucción de procedimiento competencia de un Juzgado Central de Instrucción.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Derecho al secreto de las comunicaciones. Examen del contenido de teléfonos portátiles amparado por la autorización judicial de la investigación, mediante providencia.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** El derecho al secreto de las comunicaciones postales protege la correspondencia y no el envío de cualquier otro paquete postal. Doctrina del Tribunal Constitucional.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Intervenciones telefónicas. Falta de notificación del auto al Ministerio Fiscal.

- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Juez ordinario predeterminado por la ley. No cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de delitos. Competencia de la Audiencia Nacional.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Libertad de expresión. Posibilidad de restringirla en materia terrorista.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Proceso con garantías. La relevancia constitucional de los vicios del procedimiento exige indefensión material.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Ámbito de lo que puede acordarse por providencia.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES.** Tribunal imparcial.
- **DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS.** Es indiferente el fin último del autor.
- **DESISTIMIENTO.** Interpretación del art. 16.2 Código Penal.
- **DETENCIÓN ILEGAL.**
- **DOLO.** Dolo eventual. Diferencia con culpa consciente.
- **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.**
- **ERROR DE PROHIBICIÓN.** Artículo 192 bis del Código Penal.
- **ESTAFA.** Compatibilidad del tipo penal con actuación ilícita de la víctima.
- **ESTAFA.** Continuidad delictiva y especial gravedad por el importe defraudado.
- **ESTAFA.** Contrato de descuento bancario. Acuerdo del pleno. Engaño bastante.
- **ESTAFA.** Delito continuado. Supuestos de especial gravedad. Líneas jurisprudenciales.
- **ESTAFA.** Uso de tarjeta sustraída en cajero automático. Modalidad de manipulación informática del art. 248.2 del Código Penal. Doctrina.

- **ESTAFA.** Utilización de letras de favor como mecanismo engañoso. Doctrina de la Sala.
- **EXIMENTE.** Alteración en la percepción. Falta de socialización.
- **FALSEDAD DOCUMENTAL.** Concepto de documento mercantil.
- **FALSEDAD DOCUMENTAL.** Fotocopia como objeto del delito.
- **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD.** Competencia de la jurisdicción española.
- **INCENDIO.** Aplicación del tipo privilegiado de incendio sin riesgo para la vida o integridad física.
- **INTRUSISMO.** Asesoría en materia de extranjería.
- **JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.** Competencia Tribunales españoles. Interceptación en alta mar de patera.
- **LESIONES.** Arrojar desde la distancia un vaso contra la cara de la víctima: concurso ideal entre lesiones dolosas e imprudentes.
- **LESIONES.** Concurrencia de delito doloso con otro de lesiones imprudentes. Concurso ideal.
- **LESIONES.** Grave enfermedad.
- **LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.** Entrada en vigor del art. 4.
- **LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.** Inaplicabilidad del art. 4 derogado definitivamente por la L.O. 8/2006.
- **MALVERSACIÓN IMPROPIA DE CAUDALES.** Doctrina jurisprudencial.
- **PENALIDAD.** Fijación de la multa.
- **PENALIDAD.** Individualización. Falta de motivación. Subsanción en casación.
- **PENALIDAD.** Una pena más grave –precedente- sería un obstáculo para la atención a la víctima.
- **PRESCRIPCIÓN.** Doctrina general.
- **PRESCRIPCIÓN.** En contrabando.

- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Acceso a material clasificado como secreto.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Deber de motivación fáctica.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Declaración de víctima menor que se retracta en el juicio. Posibilidad de valorar el primer testimonio incriminatorio para fundar la condena.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Insuficiencia de testimonio de la víctima no ratificado en el juicio y no introducido en plenario mediante su lectura.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante policía. Pleno no jurisdiccional de 28-11-2006. Testimonio de referencia de los policías y del letrado.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Valoración del silencio del acusado. Acto neutro.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Valoración del silencio del acusado. Acto valorable.
- **PREVARICACIÓN.** Actuar “a sabiendas”.
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA.** Comisión por omisión.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Inmediación. Valor.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Principio acusatorio. Derecho a no ser acusado de algo que había sido sobreseído y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Principio acusatorio. El Tribunal no puede imponer mayor pena a la solicitada con carácter concreto por las acusaciones.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Principio acusatorio. Se vulnera al imponer el Tribunal pena más grave que la solicitada por la acusación. Acuerdo del Pleno.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006.
- **PRINCIPIOS PROCESALES.** Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006. Matizaciones.

- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración. Falta de homogeneidad entre delito de lesiones y de violencia doméstica.**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción.**
- **PROCESO PENAL. Legitimación. Acción popular.**
- **PROCESO PENAL. Sobreseimiento cuando hay acusación.**
- **PRUEBA. ADN. Recogida de muestras biológicas sin necesidad de autorización judicial.**
- **PRUEBA. Autoinculpatoria en fase procesal. Prueba de coimputado voto particular.**
- **PRUEBA. Confesión del inculpado en fase sumarial. Lectura de declaración en plenario ante silencio acusado. Conexión de antijuricidad con intervención telefónica ilícita.**
- **PRUEBA. Contraindicios.**
- **PRUEBA. Declaración como testigo protegido e imputado con información de derechos y asistencia letrada, prestando juramento: nulidad.**
- **PRUEBA. Declaración del coimputado. Doctrina del Tribunal Constitucional. Corroboración externa.**
- **PRUEBA. Declaración efectuada en el atestado: primero como testigo y luego como imputado. La primera no puede introducirse a través de los agentes policiales ante los que prestó.**
- **PRUEBA. Declaraciones en sede policial.**
- **PRUEBA. Dispensa de declarar: testigo víctima. Equiparación de la pareja de hecho al matrimonio.**
- **PRUEBA. Entrada y registro. Entrada judicialmente autorizada y registro amparado por la flagrancia delictiva.**
- **PRUEBA. Entrada y registro. Inexistencia de delito flagrante.**
- **PRUEBA. Entrada y registro. “Interesado”. Presencia del titular del domicilio, presencia del imputado.**
- **PRUEBA. Entrada y registro en buque con bandera extranjera.**

- **PRUEBA. Falta de notificación al Ministerio Fiscal de los autos acordando restricción de los Derechos Fundamentales.**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Audición de cintas en juicio. Doble naturaleza de las cintas: documental y pieza de convicción. Basta solicitar tal diligencia como complemento de la prueba documental interesada.**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Captura de datos externos. Se extiende el ámbito de protección del derecho fundamental.**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. La falta de notificación al Ministerio Fiscal no afecta al derecho de defensa del acusado.**
- **PRUEBA. Justificación de la incomparecencia a declarar en plenario de víctima menor. Superior interés del menor. Suficiencia de la exploración anticipada grabada y reproducida en el juicio.**
- **PRUEBA. Pericial toxicológica. “Doctrina sobre la mera impugnación”.**
- **PRUEBA. Pericial toxicológica. Incomparecencia de los peritos al plenario pese a impugnar la defensa el contenido del informe.**
- **PRUEBA. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad. Interpretación de la causalidad entre la prueba ilícita y la derivada.**
- **PRUEBA. Prueba ilícita. Confesión del imputado.**
- **PRUEBA. Prueba ilícita. Ruptura de conexión de antijuricidad.**
- **PRUEBA. Prueba pericial geológica.**
- **PRUEBA. Testifical en delitos de violencia de género. Víctima-testigo no cuenta con dispensa del art. 416 LECrim. Condena por prueba indiciaria.**
- **PRUEBA. Testigos de referencia.**
- **PRUEBA. Valor probatorio de las diligencias policiales. Recogida de muestras de vertidos industriales. No indefensión.**
- **PRUEBA. Valor probatorio de los informes de inteligencia policial.**
- **PRUEBA. Valoración conjunta.**
- **PRUEBA. Valoración de declaraciones prestadas en sede policial. Doctrina sobre el art. 714 LECrim. Pleno 28/11/06.**

- **RECURSO DE CASACIÓN.** Auto de sobreseimiento en procedimiento abreviado. Requisitos para ser recurrible en casación.
- **RECURSO DE CASACIÓN.** Error de hecho. Informes de auditoría: dudosa literosuficiencia.
- **RECURSO DE CASACIÓN.** Incongruencia omisiva.
- **REGISTRO DOMICILIARIO.** Es requisito de validez de la prueba la presencia del Secretario judicial.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Condena civil por participación a título lucrativo en ilícito penal cometido por otro (art.122 CP)
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Cuantificación del daño moral consecuencia de conductas defraudatorias.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Indemnización por daño moral en delito de apropiación indebida.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Interpretación del artículo 34 LH.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Subsidiaria de Caja de Ahorros “ex” art. 120.3 CP.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Subsidiaria de la empresa.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Subsidiaria del Estado “ex” art. 120.3 CP.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.** Artículo 120.3 del Código Penal.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.** De una entidad bancaria frente al “cliente”.
- **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA.** Delitos cometidos por internos evadidos de Centro Penitenciario.
- **SENTENCIA.** Motivación de sentencia absolutoria.
- **SENTENCIA.** Revisión. La retroacción de la norma penal más favorable afecta sólo a los pronunciamientos penales no a la responsabilidad civil.
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.** Declarada en el hecho probado la tenencia, es irrelevante que no se haya encontrado.

- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Defensa eléctrica.**
- **TERRORISMO. Amenazas. Delito especial. Amenaza a persona no a un grupo.**
- **TERRORISMO. Colaboración con banda armada. Concurso real con delito de depósito de armas y explosivos con fines terroristas.**
- **TERRORISMO. Delimitación de los conceptos de organización terrorista y banda armada.**
- **TERRORISMO. Integración en banda armada. Delito permanente. Ruptura por ingreso en prisión.**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto en caso de duda.**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto inculpatario.**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Recursos contra los Autos del Magistrado-Presidente.**

## **ABANDONO DE MENOR.**

Recurso: Casación nº 2428/2005

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1016/2006 de fecha 25/10/2006

«...De aquí deducimos nosotros que el concepto "encargado de su guarda" ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz -art. 229), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección".

... Como hemos señalado este delito admite una comisión activa y omisiva, pues la situación de riesgo, resultado del abandono, puede ser cometido de forma activa y de forma omisiva, mediante el incumplimiento de los deberes jurídicamente señalados en la protección de menores que obligan a los guardadores del menor y también aquellas personas que por su actuar precedente y por la puesta en peligro del bien jurídico garantizan la observancia de los específicos deberes de guarda y custodia. El acusado, con su actuar precedente, la sustracción del vehículo en el que se encontraba la menor, la colocó en una situación de riesgo que le obligaba a garantizar la indemnidad de su seguridad física. No lo hizo el acusado, quien abandonó a la menor en un descampado, desprotegida frente a los riesgos inherente a la situación de desvalimiento en que la colocó. Como acertadamente señala el Ministerio fiscal, de haberse producido un resultado lesivo, en la integridad física o en la vida de la menor, no se dudaría de la autoría, por comisión omisiva, de quien estaba en posición de garante, esto es el acusado respecto a las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse la menor, precisamente por la conducta del acusado». (F. J. 1º)

## **ABORDAJE DE EMBARCACIÓN EXTRANJERA EN ALTA MAR POR AGENTES ESPAÑOLES. Régimen jurídico.**

Recurso: Casación nº 10739/2006 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 209/2007 de fecha 09/03/2007

«...Alega el recurrente haberse vulnerado el principio de legalidad, en relación con el art. 96.1 CE, al no haberse observado el Convenio de Viena de 19-12-88 y el Convenio de Naciones Unidas del Derecho del Mar de 10-12-82, ambos ratificados por España. Ello en lo que respecta al cumplimiento por las autoridades españolas del condicionado impuesto por la República Bolivariana

de Venezuela en su autorización de abordaje del barco Alexandra, y en concreto en su punto 4, relativo a la reserva de jurisdicción a favor del estado venezolano.

Ciertamente, el art. 92 de la citada Convención dispone que: "*Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado".*

Y el art. 94.2 b) del mismo texto señala que: "*En particular, todo Estado ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque".*

Además, el art. 108 de la Convención, bajo la rúbrica de "*tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*" previene que:

"1. Todos los estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales".

Por su parte, el art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 19-12-1988 prevé, entre otras cosas de interés, lo siguiente:

"1. Las partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho marítimo internacional.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que está haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula, si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las partes o con cualquier acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el estado del pabellón podrá autorizar al estado requirente, entre otras cosas, a:

a) Abordar la nave;

b) Inspeccionar la nave;

c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner

en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado".

El examen de los folios 74 y 75 del T. I de las actuaciones, revela que la autorización concedida por la República de Venezuela como Estado del pabellón del buque abordado precisó que "la autorización para su abordaje quedaba condicionada a la siguientes condiciones:

1º. Se concede por vía excepcional solamente para el caso del buque privado Alexandra.

2º. Comprende el abordaje e inspección del buque solamente para constar que se encuentra o no implicado en actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

3º. En caso de encontrar evidencias que sustente que el buque privado ALEXANDRA está implicado en actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se podrán tomar las medidas adecuadas para detener el buque y su tripulación, dentro de los límites establecidos en el párrafo 5 del art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

4º. El Gobierno de la República bolivariana de Venezuela se reserva la jurisdicción sobre el buque, la tripulación y los bienes de a bordo, en caso de encontrarse evidencia que sustente que el buque privado ALEXANDRA se encuentra implicado en actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes sustancias psicotrópicas. La entrega del buque a las autoridades navales venezolanas se llevará a cabo en un punto de encuentro acordado previamente.

5º. El Gobierno del Reino de España será responsable de los daños y perjuicios que sus autoridades puedan ocasionar durante la ejecución del abordaje y la inspección.

6º. El Gobierno de la República bolivariana de Venezuela agradecerá altamente a las autoridades españolas de suministrar la información pertinente acerca de las acciones tomadas y de los resultados obtenidos".

El Tribunal de instancia, al respecto explicó, en su fundamento jurídico cuarto, que: "Es un hecho indubitado que el Comisario Jefe de UDYCO, en escrito de 2/06/2003 dirigido al Juzgado Central de Instrucción nº 1 solicita autorización para el ABORDAJE del barco Alexandra de bandera de la República de Venezuela que se llevaría a efecto por una dotación de GEOS del CNP y de la DAVA, para su posterior traslado al puerto español más cercano y proceder, en su caos, a su entrada y registro, los cual estimó procedente el Ministerio Fiscal en su dictamen del mismo día 2/06/2003, por lo que el Juez, en Auto de igual fecha, autoriza a interceptar y abordar, si fuera necesario en aguas internacionales, el barco de pabellón venezolano Alexandra y a la vez se ordena a los funcionarios de la DAVA que después de ejecutar lo acordado en el auto

*de abordaje, conduzcan a puerto español, el barco abordado y la sustancia, en donde se practicará, el correspondiente registro e intervención por la Comisión Judicial,*

*En su momento -Folio 75 del Tomo I- se solicita autorización para proceder al abordaje del barco Alexandra, de bandera venezolana y por comunicación de 2/06/2003 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, dirigida a la Embajada del Reino de España el Gobierno de la República Bolivariana de aquel país concede al Gobierno del Reino de España autorización para abordar e inspeccionar el buque privado de bandera venezolana ALEXANDRA en consistencia con la voluntad expresada por el Estado venezolano de contribuir en todo lo posible contra el flagelo de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y a su vez se hace constar que la autorización queda sujeta a las seis condiciones que se especifican en dicha comunicación, unida al polio indicado "ut supra".*

*El buque Alexandra fue abordado en la madrugada del 4/06/2003 y remolcado por el Petrel en dirección a Canarias conforme a lo acordado en la autorización judicial, y por falta de flotabilidad a causa de una avería de agua se produjo su hundimiento en la madrugada del 5/06/2003 a las 4,15 horas. El hecho de la pérdida del Alexandra, por inmersión en el mar cuando le remolcaba el Petrel -según acredita la diligencia del SVA -Pérdida del Remolque- Folio 80 del Tomo I del Sumario- es causa de incumplimiento de algunos de los condicionantes impuestos por el Gobierno de Venezuela en la autorización del abordaje en cuanto a la entrega del buque Alexandra a las autoridades navales venezolanas, y los demás incumplimientos pueden constituir una irregularidad que no invalida el abordaje, ni extiende las consecuencias a la valoración de la prueba obtenida ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, sino que al tratarse de la inobservancia de determinadas condiciones impuestas por el Gobierno de Venezuela, esto afectará a las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, y en todo caso generaría una cuestión entre dichos Estados, pero ajena al proceso penal".*

Y con la Sala de instancia hay que coincidir si se tiene en cuenta que esta Sala ha mantenido (Cfr. STS de 25-11-2003, nº 1562/2003) que "el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso. En todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencia a la valoración de la prueba obtenida".

En nuestro caso hay que recordar que -como vimos- las autoridades venezolanas concedieron autorización al Reino de España para abordar e inspeccionar la nave, así como para tomar las medidas adecuadas para detener el buque y la tripulación en caso de encontrar evidencias que sustentaran que el buque se encontraba implicado en actividades relacionadas con el tráfico ilegal

de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como así ocurrió. La reserva de jurisdicción establecida constituye una condición *ex post* al abordaje y registro del barco autorizados. Y las normas de Derecho Penal Internacional, contenidas en el art. 23 LOPJ establecen, sin duda, la competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes». (F. J. 4º)

**ABUSOS SEXUALES. La ausencia de consentimiento es un elemento del tipo que ha de ser captado por el autor.**

Recurso: Casación nº 1521/2006

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 408/2007 de fecha 03/05/2007

«...El art. 181.1 del CP castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona. La ausencia de violencia o intimidación representa -frente al delito de agresión sexual tipificado en el art. 178 del CP- la nota definitoria sobre la que se construyen las distintas figuras del delito de abusos sexuales. Frente a esa nota diferenciadora, que individualiza el medio ejecutivo en uno y otro caso, ambos tipos penales comparten la ausencia de consentimiento, supuesto sin cuya concurrencia difícilmente podría quedar afectado el bien jurídico protegido, que no es otro que el de la libertad sexual. Esa falta de consentimiento se hace evidente, tanto en aquellas ocasiones en las que la víctima no puede prestarlo por hallarse privada de sentido (art. 181.2), como en aquellas otras en las que expresa su rechazo a una relación sexual que, sea cual fuere el motivo, no acepta (art. 181.1). Además de tales casos, en los que la ausencia de consentimiento tiñe de antijuricidad la conducta del autor, no faltan otros en los que es más bien la indemnidad sexual de la víctima o su propia intangibilidad la que queda afectada. En efecto, la necesidad de dispensar tutela penal a supuestos especiales en los que la prestación del consentimiento no debería desplegar ningún efecto legitimante frente a la conducta del autor, ha llevado al legislador a negar capacidad a la víctima para autodeterminarse en la esfera sexual, ya sea por una razón biológica –el ser menor de trece años-, ya sea por un déficit psicológico –el padecer un trastorno mental- (art. 181.2). De igual modo, pese a su distinto significado criminológico, el legislador ha considerado procedente someter a la misma pena supuestos en los que ese consentimiento existe y se presta por la víctima, pero ha sido obtenido en virtud de una estrategia ejecutiva que saca provecho de la restringida libertad que impone a aquélla la situación de superioridad del autor (art. 181.3). En definitiva, la ausencia de consentimiento o la prestación de un consentimiento considerado inhábil por el legislador, están en la esencia del tipo, sin cuya concurrencia el juicio de tipicidad deviene insostenible.

La jurisprudencia de esta misma Sala ya ha tenido ocasión de delimitar la relación entre los tipos previstos en los arts. 181 y 182 del CP, instrumentos normativos concebidos para la tutela de la libertad sexual (cfr. STS 1308/2005, 30 de octubre, con cita de las SSTS 5.5.2000 y 11.5.2004).

Centrando nuestro interés en aquellos casos, como el presente, en los que se trata de discernir si existió o no un consentimiento que legitimara el contacto sexual efectivamente acaecido, está fuera de dudas que la negativa de la víctima puede ser expresa, presunta e incluso sobrevenida (cfr. SSTS 771/2005, 14 de junio y 644/2005, 19 de mayo). Nuestro sistema, como es lógico, no impone a la persona que sufre un abuso sexual un formato específico para atribuir a su negativa el significado que sería propio de cualquier acto de afirmación de libertad sexual. Dicho con otras palabras, el rechazo de la víctima no puede sujetarse anticipadamente a reglas estereotipadas que sirvan de arriesgado criterio a la hora de decidir si un determinado episodio sexual ha sido o no efectivamente consentido. Bastará con que la víctima rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. Será indispensable, eso sí, que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual.

En el caso que nos ocupa, la falta de consentimiento sólo puede afirmarse o cuestionarse, dada la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, a partir del relato de hechos probados que incorpora la sentencia impugnada. En consecuencia, no pueden ser tomadas en consideración en esta sede las dudas probatorias que arroja la parte recurrente sobre una verdadera oposición de la víctima al acto sexual descrito en el factum. Es entendible que, con fines defensivos, se ponga el acento en la existencia de una relación sentimental ya extinguida, en el hecho de que Paola acepte sin reparo acudir al domicilio de su antiguo novio o, en fin, en la circunstancia de haberse sentado en la cama junto a aquél. Sin embargo, tales datos -más allá de su indudable valor en la indagación jurisdiccional de lo que verdaderamente aconteció en la habitación del acusado- no serían suficientes, sin más, para negar el juicio de tipicidad que la Sala de instancia proclama. Con carácter general, ninguno de los episodios que preceden o subsiguen a cualquier encuentro sexual puede impedir, por sí solo, el atentado a la libertad sexual de la víctima. En el presente caso, el hecho de que, una vez terminado el episodio sexual, ambos protagonistas se marchen a un local a tomar algo o de que la víctima realice una llamada de teléfono a su propia madre para decirle que ya volvía o, simplemente, que en la casa donde se produjo el encuentro existiera una tercera persona que no notó nada extraño, son elementos de juicio que, conviene insistir en ello, no encierran obstáculo conceptual alguno para afirmar, en su caso, la existencia del delito. Es el juicio histórico, con sus afirmaciones y omisiones, tal y como ha sido proclamado por la Sala de instancia, el que fija los límites a nuestra capacidad valorativa.

Los problemas nacen cuando, a partir de la lectura detenida del relato histórico, hay que concluir si la negativa de Paola, hecha valer mediante la expresión de dos frases ("*que no quería, que no lo hiciera*"), tiene el significado excluyente necesario para aceptar como integrado el más importante de los elementos del tipo. Es cierto que el examen del factum pone de manifiesto un rechazo por parte de Paola a lo que está aconteciendo. Sin embargo, el proceso descriptivo que lleva a cabo el Tribunal *a quo* no permite, por su parquedad, fijar con precisión el alcance de la negativa y, lo que es más importante, si ésta fue captada por el autor. Los cuatro renglones que se dedican a explicar lo que

aconteció en el domicilio de Marbin describen un hecho que, a su vez, se descompone en seis secuencias cronológicamente sucesivas que, además, tienen lugar sin violencia ni intimidación: a) el procesado estira sobre la cama a Paola; b) se coloca encima de ella; c) le baja los pantalones; d) le aparta la ropa interior; e) la penetra vaginalmente; y f) eyacula en su interior. Mientras tales actos se suceden, la víctima –describe el Tribunal *a quo*- tan sólo acierta a pronunciar dos frases. No enriquece el relato fáctico la escueta afirmación de que la denunciante quedó *paralizada*. Esa falta de respuesta no añade nada, desde el punto de vista estrictamente penal y en ausencia de cualquier violencia o intimidación, al juicio de tipicidad.

Es el laconismo de esa descripción fáctica el que impide estimar colmadas las exigencias del tipo del art. 181.1 del CP. No es, desde luego, irrelevante que las dos frases de rechazo se produjeran, por ejemplo, en la primera y segunda de aquellas secuencias –cuando el acusado *estira* a Paola sobre la cama y se coloca encima de ella- o en la tercera y cuarta –cuando el acusado le aparta la ropa anterior y consuma la penetración-. Y no cabe duda de que la ausencia de consentimiento por parte de la víctima es un elemento del tipo que ha de ser captado por el dolo del autor. Pero cuando exigimos que el dolo abarque esa falta de consentimiento no nos estamos refiriendo al rechazo que se proyecta sobre los actos que preceden a la relación sexual propiamente dicha, sino al acto genuinamente sexual, en este caso, a la penetración vaginal. Sólo así la protección de la libertad sexual, bien jurídico protegido en la regulación de los *abusos sexuales* descritos en el Capítulo II, del Título VIII, del Libro II del CP, adquiere verdadero significado. Resulta indispensable, pues, que el mensaje de rechazo, que es expresión del ejercicio de autodeterminación sexual, llegue al autor con la nitidez y claridad suficientes. Es entonces cuando el acto in consentido puede ser interpretado como una acción que doblega la voluntad inequívoca de la víctima y, consiguientemente, menoscaba el bien jurídico. Y nada de esto puede deducirse del juicio histórico».

### **ABUSOS SEXUALES. Prevalerse de una situación de superioridad.**

Recurso: Casación nº 995/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1263/2006 de fecha 22/12/2006

«El artículo 181, en el apartado primero sanciona la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexuales ejecutados sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, y en el apartado tercero sanciona con la misma pena los mismos actos cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

La regulación legal conduce a estimar que, a los efectos del artículo 181 y 182, desde los doce años hasta la reforma de la LO 11/1999, y desde los trece con posterioridad a esa fecha, la decisión del menor consintiendo la realización de actos de naturaleza sexual es válida salvo que se abuse de su trastorno mental, se halle privado de sentido o el autor obtenga el consentimiento

prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Excepciones a esta validez aparecen en otros preceptos en atención a la conducta desarrollada, concretamente en los artículos 187 y 189.4.

El tipo referido a la citada modalidad de prevalimiento exige, no solo la existencia de una situación de superioridad, sino que ésta sea manifiesta, es decir, evidente y clara, percible objetivamente y no solo de forma subjetiva por una de las partes, y además que haya coartado la libertad de la víctima, de manera que no basta con que concorra la situación de superioridad, sino que es preciso que de ella se derive un condicionamiento de la decisión del sujeto pasivo hasta el punto de poder afirmarse que no fue totalmente libre.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, es preciso que el autor perciba la situación de superioridad, lo que ocurrirá ordinariamente al ser manifiesta, y además que de ella se deriva la coerción sobre la libertad del sujeto pasivo.

La diferencia evidente de edad, especialmente cuando el menor está muy cercano a los doce o trece años, ha sido valorada por la jurisprudencia como una situación que origina generalmente una superioridad de la que, de una u otra forma que debe aparecer en los hechos, puede aprovecharse el autor para lograr la no oposición del menor a la realización de actos de naturaleza sexual. Pero es precisa además una coerción sobre la libertad de la víctima, por lo que se ha exigido que concurren otras circunstancias.

De esta forma, en la STS nº 1312/2005, de 7 de noviembre, citada en la de instancia, y coincidente con la STS nº 1287/2003, de 10 de octubre, se decía que “En efecto el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por si misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo. Ahora bien, el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad insito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada. Por ello, si el Legislador de 1995 estimó que en todo caso constituían abusos sexuales no consentidos los que se ejercitasen sobre menores de 12 años (La Ley 11/99 elevó el mínimo a 13 años), es claro que en personas muy próximas a dicha edad, la posibilidad de coartar la capacidad de discernimiento es muy relevante, por lo que los supuestos de relaciones sexuales entre adultos con plena capacidad de discernimiento y menores en estas edades, integran ordinariamente abuso con prevalimiento dada la acusada desproporción o asimetría entre las respectivas capacidades intelectivas y volitivas que determinan una situación de inferioridad manifiesta de la menor (STS 1149/2003 de 8.9)”.

Generalmente las circunstancias susceptibles de valoración vienen concretadas en un déficit en la formación de la personalidad del menor que lo hacen más vulnerable a la sugestión de terceros, habitualmente acompañada de la entrega de regalos o dinero, o bien en la existencia de una relación familiar o de autoridad o similar que se aprovecha por el autor para diluir la oposición inicial de la víctima a la realización de actos sexuales. Situaciones o relaciones que, como se ha dicho más arriba, deben ser percibidas por el autor.

En la STS nº 507/2005, de 21 de abril, no se apreció la existencia de delito al omitir la sentencia cualquier referencia a la personalidad del menor o a relaciones familiares o de autoridad que supusieran una situación que coartara la libertad de la víctima, aun cuando se apreciara la superioridad derivada de la diferencia evidente de edad.

En la STS nº 978/2004, de 28 de julio, no se estimó cometido un delito de abusos sexuales sobre un menor de 14 años al no constar debidamente explicada en la sentencia la percepción por el autor de los hechos de las circunstancias, por otra parte escasamente explicitadas, que hacían al menor vulnerable a causa de algo más que su temprana edad.

En la sentencia impugnada se tratan de igual manera los casos de los dos menores a los que se refiere el relato fáctico. Sin embargo, deben ser objeto de examen separado, ya que se aprecian entre uno y otro caso diferencias relevantes. En lo que se refiere al menor Claudio, contaba doce años y cuatro meses cuando se inician los hechos, y se dice además que se trata de una persona con un CI de 98 y con un trastorno del desarrollo sin especificar que influyó en su aprendizaje, afectado por los sentimientos, emocionalmente poco estable y con muy baja estima. Se añade que el acusado le ofreció dinero a cambio de las relaciones sexuales y que el menor aceptó a pesar de no haberlas tenido con anterioridad y de no gustarle, desarrollándolas en otras tres ocasiones más en un periodo de cuatro meses.

Se trata, por lo tanto, de un menor con los doce años prácticamente recién cumplidos, lo que debía ser evidente para el acusado, que tenía más de treinta. La diferencia de edad es especialmente relevante, y unida a que el menor prácticamente había cumplido los doce años como se ha dicho; a su déficit de desarrollo personal, y a los ofrecimientos de dinero, hecho de importancia para esa edad que fácilmente lo conduce a una situación de difícil rechazo para el menor, configuran los elementos típicos del delito, pues se aprecia tanto la superioridad manifiesta como la coerción a la libertad de la víctima derivada de aquella, junto con las circunstancias que la rodean.

Por lo tanto, respecto del menor Claudio, el motivo se desestima.

Cuestión distinta es el hecho relativo al otro menor, Daniel. Cuando ocurren los hechos, según la sentencia, había cumplido ya los catorce años, con un CI de 111, siendo una persona afectada por los sentimientos, emocionalmente poco estable y turbable que vio algo afectados sus estudios por estos hechos. Aceptó las propuestas relativas a las relaciones sexuales que

llevó a cabo en dos ocasiones a cambio de dinero, a pesar de que nunca antes había tenido relaciones de este tipo.

Nada más se dice en el hecho probado. No se menciona ninguna otra relación o vinculación entre el acusado y el menor ni un déficit en la personalidad de éste apreciable externamente. En este caso, aunque la superioridad exista a causa de la diferencia de edad, no concurren otras circunstancias valorables que pudieran ser percibidas y aprovechadas por el autor. No se desprende de los hechos que las circunstancias en las que se hace la propuesta por el recurrente y se acepta por la víctima, supusieran una coerción para la libertad de ésta, pues su edad y desarrollo, sin otros elementos negativos constatables y percibibles por el autor, le permitía adoptar una decisión respecto a una propuesta solo acompañada de la promesa de una retribución.

Consecuentemente, en relación al menor Daniel Omar el motivo se estima y se absolverá al acusado del delito de abusos sexuales cometidos sobre el mismo». (F. J. 2º)

**ACTOR CIVIL. Subrogación en la posición de perjudicado realizada por la compañía aseguradora que abonó a aquel los perjuicios ocasionados por el delito.**

Recurso: Casación nº 432/2006

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 199/2007 de fecha 01/03/2007

«...El Pleno no jurisdiccional de esta Sala ha señalado, el 30.1.2007, recogiendo la actual doctrina jurisprudencial que, cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, aquella si puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actora civil subrogándose en la posición del perjudicado.

En el caso presente se trata de que AXA, aseguradora de la entidad bancaria, satisfizo a esa entidad y a los clientes de las cajas de seguridad que en ella se hallaban, las indemnizaciones correspondientes a consecuencia del robo cometido en las cajas. Por lo que ha de aceptarse la legitimación activa civil de AXA en el presente proceso penal.

Así la sentencia del 22.11.2002, TS establece: "La doctrina de esta sala a lo largo de muchos años ha venido entendiendo que cuando los daños patrimoniales a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, como lo eran las compañías de seguros, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión "por razón del delito" utilizada en el art. 104 CP anterior. Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podría haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a través del contrato. Lo cierto es que nuestro legislador conocía este problema y el alcance

que esta sala venía dando a esta expresión “por razón del delito”, y cuando se redacta el nuevo art. 113 CP 95, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa entendemos que es ahora más adecuado al espíritu de la ley el que esa acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal”

Y, en la misma línea, la sentencia de 24.2.2005 argumenta: "Será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo". "Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadió procesal serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal"». (F. J. 18º)

### **ADMINISTRACIÓN DESLEAL. La expresión “distraer dinero”.**

Recurso: Casación nº 47/2006

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 1114/2006 de fecha 14/11/2006

«..Consecuentemente, 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 este sentido la doctrina de principios del siglo XX ya definía el delito de administración desleal de la misma forma y en términos aplicables en el derecho vigente, diciendo que "*el tipo de la administración desleal puede ser definido, de la manera más amplia posible, como [el delito que comete] todo el que por disposición de la ley o por un negocio jurídico está llamado a disponer sobre un patrimonio ajeno, será culpable de administración desleal, cuando esta disposición lesione dolosamente los derecho del titular*". De allí que la acción típica se concebía como "*perjudicar antijurídicamente el patrimonio ajeno (...)* y ello precisamente por medio del abuso de poder que le ha sido acordado".

Estos conceptos coinciden notablemente con la interpretación que nuestra jurisprudencia ya expuso en la sentencia del caso *Argentia-Trust* y más recientemente en la STS 841/2006, de 17.7.2006, según la cual "*la distracción se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto, con vocación definitiva*" (Fº Jº 11º). Allí mismo se agrega que "*cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles*" se requiere que "*el autor ejecute un acto de disposición sobre el (...) dinero recibido que resulte ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado*"». (F. J. 1º.2)

**AGRAVANTE. Aprovechamiento de las circunstancias del lugar y alevosía. Compatibilidad.**

Recurso: Casación nº 10523/2006 P  
Ponente: Sr. Jiménez García  
Sentencia: nº 252/2007 de fecha 08/03/2007

«...En relación a la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias del lugar con la agravante de alevosía, es evidente que su compatibilidad es problemática, pues ambas inciden en un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad --fin alternativo de todas las circunstancias del párrafo 21 del art. 22-- que está ausente de la estructura de la alevosía en la medida que en esta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios, modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundadamente la sentencia sometida al presente control casacional en sus págs. 30 y 31.

Un repaso a la Jurisprudencia de la Sala nos permite verificar que esta es oscilante en la medida que se pueden contabilizar sentencias en el doble sentido de estimar la compatibilidad --en la mayoría de los casos--, pero también existen devoluciones que estiman su improcedencia. En todo caso, y una vez más, el criterio diferenciador para optar por una u otra decisión debe situarse en el estudio en profundidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya que en definitiva, como ya se ha dicho por esta Sala el enjuiciamiento es una actividad valorativa esencialmente individualizable». (F.J. 3º.1)

**AGRAVANTE. Ensañamiento en delito de asesinato. No concurre.**

Recurso: Casación nº 10042/2006 P  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 1232/2006 de fecha 05/12/2006

«...5.- 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.

6.- 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.

7.- 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, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

8.- La sentencia, valorando la prueba, no puede determinar las causas de la agresión y las circunstancias que las desencadenan, por lo que admite este vacío y se limita a señalar o describir la forma en que se produce la agresión mortal. Ésta tiene lugar con un cuchillo cuyas características se ignoran al no haber sido hallado. Le propina hasta treinta cuchilladas “cayendo al suelo tras las tres o cuatro últimas”.

9.- A continuación, va detallando la localización de las incisiones: dos en el rostro, cinco en el cuello, veintitrés en el tórax anterior, que suman treinta, pero no nos describe, con la precisión exigida para justificar la aplicación de una agravante cualificativa, cual fue la secuencia y cuáles las circunstancias en que se produjo. A efectos de plasmar de forma nítida la agravante de ensañamiento se necesitaría una descripción en la que constase que las incisiones en el rostro habían sido solamente superficiales y con el exclusivo propósito de causarle un dolor físico innecesario. Lo mismo cabría decir de las cuchilladas en el cuello aunque, en este caso, habría que ser más cuidadoso ya que una incisión en dicha zona es difícil de configurar como un acto de sadismo premeditado y no como una acción directamente encaminada a causarle la muerte. Las veintitrés heridas en el tórax, todas en la zona anterior izquierda y diseminadas por toda la zona torácica, como expresión de un método calculado para amagar y no causar la muerte, no aparecen perfiladas de tal forma, que nos permita admitir la perversa acción de aumentar el dolor del ofendido. Si, además, el hecho probado nos dice que éstas afectaron al tejido pulmonar, pericardio, cavidades ventriculares y cavidad peritoneal afectando al fundus gástrico, hígado y bazo, resulta absolutamente aleatorio e inseguro para el derecho penal afirmar que sólo las tres o cuatro últimas causaron la muerte, imprecisión incomprensible en un dictamen tan minucioso, para que se pueda afirmar que, el exceso de incisiones, se debió a un ánimo de hacer sufrir a la víctima.

10.- No podemos admitir, frente a algunas teorías o posturas, que la mera comprobación de un número elevado de incisiones o heridas demuestre, por sí sola, la metódica y calculada forma de escindir el propósito homicida en dos secuencias diferenciadas, una primera encaminada a solazarse en dolor del que se va a matar y la segunda exclusivamente y específicamente elegida para rematar la acción terminando con su vida.

11.- En este caso, la cantidad de incisiones forman un todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfundada en la que el autor acomete a su víctima de forma desaforada e incontinente hasta que consigue, su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte». (F. J. 3º)

**AGRAVANTE. Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 10008/2006 P  
Ponente: Sr. García Pérez  
Sentencia: nº 1160/2006 de fecha 09/11/2006

«En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo.

En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.

Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía». (F. J. 23º)

**AGRAVANTE. Prevalerse del carácter público.**

Recurso: Casación nº 46/2006  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 943/2006 de fecha 02/10/2006

«1.- La Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad marca unas pautas de intervención que son generalizables a esta institución que desarrolla sus funciones en el ámbito territorial de un municipio.

Deben absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, actuar con integridad y dignidad y, sobre todo, velar por la vida y la integridad física de las personas a las que detienen, respetando su honor y dignidad.

Establecidos estos parámetros que creemos que no han sido observados por el acusado, tenemos que definir si toda actuación o exceso de un policía genera la agravante de prevalimiento del carácter público que incrementa el reproche de su conducta.

2.- Prevalerse supone el aprovechamiento de la función que se realiza para cometer un hecho delictivo con mayor facilidad. No se trata de una agravante especial anudada a la función pública. Cualquier servidor público puede cometer cualquier clase de delitos en los que resulta irrelevante su conducción de ejercicio de función pública.

Puede verse con mayor claridad el efecto y el propósito agravatorio en el deficiente artículo que regula la tortura. El funcionario público abusa de su cargo para obtener una declaración, que es la finalidad intrínseca de un funcionario policial dedicado a la investigación. Esta actuación debe ser duramente sancionada cuando para obtener estos datos atenta contra la vida o la integridad física y moral de la persona que tiene bajo su custodia.

3.- En el caso que nos ocupa, resulta claro que el policía actuó en función de las atribuciones de su cargo al detener al lesionado. No cuestionamos su adecuación o no a su comportamiento y reacción ante el incidente de la grúa que retiraba su automóvil. A partir de ordenar su detención y traslado a Comisaría se constituyó en garante y responsable de su custodia. Ello no le autorizaba a abusar de sus funciones y no prevalerse de ellas para cometer hechos nítidamente delictivos. Por ello estimamos que concurre la agravante solicitada». (F.J. 3º)

## **AGRAVANTE. Reincidencia.**

Recurso: Casación nº 2178/2005

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1020/2006 de fecha 05/10/2006

«En el caso enjuiciado, como acertadamente alega el Ministerio fiscal en esta instancia, alzamiento y apropiación indebida se encontraban, bajo el Código penal de 1973, en una misma rúbrica de un propio capítulo: “De las defraudaciones”. Es cierto que ahora se encuentran en capítulos consecutivos, y además que ambos atacan el patrimonio del sujeto pasivo y mediante un modo comisivo, no exactamente igual. Podríamos pensar que en la apropiación, no se entrega algo que se debe al sujeto pasivo, y que en el alzamiento, tampoco se entrega, evitándolo mediante maniobras evasivas que se actúan sobre el patrimonio del sujeto activo del delito, evitando su responsabilidad frente a sus acreedores. Pero tal distinción es demasiado amplia, y no precisa

lo suficiente en relación con el “modus operandi”, como uno de los criterios de la identidad de naturaleza, exigida por el legislador.

En consecuencia, no podemos afirmar que ambos delitos, alzamiento de bienes y apropiación indebida, sean de la misma “naturaleza”, razón por la cual no podemos predicar la existencia de la circunstancia agravante que fue apreciada por la Sala sentenciadora de instancia». (F. J. 5º)

**AGRESIÓN SEXUAL. Delito continuado agravado por pluralidad de sujetos que lo cometieron como autores. No hay “bis in idem”.**

Recurso: Casación nº 10425/2006 P  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 99/2007 de fecha 16/02/2007

«...al margen de la irregularidad que denuncia el Fiscal al haberse calificado como delito continuado lo que podría haber constituido dos diferentes infracciones, con el correspondiente incremento en la punición que ello habría supuesto, lo que sucede es que la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima.

Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de “bis in idem”, o indebida doble incriminación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimar el motivo». (F. J. 3º)

**AGRESIÓN SEXUAL. Es equivalente “acceder” a “hacerse acceder”. Pleno no jurisdiccional de 27/05/2005.**

Recurso: Casación nº 519/2006  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1295/2006 de fecha 13/12/2006

«..En el motivo cuarto denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene que se ha realizado una interpretación extensiva del concepto de acceso carnal del artículo 179 del Código Penal. Mantienen que no ha existido “acceso carnal por vía bucal”. Sostienen que la idea que preside el delito de violación y concretamente la expresión acceso carnal es la introducción del miembro viril por alguna de las cavidades penalmente protegidas (vagina, ano y boca). Cualquier interpretación contraria, de la que discrepa, estima que se trata de una extensión analógica en perjuicio del acusado que no es admisible por el derecho penal.

Denuncia asimismo una aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad al establecimiento del criterio aplicado en la sentencia.

Cuando se trata de personas mayores de edad, el bien jurídico protegido en los delitos de agresiones sexuales es la libertad sexual. No existe ninguna razón para actuar penalmente de diferente forma según el titular del derecho, sujeto pasivo de la acción delictiva, sea hombre o mujer. Tampoco en atención al sexo del sujeto activo. Serán las circunstancias que diferencian unas y otras clases de agresiones las que pudieran justificar una reacción punitiva mayor o menor, sancionando más gravemente las agresiones de mayor contenido lesivo para el bien jurídico. Pero el bien jurídico se protege de la misma forma con independencia del sexo del sujeto.

El artículo 179 incrementa la pena prevista en el artículo 178 para las agresiones sexuales (con violencia o intimidación), cuando la agresión “consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”. El acceso carnal se ha identificado originariamente con la cópula, esto es, con la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal. Hasta la reforma de 1989, el Código Penal derogado consideraba la violación como el acto de yacer con una mujer una vez excluido su consentimiento, en alguna de las formas típicas (menor de 12 años, privada de razón o de sentido y con violencia o intimidación). En la referida reforma, el concepto penal del acceso carnal se amplió, al definir el delito de violación como el cometido por aquel que “tuviera acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”, sancionando así algunas conductas en las que el sujeto pasivo podía ser un varón, si bien permanecía la exigencia implícita de que lo introducido debería ser en todo caso el miembro viril para que la conducta pudiera ser considerada como acceso carnal.

El Código Penal vigente, en su redacción originaria, sin utilizar la palabra “violación”, agravaba las agresiones sexuales del artículo 178 (atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación), cuando consistieran en “acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal”, con lo que volvía al concepto inicial de acceso carnal al distinguir entre éste y otras penetraciones, también referidas al miembro viril, pero efectuadas por otras vías distintas de la vaginal.

La reforma efectuada por la Ley Orgánica 11/1999 volvió a la situación anterior, pues nuevamente redacta la conducta agravada estableciendo que se apreciará cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a esta conducta la introducción de objetos por las dos primeras vías. Finalmente, la redacción actual procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que mantiene la redacción anterior, si bien introduce nuevamente el vocablo “violación” y añade como conducta equiparada la introducción de miembros corporales por cualquiera de las dos primeras vías.

Por lo tanto, el concepto penal de acceso carnal en la actualidad comprende no solo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal o bucal.

Para el DRAE, acceso es equiparable a coito, y éste es definido como cópula sexual. Es claro que tales conceptos son aplicables tanto al varón como a la hembra, debiendo entenderse que en casos de cópula, o de introducción del miembro viril en las cavidades ya mencionadas, ambos participantes tienen acceso carnal. Concepto que, de otro lado, coincide con el socialmente aceptado de modo general.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la equiparación del acceso carnal violento con otras conductas se justifica en la similar potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido.

Así entendido el precepto, se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí.

Como ya hemos dicho, no existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo. Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas.

La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones.

En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha.

Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos "es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder", acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS nº 472/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: "La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo

podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo."

Tal interpretación venía permitida por el texto del precepto desde 1999, por lo tanto, con anterioridad a los hechos enjuiciados, de forma que no se ha acudido a la analogía in malam partem, prohibida en el ámbito del Derecho Penal.

Por lo tanto, en este aspecto, el motivo debe ser desestimado.

Plantea el recurrente la imposibilidad de aplicación retroactiva de la jurisprudencia. La cuestión tiene un indudable interés, pero la tesis del recurrente no puede ser aceptada totalmente. De un lado porque, aun cuando la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establece la interpretación correcta de la ley, no es equiparable íntegramente a ésta, y la prohibición de retroactividad solo a ella se refiere. El Tribunal interpreta el texto legal según los métodos interpretativos aceptados en Derecho, teniendo en cuenta la Constitución y la realidad social, referida a los valores aceptados profunda y consistentemente en la sociedad en un momento determinado y con vocación de permanencia. No hay en este aspecto aplicación retroactiva, ya que la interpretación que se sostiene era posible según el texto de la ley, y por lo tanto aplicable desde la vigencia de aquella.

En segundo lugar, la efectividad de la pretensión del recurrente conduciría de facto en el momento actual a la inexistencia de la jurisprudencia. Esta viene constituida por las decisiones del Tribunal Supremo que constituyen la ratio decidendi, y no por afirmaciones obiter dicta. Es claro que la jurisprudencia solo puede establecerse en relación con hechos ocurridos antes de la decisión del Tribunal. Una ratio decidendi que resolviera de forma distinta al sentido derivado del texto de la ley literalmente considerado sería de imposible aplicación ante la ausencia de precedentes. Tal conclusión, no es aceptable, pues es evidente que otros criterios interpretativos de la ley son posibles, luego la tesis debe ser rechazada. Una forma de corrección vendría dada por un sistema en el que fuera posible el anuncio de un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo solo aplicable a hechos posteriores, pero tal posibilidad, que equipararía ley y jurisprudencia en ese aspecto, no está regulada en la actualidad». (F. J. 4º)

**AGRESIÓN SEXUAL. Pluralidad de partícipes y cooperación a la ejecución de otro.**

Recurso: Casación nº 10955/2006 P  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 217/2007 de fecha 16/03/2007

«...la víctima fue sometida a sendos ataques a su libertad sexual, en presencia de ambos sujetos activos, el recurrente y el menor que le acompañaba, concurriendo la razón que mueve al Legislador a establecer este supuesto agravado, por el reforzamiento de la circunstancia intimidativa que supone esa doble presencia y resultando del todo irrelevante el hecho de que uno de los agresores se encontrase en el interior del vehículo y el otro fuera de él pues es indudable la presencia de ambos en el escenario propio de los delitos.

Sin embargo, el dato de que fuera Radu condenado como autor de la infracción que comete como protagonista directo y, a la vez, como cooperador necesario de la realizada por su compañero, marca una importante diferencia en orden a la aplicación de la referida agravante específica, pues si bien en el primero de esos casos, aquel en el que el recurrente actuó como autor, el supuesto agravado no supone, en modo alguno, infracción del principio “non bis in idem”, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, ya que, en efecto, Radu es autor de una agresión en la que toman parte dos distintos agentes, él mismo y su acompañante, por el contrario, en aquella infracción en la que su forma de participación tiene el carácter de cooperación necesaria, la agravante de pluralidad de ofensores sí que supone la vulneración del principio “non bis in idem”, toda vez que esa clase de participación siempre requiere un autor al que se ofrece la colaboración y, por ende, en todo caso la colaboración necesaria implica la comisión del ilícito con pluralidad de sujetos.

En otras palabras, resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al Legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad subjetiva conlleva, de por sí, la necesaria concurrencia de la pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del repetido principio “non bis in idem”.

En resumen, el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en sendos delitos contra la libertad sexual, en los que, de una parte, concurre la agravante específica de haber sido cometido por más de un agente cuando ocupó el lugar de autor, no pudiendo ser ésta tenida en cuenta, de otro lado, en el que actuó como cooperador necesario, procediendo, en consecuencia, la estimación del Recurso en este concreto aspecto». (F. J. 3º.1)

## **AGRESIÓN SEXUAL. Teoría de la “unidad natural de acción”.**

Recurso: Casación nº 10367/2006 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1302/2006 de fecha 18/12/2006

«Esta Sala ha apreciado la unidad natural de acción en los delitos contra la libertad sexual *"cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha"*, es decir, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto (STS 553/2000, con cita de la de 15/02/97). Esta línea jurisprudencial se mantiene hoy vigente, no sólo para los delitos contra la libertad sexual sino para otros casos en los que existe una pluralidad de acciones que en realidad son manifestación de un único propósito y que pueden considerarse como la ejecución de una sola (STS 830/2003, en un caso de falsedad en documento público, entre otras). Hemos señalado recientemente (STS 935/2006 y las citadas en la misma) que la denominada teoría de la *"unidad natural de acción"* supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permite una unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción. Efectivamente, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que cuando se dan dos o más penetraciones si el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal, por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno sólo que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, es decir, no se trata de reproducir los hechos en diversas ocasiones idénticas, que caracterizaría la continuidad delictiva, sino de apreciar progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación.

Pues bien, en el presente caso, según el *factum*, intangible a estos efectos, se trata de una secuencia no interrumpida, donde progresivamente se suceden los ataques a la libertad sexual de la víctima, de forma que no es posible distinguir distintos ámbitos espacio-temporales, encadenándose sucesivamente las acciones del acusado, lo que da lugar a aplicar la doctrina invocada». (F. J. 4º)

## **AGRESIÓN SEXUAL. Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Consume el ataque a la integridad moral.**

Recurso: Casación nº 10776/2006 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 159/2007 de fecha 21/02/2007

«...Tal como argumenta el Tribunal, poco importa que el acusado orientara directamente su conducta vejatoria y humillante sobre la mujer a obtener una disminución de su resistencia a una eventual agresión sexual. Lo determinante es que, ejecutados esos hechos, con evidente conciencia de sus

efectos sobre la mujer y sobre su capacidad de resistir a la agresión total a la que era sometida, el acusado los aprovechó para ejecutar los actos de contenido sexual que se describen en el relato fáctico de la sentencia. Como hemos dicho en otras muchas ocasiones, la violencia o intimidación relevantes en el delito de agresión sexual son las que se orientan a superar la eventual o real resistencia del sujeto pasivo a las acciones de esa naturaleza que el sujeto activo ejecuta. Pero eso no significa que esa finalidad necesariamente sea la única de tal conducta violenta o intimidante, pues es posible apreciar su concurrencia en aquellos casos en los que, orientada inicialmente a otro fin distinto, sea finalmente aprovechada para la ejecución de la conducta atentatoria contra la libertad sexual de la víctima. Así ocurre en el caso.

Por otro lado, la aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1º del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación empleadas las que revistan aquellos caracteres. Y así ocurre en el caso, pues sin ninguna duda someter a una mujer a la que se ha privado de libertad y atado de pies y manos a las maniobras descritas en el relato fáctico de la sentencia no puede ser calificado de otra forma. Así pues, el citado subtipo agravado ha sido aplicado correctamente.

Cuestión distinta es si procede al mismo tiempo sancionar también por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal. Es claro que la comisión del delito de agresión sexual, más aún cuando se agrava al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, suponen un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la que la ley anuda al delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del artículo 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual. El Tribunal de instancia ha entendido que el hecho de cubrir a la mujer con una toalla mojada en agua fría es conducta bastante a estos efectos. La Sala entiende sin embargo, que la conducta del acusado que presenta relevancia en este sentido es la ya sancionada con la aplicación del subtipo agravado en el delito de agresión sexual, y que los actos restantes, si bien no son irrelevantes a los efectos de la individualización de la pena, no tienen entidad suficiente para afirmar que, por sí mismos, menoscaban gravemente la integridad moral del sujeto pasivo, lo que determina la estimación del motivo, acordando la absolución del acusado por este delito en la segunda sentencia que se dictará, en la que se mantendrá la condena a quince años de prisión por el delito contra la libertad sexual». (F. J. 7º)

**AGRESIÓN SEXUAL. Violencia o intimidación en delito intentado de violación.**

Recurso: Casación nº 1412/2006  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 5/2007 de fecha 19/01/2007

«...Se discute, pues, si hubo acto de violencia o intimidación en el forzamiento. Pero cuando el delito es intentado, basta con acreditar la intención de mantener relaciones sexuales contra la voluntad de la víctima, lo que aquí es patente, el ánimo libidinoso en su actuar, que aquí se deduce de sus inequívocas palabras, y el comienzo de la acción, que en el caso puede deducirse de los golpes que producía en la puerta de la habitación donde se refugió la víctima, al punto de obligarla a saltar por la ventana para evitar ser acometida. No podemos decir que nos encontremos ante un suceso de mera ausencia de consentimiento, dada la dinámica comisiva a la que da comienzo el acusado, y todo ello conforme a los conceptos más caracterizados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, respecto a la violencia o intimidación.

Así resulta, entre otras de la Sentencia 102/2006, de 6 de febrero, que la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima para lesionar, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, «hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser **idóneas** para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del **caso concreto**, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita,

conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas». (F. J. 1º)

**AGRESIÓN SEXUAL. Vulneración del principio “non bis in idem” por aplicación del subtipo agravado de participación plural al cooperador necesario.**

Recurso: Casación nº 10898/2006 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 439/2007 de fecha 21/05/2007

«...Recordemos que el acusado Isidro M. M. fue condenado como *autor* responsable de un delito de violación, y, además como *cooperador necesario* de otro delito de igual naturaleza. En el primer caso, en el que actuó como autor, el supuesto agravado no supone infracción del principio *non bis in idem*, pues una cosa es la participación en el delito y otra la forma comisiva del mismo, ya que Isidro es autor de una agresión, en efecto, en la que toman parte dos distintos agentes, él mismo y su acompañante no identificado; por el contrario en aquella infracción en la que su forma de participación tiene el carácter de cooperación necesaria, la agravante de *pluralidad de ofensores* si que supone la vulneración de aquél principio, ya que esa clase de participación siempre requiere un autor al que se ofrece la colaboración, y por ello la colaboración necesaria implica en todo caso la comisión del ilícito con pluralidad de sujetos.

Como ha dicho esta Sala en sentencias como la nº 217/2007, de 16 de marzo, "resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único *autor*, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de *cooperación necesaria* no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del repetido principio *non bis in idem*".

En conclusión, de acuerdo con la doctrina transcrita, el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en dos delitos contra la libertad sexual, de modo que, de una parte, concurre la agravante específica de haber sido *cometido por la actuación conjunta de dos personas* cuando ocupó el lugar de *autor*; no pudiendo aquélla ser tenida en cuenta, por otra parte, cuando actuó como *cooperador necesario*». (F. J. 1º)

**AMENAZAS. Amenazas a colectivos. Condición imposible de cumplir.**

Recurso: Casación nº 11281/2006 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 149/2007 de fecha 26/02/2007

« A) Hay un delito de amenazas del art. 170.1.

Este delito requiere los elementos siguientes:

1º. Amenazar, es decir, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se le anuncia.

2º. El mal con el que se amenaza ha de constituir un delito. No uno de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior, sino cualquier clase de delito.

3º. La amenaza ha de dirigirse a "los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas". Es decir, el sujeto pasivo ha de ser un colectivo, esto es, miembros integrantes de un determinado grupo, no una persona individual (o varias personas individualizadas).

4º. Las amenazas han de tener la gravedad necesaria para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar. Queremos decir que este delito, como cualquier otro de amenazas, ha de realizarse con seriedad, firmeza y determinación (o concreción del mal).

B) Las amenazas de este art. 170.1 CP se encuentran en el primero de los dos escritos publicados, el titulado "El escudo", que apareció en Gara el 1 de diciembre de 2004, concretamente en su parte final, donde, tras haberse referido párrafos atrás a "jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos", termina con el siguiente párrafo: **"Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza "Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria". "¡Sí, sacadlas, porque otro camino solo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas".**

Estas palabras en su primera parte son una reproducción de otras dichas por Jon Idógoras en el Parlamento español con referencia al contenido de un determinado cartel; pero la última parte, en la que podemos leer: "*O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas (las manos)*", que es lo único que se dice en el escrito "El escudo" con un contenido amenazante, se añadió por el procesado personalmente, como dice la sentencia recurrida en su página 31 con referencia a un documento unido al procedimiento en el acto del juicio oral (folio 748 del rollo de la Audiencia Nacional). Lo cual, a nuestro juicio, tiene particular importancia en orden a la intención de amenazar por parte de De Juana Chaos, precisamente en esta parte del escrito.

Entendemos que en estas palabras, las antes reproducidas que aparecen entrecomilladas al final del artículo "El escudo" (sentencia recurrida pág. 10), reúnen todos los requisitos que acabamos de enumerar en el apartado anterior - apartado A)-:

a) En cuanto a los requisitos 1º y 2º, es claro que hay unas amenazas de males graves constitutivos de delito expresados con la metáfora de quedarse sin manos.

b) Por el contexto del escrito, consideramos que esa frase amenazante va dirigida a esos colectivos expresados párrafos antes (pág. 8 de la sentencia recurrida) cuando dice: "jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos...", con lo cual se cumple el 3º de tales requisitos.

c) Y en cuanto al 4º, entendemos que por su propio contenido y contundencia, realmente estremecedora, nos encontramos ante unos términos que hay que calificar de amenaza grave e idónea para atemorizar a esos colectivos, en la parte que tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA. Por otro lado, hay que tener en cuenta que estos delitos de amenazas no requieren para su consumación que se produzca realmente el temor en los sujetos pasivos. Basta su llegada al conocimiento de los destinatarios. No son delitos de resultado, sino de mera actividad y de peligro (STS. de 19.9.94, las que en esta se citan, y las 1391/2000 de 14 de septiembre y 662/2002 de 18 de abril). (F. J. 4º.3)

Entendemos que en la expresión amenazante que hemos transcrito antes hay un acto intimidatorio cuando se dice que iban a quedarse sin manos si no las sacaban de Euskal Herría.

La amenaza se somete a una condición, la de que las instituciones del Estado Español se marchen del País Vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado vasco independiente. Pretensión permanente de ETA, constantemente reivindicada como finalidad de su actividad terrorista, que es irrealizable, no encontrándose en manos de nadie acceder a la misma, tampoco en manos de ninguno de esos colectivos amenazados: jueces, políticos o funcionarios de prisiones. Se trata, pues, de una condición imposible de cumplir ni por tales grupos amenazados ni por nadie, repetimos. Por ello habrá de reputarse inexistente a los efectos de la determinación del tipo de delito de amenazas del art. 169 que ha de servir para concretar la pena del delito definido en el 170. Así pues, nos encontramos ante unas amenazas no condicionales del art. 169.2º. (F. J. 4º.5)

Conviene decir aquí que esta sala ha barajado la posibilidad de que, con la indicación de esos datos de identificación y de comportamiento gravemente deshonorosos contra cada uno de los seis pretendidos sujetos pasivos de esas amenazas individuales, pudiera haber existido un delito de colaboración con banda armada del art. 576, el cual en su apartado 2 dice que "son actos de colaboración la información o vigilancia de personas...".

Como en los dos escritos -"El escudo" y "Gallizo"- se da información sobre esas seis personas indicando sus nombres y apellidos y comportamientos

concretos, podría haber existido tal delito del 576; pero esta Sala ha rechazado esta posibilidad por entender que el hecho de proporcionar tales datos a ETA, aparte de que lo habitual es darlos de forma clandestina y no por medio de un periódico, carecía de relevancia para que esta banda terrorista pudiera servirse de ellos a la hora de planificar sus actuaciones. Esta organización podía conocer con facilidad esos datos e identidades concretas si decidiera poner fin a la suspensión de sus acciones contra funcionarios de prisiones, que acordó la propia ETA en un comunicado del 21 de noviembre de 1997 (pág. 23 de la sentencia recurrida) publicado en el diario "Egin". Esto en cuanto a dichos funcionarios. Y en cuanto al magistrado sus datos eran ya conocidos. (F. J. 4º.6)

### **AMENAZAS. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 895/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1259/2006 de fecha 14/12/2006

«...No puede menos de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente. En efecto, el tipo penal por el que ha sido condenado contiene un doble elemento normativo: a) que se amenace a una persona con “un mal que no constituya delito”; y, b) que “la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida”, circunstancias que han de concurrir conjuntamente; sin que ninguna de ellas concorra en el presente caso, por las siguientes razones:

a) porque la conducta que se exigía a María del Pilar Escaño consistía en que pagase la deuda que le había sido impuesta en una sentencia judicial firme (se trataba, pues, de una conducta debida); y,

b) porque “amenazar” con enviar a la Guardia Civil para que efectúe una inspección, no puede considerarse objetivamente como un mal; siendo significativo al respecto la forma en que se comportó este acusado, que se limitó a requerir a la Sra. Escaño la presentación de determinados documentos (TC-2 de la Seguridad Social, nóminas de empleados y licencia de apertura, al tiempo que interesaba visitar la residencia), y ante la negativa de dicha señora y de su marido se ausentó de la residencia.

De lo dicho, es preciso concluir que la conducta imputada a este acusado es penalmente atípica. No es constitutiva del delito de amenazas por el que ha sido condenado, con independencia de la consideración que pueda merecer en el plano reglamentario y disciplinario del Cuerpo al que el mismo pertenece». (F. J. 3º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal. Inaplicación de la agravación de uso abusivo de documento cambiario.**

Recurso: Casación nº 2352/2006

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 290/2007 de fecha 10/04/2007

«...La cuestión relativa a la errónea calificación jurídica de los hechos parte de una premisa errónea ya que la infracción penal por la que se condena al acusado no es la de estafa, ámbito en el que habría que incardinar el análisis de la viabilidad de su queja relativa a la incapacidad del engaño para producir en el sujeto pasivo la representación del error, sino por su autoría de un delito de apropiación indebida en su vertiente de administración desleal ya que la acción típica en este caso es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la comunidad titular del patrimonio gestionado. Cuestión diferente, como afirma el Ministerio Fiscal, que no acierta a plantear el recurrente es si la agravación del artículo 250.1.3º CP juega respecto de la apropiación indebida y, en caso afirmativo, si es apreciable en este supuesto.

En este orden de ideas, aunque no cabe duda de que el acusado hizo un uso abusivo del cheque, lo cierto es que dicha circunstancia, tipificada como causa de agravación en el apartado 3º del artículo 250 CP, no resulta en principio aplicable a los supuestos de apropiación indebida del artículo 252 de dicho texto legal en los que implícitamente se encuentra inserta la figura genérica del abuso de confianza, como ocurre en el presente caso y, por lo tanto, el Tribunal sentenciador no debió recoger, como causa de agravación, la mencionada. Además, la razón del subtipo agravado consiste en el riesgo que para el tráfico jurídico implica el uso de instrumentos mercantiles debilitando la confianza en los mismos, lo que no sucede en casos como el actual, donde ni siquiera se hace entrega del cheque a un tercero con pretendidos efectos solutorios». (F. J. 3º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Conflicto interpretativo entre el art. 295 y el art. 252 del Código Penal.**

Recurso: Casación nº 716/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«...Desde la entrada en vigor del actual Código Penal, se produjo en la jurisprudencia de esta Sala conflictos interpretativos entre el art. 295 y el 252 C.P. en su modalidad distractiva.

Se llegó a la conclusión de que ambos tipos penales no se superponían de forma exacta, provocando un puro concurso de leyes a resolver aplicando la que mayor pena prevé (art. 8-4 C.P.), sino que actuaban como círculos secantes en donde existía una zona común, cuyas conductas deberían ser incardinadas como constitutivas de la infracción más gravemente penada. En esta línea se venía resolviendo la preferencia de la apropiación indebida sobre la administración desleal, aplicando el invocado art. 8-4 C.P., que consagra el principio de alternatividad.

Actualmente, después de la reforma del art. 249, operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, en relación al 252, la pena privativa de

libertad ha pasado de 6 meses a 4 años, idéntica a la del art. 295, a otra que va de 6 meses a 3 años, ahora claramente inferior, si bien es verdad que en este último precepto además de la pena privativa de libertad se prevé la alternativa de multa.

No faltan interpretaciones doctrinales que entienden que las distracciones dinerarias por su administrador sólo son susceptibles de integrar el delito de apropiación indebida, ya que el "dinero" como objeto delictivo no se menciona en el art. 295 y sí en el 252 C.P.

**3.** Descendiendo al caso enjuiciado, bien se entienda que la distracción de "dinero" constituye por razón del objeto delictivo una apropiación indebida, o bien aunque entrara en convergencia normativa con el art. 295 C.P., el de apropiación indebida en su modalidad de subtipo agravado (art. 252, en relación al 250.1.6 C.P.) debe prevalecer por tener prevista mayor sanción, de 1 a 6 años de prisión, con multa acumulativa.

En definitiva el art. 295 C.P. no ha venido a sustituir al delito de apropiación indebida cometido por el administrador de sociedades, sino a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252, añadiendo:

a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador.

b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada, mediante abuso de la función de administrador o de la celebración de negocios jurídicos». (F. J. 17º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Consumación del delito. Caso de apoderamiento de cupón de ONCE premiado.**

Recurso: Casación nº 1973/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 219/2007 de fecha 09/03/2007

«...En todos esos reproches casacionales, la acusación particular postula se califiquen los hechos probados en grado ejecutivo de consumación delictiva, y no como tentativa (inacabada), que es lo subsumido por el Tribunal de instancia.

Las vías utilizadas por el recurrente han sido la de la concurrencia en el autor del hecho de un indiscutible "animus rem sibi habendi"; la de la conocida doctrina del "punto sin retorno"; la que diferencia entre la consumación delictiva y el agotamiento del delito; y la que discute la posición del Tribunal de instancia, que considera que los hechos han de juzgarse enmarcados en tentativa inacabada, y no en grado de consumación delictiva, como quiere el recurrente.

Todas ellas han sido **apoyadas** por el Ministerio fiscal en esta instancia casacional.

Comenzando por la última perspectiva planteada por el recurrente, es meridianamente claro que lo que no puede sostenerse es precisamente la posición del Tribunal “a quo”, en tanto éste sostiene que la acción desplegada por el acusado alcanzó un *incipiente* grado de ejecución, ya que cuando intervino el Juzgado ni siquiera “*llegó a tener disponibilidad sobre el importe del premio correspondiente al cupón agraciado*”, de forma que los jueces “a quibus” lo consideran en un desarrollo de perfección delictiva, como tentativa *inacabada*.

Es evidente que Antonio Lloreda Capilla realizó todos los actos necesarios para quedarse con el cupón, cuya integridad no le correspondía, en detrimento de los demás copartícipes del mismo, e ingresó en su cuenta particular el meritado documento (título), que acreditaba su posesión, y en consecuencia, su titularidad, pues no se olvide que se trata de un título al portador (como en toda clase de loterías públicas), incorporándolo a su patrimonio. Desde luego, lo único que aquí no puede discutirse es que el acusado hizo todo lo que estaba en su mano para cobrarlo y apropiarse del dinero con el que fue agraciado.

Ahora bien, como bien informa el Ministerio fiscal, es doctrina reiterada de esta Sala Casacional, que en los delitos apropiativos o de apoderamiento patrimonial, la infracción criminal se perfecciona cuando el sujeto activo ha tenido la *posibilidad* de disponer de la cosa o bienes en cualquiera de los títulos que prevé el precepto, aunque materialmente no lo haya hecho, pues la obtención del lucro forma parte de la fase denominada agotamiento delictivo.

Hemos dicho también, que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, cuando se produce el apoderamiento de las mismas, y tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió haberse dado tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor.

En el caso, se trata de un título-valor al portador, que por sí mismo, representa ya un crédito realizable frente a la organización que gestiona el sorteo (la ONCE), y que incluso puede ser endosado a un tercero, por medio simplemente de la mera tradición, pues su naturaleza “al portador”, confiere a su legítimo tenedor, dicho crédito realizable en dinero, como si se tratara de metálico, lo que queda robustecido por la garantía de la entidad que emitió el título.

Es por lo demás un hecho notorio que tales títulos (billetes de las diversas loterías del Estado, o las que pueden quedar asimiladas, por su seriedad, como es la ONCE), se transmiten al portador mediante la técnica jurídica de la tradición, por variados motivos, entre los que no pueden desconocerse algunos más o menos *oscuros*.

Parte la Audiencia Provincial del error de considerar exclusivamente la apropiación del dinero, como único objeto material en el delito de apropiación indebida. Pero eso, no es correcto, como justificamos a continuación. Es cierto, que generalmente el objeto material del delito lo es el *dinero*, en sentido muy amplio; la doctrina dimanante de la STS 2086/2002, de 12 de diciembre, mantiene que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de «*numerus apertus*» del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver» (SSTS 31-5-1993, 1-7-1997).

El art. 535 del Código penal de 1973, requería que la apropiación o distracción se verificara sobre **“dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble”**. El art. 252 del Código penal vigente, en esta misma materia, ha sido ampliado, al referirse a **“dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”**. De modo que lo son las cosas muebles, a las que ahora se añade la mención “valores”, y se complementa con otra categoría que pasa a denominarse un “activo patrimonial”.

Las cosas muebles son bienes corporales y derechos inmateriales. Desde un plano jurídico, los derechos realizables son cosas muebles; desde un punto de vista económico, son activos de la contabilidad (créditos).

Efectos y valores tienen una gran proximidad semántica, y significan en todo caso derechos evaluables económicamente y de contenido inmaterial, aunque vengan documentados, bien en un papel, bien en un apunte (inclusive informático). Ni los tipos penales se han de aplicar extensivamente, ni tampoco tenemos que dar a la expresión “efectos” un contenido exclusivamente cambiario, porque la ley penal en modo alguno lo consiente así. De forma que un efecto también lo es un crédito (lado activo de una obligación), porque, repetimos, tales efectos no deben ser interpretados en su consideración corpórea —a modo de títulos (en el sentido de documentos) negociables en el mercado—, sino en su consideración de valores, esto es, derechos realizables contra otro, con independencia del éxito ulterior de tal negociación o realización, o eventualmente su ejecución. Del mismo modo que nadie negaría que apropiarse de una letra de cambio al portador, o un cheque de estas mismas características (al portador), supondría una conducta subsumible con facilidad en una apropiación indebida, si el que lo hace es quien está encargado de su custodia o gestión, porque tales derechos son efectos, a los fines indicados por la norma penal, lo propio sucede si quien administra se apropia o distrae, en perjuicio de su principal, de un crédito de éste frente a un tercero, porque también estaremos en presencia de un efecto, sin que tengamos que restringir tal concepto, como ya hemos adelantado, a un efecto cambiario, que no exige el tipo, desde luego.

De manera que el título representa el valor, una vez que el título está premiado, y puede servir para fundamentar una legítima traslación patrimonial, con la mera posesión del título, o puede servir (incluso, agotando el razonamiento), para llevar a cabo una conocida modalidad de estafa, por el simple dato que ese título significa “dinero” para quien acredita su legítima posesión.

Como ha dicho la STS 712/2006, de 3 de julio, en un caso *idéntico*, que necesariamente nos ha de servir de precedente: “*en el delito de apropiación indebida, la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo), lo que tenía obligación de poner a disposición del partícipe*”.

En dicha Sentencia se declara la consumación delictiva, como estadio previo al agotamiento delictivo, aunque allí ni siquiera se ingresó el cupón en la cuenta personal del acusado, sino en una caja de seguridad del banco, sin cobrarlo». (F. J. 10º)

#### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Penalidad. Concurso y continuidad delictiva.**

Recurso: Casación nº 716/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«...b) la aplicación conjunta de la cualificación del delito continuado (art. 74 C.P.) y la cualificativa del art. 250.1.6º, son incompatibles en delitos patrimoniales, al existir un modo de individualizar la pena propia para estos delitos, atendiendo al perjuicio total causado, con prevalencia del art. 250.1.6º, por remisión del 74 C.P. Mas, a pesar de lo dicho esta Sala ha podido afirmar y ha dejado sentado en más de una ocasión que cuando en la individualización de la pena, por la consideración conjunta del total apropiado o defraudado no se produce un salto penológico exasperativo, que tendría lugar cuando diversos apoderamientos menores (constitutivos de falta) se adicionan para alumbrar un delito, o diversos delitos simples para generar uno cualificado, la imposibilidad de considerar la continuidad delictiva no es absoluta, pudiendo actuar, cuando menos, con efectos no normados, en la individualización de la pena tomando en consideración la existencia de una continuidad delictiva. No por ello debe aplicarse el nº 1º del art. 74, previsto para infracciones no patrimoniales, sino que con libertad de criterio el tribunal sentenciador puede ponderar el fenómeno de la continuidad al objeto de fijar la pena definitiva, dentro de los límites legales.

En nuestro caso dos de las apropiaciones ya merecen la consideración de cualificadas (art. 250.1.6 C.P.) por exceder su cuantía de 6 millones de pesetas, por lo que la continuidad delictiva sería una circunstancia añadida, que no ha influido en la agravación de la pena, consecuencia de la adición del daño patrimonial, presupuesto en algunos casos de una mayor punición». (F. J. 13º)

## **ASESINATO. Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.**

Recurso: Casación nº 10794/2006 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 466/2007 de fecha 24/05/2007

«...Se alega que la alevosía, como circunstancia cualificativa del asesinato, es incompatible con el dolo eventual.

No es ese el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima --aseguramiento de la ejecución-- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias 415/2004, de 25 de marzo, 514/2004, de 19 de abril y 653/2004 24 de mayo, esta última referida a un supuesto muy parecido el que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las sentencias 2615/93 de 20 de diciembre, 975/96 de 21 de enero de 1997, 1006/99 de 21 de junio, 1011/2001 de 4 de junio, 1804/2002 de 31 de octubre y 71/2003 de 20 de enero, citando las dos últimas a las cuatro primeras. En la misma línea la sentencia 1010/2002 de 3 de junio estableció que " en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo" (F. J.2º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente sentencia 1007/2006, de 10 de octubre, igualmente se pronuncia por la compatibilidad si bien, dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, rechaza la existencia de la alevosía, circunstancias que no concurren en el supuesto que ahora examinamos». (F. J. 2º)

## **ATENUANTE. Analógica de dilaciones indebidas. Inicio del cómputo de las dilaciones.**

Recurso: Casación nº 516/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1288/2006 de fecha 11/12/2006

«En este control casacional verificamos la existencia de datos y circunstancias que permiten mantener la decisión de la Sala sentenciadora en el sentido de no existir demoras relevantes capaces de dar pie a la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, máxime si se tiene en cuenta que el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar. En tal sentido puede citarse la doctrina del TEDH, caso Eckle vs. Alemania, sentencia de 15 de Julio de 1982, y más recientemente caso López Solé vs. España, sentencia de 28 de Octubre de 2003 donde se dice textualmente *"...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º 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...."*. En el mismo sentido puede citarse la reciente sentencia de esta Sala 1051/2006 de 30 de Octubre, f.jdco. tercero.

A la vista de esta doctrina, y por lo que se refiere al caso de autos habría que situar como posible fecha de inicio de las posibles dilaciones indebidas el auto de acomodación a Procedimiento Abreviado, que en cuanto equivalente procesal al auto de procesamiento del Sumario, supone un acto de inculpación formal que permite identificar las personas contra las que se puede dirigir el procedimiento por las Acusaciones». (F. J. 2º)

## **ATENUANTE. Dilaciones indebidas: criterios para su determinación.**

Recurso: Casación nº 1153/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1008/2006 de fecha 09/10/2006

«La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido reafirmando tal derecho constitucional y se han señalado que los criterios a tener en cuenta para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas pueden ser variados, recogándose como tales: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles». (F. J. 5º)

## **ATENUANTE. Drogadicción muy cualificada.**

Recurso: Casación nº 437/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1239/2006 de fecha 05/12/2006

«...No obstante lo dicho, este Tribunal estima que, en el presente caso, concurren en el acusado –hoy recurrente- unas especiales circunstancias, expresamente reflejadas en la sentencia recurrida, que, complementadas con los datos que han podido conocerse por medio del examen de las actuaciones – permitido con carácter general por el art. 899 de la LECrim., y consecuencia obligada, en la mayor parte de los casos, de la denunciada violación del derecho del acusado a la presunción de inocencia, como es el caso, al haberse formulado tal denuncia en el motivo primero de este recurso-, no han sido valoradas plenamente por la Audiencia y que, sin la menor duda, pueden serlo en este trámite casacional en cuanto, desde el punto de vista jurídico-penal, pueden considerarse beneficiosas para el acusado en orden a la posible estimación de la concurrencia de una circunstancia atenuante de su responsabilidad criminal, por lo que no existe inconveniente alguno –según conocida jurisprudencia de esta Sala- para que puedan ser valoradas en este trámite casacional. Nos referimos concretamente a la condición de politoxicómano de este acusado que, por tal circunstancia, está sometido a tratamiento mediante Metadona en el Centro Penitenciario (v. HP. segundo y FF JJ 3º y 5º).

Nos encontramos ante un acusado, con varios antecedentes penales por delitos de robo y uno por tráfico de drogas (v. Hoja Histórico-penal –f. 13-), politoxicómano sometido a tratamiento con metadona (v. declaración de la médico del Centro Penitenciario de Burgos, D<sup>a</sup> Araceli Aldea –f. 60 del rollo de la Audiencia-), que en el año 2004 tenía 35 años y confiesa ser consumidor desde los 15 años (v. acta del J.O.), que en la analítica de orina, practicada en el Centro Penitenciario de Burgos, en octubre de 2004, dio unos resultados “positivos” a “opíáceos”, “benzodiazepinas” y “metadona” (f. 29), que, en octubre de 2003, solicitó tratamiento en el Programa que se desarrolla en el Centro Penitenciario, acudiendo a terapia individual y que tendrá necesidad de continuar en un Programa de Deshabitación a su salida de prisión, según manifestó en el juicio oral el Psicólogo de la Cruz Roja D. Carlos Domingo de la Torre (ff. 22 y 61 del rollo de la Audiencia).

El conjunto de circunstancias descrito, en cuanto pone de manifiesto una grave adicción de este acusado, de larga duración, a una droga como la heroína, que de ordinario produce un importante deterioro de las facultades psíquicas del sujeto que la padece, asociada al consumo de otros tipos de drogas, con unas típicas manifestaciones de comisión de varios delitos de robo (presumiblemente, para financiar su drogadicción), sin olvidar tampoco la severidad de la respuesta penológica dada a este acusado en la resolución recurrida (ello no obstante, la mínima legalmente, dada la calificación jurídica aceptada por la Sala de instancia), debe llevar, a juicio de este Tribunal, a la estimación de la atenuante de drogadicción –acogida por la Sala de instancia-, como muy cualificada, por lo

que, en este sentido procede estimar la infracción de ley, asociada a la también denunciada violación de la presunción de inocencia, referida a este concreto extremo de la calificación jurídico-penal de la conducta de este acusado». (F. J. 5º)

### **ATENUANTE DE ARREBATO U OBCECACIÓN. Doctrina general. Aplicabilidad en supuestos de violencia de género.**

Recurso: Casación nº 10337/2006 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1233/2006 de fecha 12/12/2006

«..El artículo 21.3ª considera circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. La cláusula de cierre, que permite apreciar con el mismo efecto otros estados pasionales diferentes, resta trascendencia a la diferencia entre el arrebató y la obcecación, pero ello no quiere decir que puedan alegarse conjunta y simultáneamente, pues se trata de estados pasionales distintos. Como se decía en la STS nº 381/2006, “el primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguera u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS 28-5-1992); 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 10-10-1997)”.

El recurrente alega un estado de obcecación, es decir, de obsesión profunda que impide en alguna medida la adecuada valoración y el control sobre la conducta, pero luego, en su argumentación se desvía hacia la explosión incontrolada, más propia del arrebató.

En cualquier caso, no se aprecian los requisitos del estado pasional. En la STS nº 18/2006, de 19 de enero, se decía que “Es jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 19 de diciembre de 2002, que son dos los elementos configuran esta atenuante: causa y efecto: 1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS 14.3.94). 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS 2.4.90). Arrebató se dice cuando

la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos”.

En la STS nº 1147/2005, se señalaba que “su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre, radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebató en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación. En primer lugar, debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre). En segundo lugar ha de quedar acreditada la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción. En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo. En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo. Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea

repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia” (STS núm. 1301/2000, de 17 de julio).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

Así, “la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a la asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección por el ordenamiento, mediante una circunstancia que refleja una menor culpabilidad, una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido” (STS 18/2006).

Y en la STS nº 1472/2005, de 7 de diciembre, en un supuesto similar al aquí examinado, se decía que “lo que se describe en el hecho probado no es sino una reacción extremadamente colérica del acusado ante la actitud de la mujer orientada a hacer uso legítimo de su libertad de opción vital, y como se ha dicho en otras ocasiones, la atenuante de arrebató no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla”». (F. J. 2º)

#### **AUTO DE PROCESAMIENTO. Naturaleza y alcance.**

Recurso: Casación nº 10167/2006 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1207/2006 de fecha 22/11/2006

«..Ante todo es preciso recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, el auto de procesamiento es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria, acordado en resolución motivada por Juez de instrucción en período sumarial por la que estima que de unos determinados hechos, de carácter ilícito, resultan provisoriamente indicios racionales de criminalidad atribuibles a persona concreta, quedando fijado el objeto del proceso en el acto de la acusación, tanto por el Ministerio Fiscal como por las acusaciones particulares, por lo que, en principio, es irrelevante la descripción de los hechos y la subsunción de los mismos practicadas en el auto de procesamiento (SSTS 1116/2005 y 851/2006, entre otras). Por tanto, lo sustancial del citado auto de inculpación lo constituyen los hechos y no las calificaciones jurídicas que pueda el juez de instrucción introducir en tal resolución judicial, posibilitándose el pleno ejercicio del derecho de defensa respecto de tales hechos –objeto de la imputación judicial–, siendo el conocimiento de los mismos el que debe proporcionarse al imputado»». (F. J. 1º)

**AUTO DE TRANSFORMACIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS A PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su falta de notificación no supone necesariamente indefensión.**

Recurso: Casación nº 2332/2005  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 1035/2006 de fecha 16/10/2006

«..Y tampoco en la falta de notificación del auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado puede encontrarse un motivo para la admisión a trámite de la queja. La falta de notificación del auto de incoación del procedimiento abreviado, aún pudiendo ser una grave infracción procesal, si no ha alcanzado a causar, un perjuicio real y efectivo al recurrente, como consecuencia de una situación de indefensión material, no puede ser tenida en cuenta a los efectos pretendidos (Cfr. STC de 17-3-1998, nº 62/1998).

Además, como señala el Tribunal Constitucional (Cfr. ATC de 26-9-2005, nº 337/2005) “siendo admitido por las resoluciones judiciales que tal notificación no se produjo, pues el demandante adquirió la condición de imputado con posterioridad a su dictado, la queja reviste carácter meramente formal, pues no se concreta (ni ahora ni en el proceso judicial previo) qué diligencias sumariales se vio impedido de solicitar y qué relevancia hubieran podido tener, y, en definitiva, cuál ha sido la limitación material de sus posibilidades de defensa”.

Y reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio) “que el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una *efectiva indefensión*, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC nº 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)”. (F. J. 4º)

**AUTORÍA.. Comisión por omisión. Cooperación necesaria. Deber de la madre respecto al hijo menor.**

Recurso: Casación nº 10172/2006 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 21/2007 de fecha 19/01/2007

«...Debemos recordar que según la teoría de la imputación objetiva, obrará con dolo de autor en los delitos de resultado quien haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado habiéndose producido el resultado lesivo que no es más que la concreción de dicho peligro, con conocimiento de los elementos del tipo objetivo.

Desde esta perspectiva, ambos en la medida que crearon el peligro –condominio funcional–, a ambos les inspiraba un mismo y compartido fin

delictivo –*animus necandi*–, y en esa situación es irrelevante quién efectuase el acto consumativo típico, ya que por la situación precedente a todos se comunicaba sus efectos –STS 1217/97 de 10 de octubre, 584/99 de 26 de abril y 21 de diciembre de 1992, entre otras–.

A igual conclusión se llegaría por la teoría de la posición de garante con base en el art. 11 del CP que hace equivalente la omisión a la acción «cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedentes», y cuando exista una obligación legal de actuar, como también concurría en caso de Ana-María García Salgueiro, dada la 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, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiares incumbe a los padres. La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de cuatro años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal). El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores –art. 154.1º– y permite a los progenitores 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 sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros.

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. Tales conductas (Sentencia de 22 junio 1991), con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo (artículo 154 del Código Civil). Como dice la Sentencia de 31 octubre 1991, en supuesto parecido al ahora enjuiciado, la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hijo derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal ínsito en el artículo 154, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar –como antes dijimos– el auxilio de la Autoridad en su caso para dicho cumplimiento (ver la Sentencia de 28 enero 1994)». (F. J. 9º)

#### **AUTORÍA.. Comisión por omisión. Cooperación necesaria. Intervención decisiva.**

Recurso: Casación nº 10357/2006 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 213/2007 de fecha 15/03/2007

«..la conducta del recurrente no se limitó a encontrarse accidentalmente en la misma vivienda en la que el hecho se ejecuta, sino que intervino directa y principalmente en los actos de violencia que sometieron la voluntad de la mujer e impidieron cualquier reacción defensiva de la misma. Además, desarrolló posteriormente actos de vigilancia y control de aquella hasta el mismo momento en que, conociendo la resolución de uno de los individuos que actuaban conjuntamente con él encaminada inequívocamente a la agresión sexual, se ausentó de la habitación entregando a la víctima a aquel. Se trata, por lo tanto, en primer lugar de una conducta activa que, aunque no encaminada a favorecer una agresión sexual al no estar exteriorizado en ese momento el propósito del autor de la misma, sin embargo contribuyó directamente a crear un clima de intimidación que suprimió las posibilidades de defensa de la mujer frente a cualquier ataque, eliminando al tiempo la posibilidad de demanda de ayuda, lo que sin duda favoreció el posterior ataque a la libertad sexual. Acción que fue seguida de una conducta omisiva, consistente en ausentarse del lugar cuando aquel propósito se enuncia expresamente, ejecutada por quien debido a su anterior acción se había constituido en garante de la seguridad de la mujer, a la que controlaba físicamente, frente a otras posibles agresiones.

En cuanto a la posible eficacia de una eventual actuación orientada a evitar el resultado, no puede dejar de valorarse que el recurrente dirigió la acción de todos los intervinientes para alojarse en casa de la víctima y además fue quien inició los actos violentos orientados inicialmente al despojo patrimonial, siendo secundado por los demás, de donde se deduce su papel de alguna forma preponderante, lo que incrementa la relevancia de su posición de garante.

No se trata, por lo tanto, de una colaboración de segundo orden, sino de una intervención decisiva, en cuanto que cooperó activamente y de acuerdo con los otros dos individuos no identificados, al sometimiento de la voluntad de la víctima mediante el empleo de la violencia, y una vez que aquella se encontraba en esas condiciones, permaneció vigilándola e impidiendo con su presencia cualquier acto de huida o de búsqueda de ayuda, finalizando su acción solo para entregar la custodia y con ella la superioridad que suponía el uso de la fuerza, a otro de los individuos cuando éste manifestó su intención de agredirla sexualmente, omitiendo cualquier acción tendente a evitar dicha agresión, a pesar de que la víctima se encontraba bajo su poder de decisión.

Por lo tanto, el recurrente contribuyó decisivamente no solo a situar a la mujer en una posición en la que su voluntad estaba sometida, de manera que no podía resistirse al ataque a su libertad sexual, sino que omitiendo la actuación debida para impedir la agresión sexual facilitó decisivamente la ejecución de ésta, cuando dadas las circunstancias puede establecerse que la podría haber evitado o dificultado muy seriamente. En esas condiciones, debe afirmarse que su contribución fue esencial a la ejecución del hecho, de forma que debe ser condenado como cooperador necesario». (F. J. 1º)

**AUTORÍA. Participación en grado de conspiración.**

Recurso: Casación nº 11241/2006 P  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 353/2007 de fecha 07/05/2007

«Distinta es la cuestión vista desde la perspectiva del tipo de la conspiración. Ésta requiere el concierto para la ejecución de un delito (art. 17.1 CP). En ello se agota el contenido típico. Si bien en alguna ocasión se ha señalado como característica de la conspiración una "dinámica propia" (ver STS 1129/2002), es seguro que con esas expresiones no se ha querido indicar ninguna característica especial del tipo, dado que todos los delitos del Código Penal y de las leyes especiales tienen una dinámica propia. Tampoco es un "delito de pura intención", dado que requiere una exteriorización del contenido psicológico de los autores que tenga las características conceptuales de una acción, pues de lo contrario se infringiría el principio de que el pensamiento no delinque.

Pareciera que también en este caso se trataría de la realización conjunta de un mismo tipo penal. Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los arts. 27 y ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas.

Esta calificación de la conducta del recurrente no altera la calificación del delito cometido por el otro recurrente. Es evidente que también éste ha tomado parte en la conspiración para distribuir droga, pero al haber consumado el delito del art. 368 CP en su modalidad de tenencia de drogas para el tráfico, la conspiración para que otro distribuya la droga que él posee es un hecho posterior copenado (art. 8.3º CP)». (F. J. 2º bis)

#### **AUTORÍA. Comisión por omisión. Posición de garante.**

Recurso: Casación nº 724/2006  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 1251/2006 de fecha 12/12/2006

«Pues bien, la jurisprudencia (por ejemplo S. 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 causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, 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». (F. J. 3º)

### **BLANQUEO DE CAPITALES. Elementos del delito.**

Recurso: Casación nº 10189/2006 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1012/2006 de fecha 19/10/2006

«Reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas la STS 2410/2001, de 18 de diciembre, recuerda que el art. 301 describe una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo del delito:

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

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

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

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

En el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, sólo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (p. ej. por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc.). Así la STS núm. 1637/2000, de 10 de enero, destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito

grave; y que en los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa.

Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas. Puede considerarse que el dolo está en el hecho cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación y sin asumir, al menos eventualmente, la altísima probabilidad de que se trate de blanquear para otros las ganancias obtenidas con actuaciones delictivas.

Esta punición del blanqueo sigue la tendencia internacional y, entre otras, las Recomendaciones del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980 y del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 1996. Asimismo, tras la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, cuyo artículo 3, imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente del narcotráfico se incorporaron los arts. 344 bis h) e i). Y, tras la Convención del Consejo de Europa de 9 de noviembre de 1990, se amplía la tipología de delitos de los que puede provenir el dinero ilícito (siguiendo asimismo la Directiva 91/308 del Consejo UE), dando lugar a los actuales arts 301 a 304 del Código Penal de 1995, reformado en parte por LO. 15/2003 de 25.11.

Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de derecho interno tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquél que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

Desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, señala la referida Sentencia núm. 1637/2000 de 10 de enero, que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de "lavado" del

dinero procedente de aquella, por lo que la prueba indirecta será la más usual, y al respecto no estará de más recordar que ya el art. 3 apartado 3º de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 -BOE de 10 de noviembre de 1990 - previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo, entre los que está el de blanqueo de dinero, art. 3, apartado primero epígrafe b).Y debe recordarse asimismo que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de Casación el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria - STC números 174/85 y 175/85 de 17 de diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de diciembre de 1988 -, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable -SSTS de 22 de noviembre de 1990, 21 de mayo de 1992, 18 de junio de 1993, 5 de marzo de 1998 y 26 de octubre de 1999 -, entre otras. A ello debe añadirse, como reflexión criminológica y siguiendo siempre a la referida Sentencia núm. 1637/2000 de 10 de enero, que en delitos como el de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988 ya citada.

Como dijimos en la STS de 17 de noviembre de 2005 el dolo del delito de receptación se concreta en la intención del sujeto de realizar la acción típica consistente en la adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de hechos delictivos, en este caso contra la salud pública, con la finalidad de encubrir su origen. El conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes empleados en las operaciones que se declaran probadas es un elemento subjetivo del delito que, como ha señalado la jurisprudencia, normalmente pueden fijarse mediante un proceso de inducción, que no implican presunción, sino su acreditación con arreglo a las reglas de la lógica a partir de unos hechos acreditados. Llamados doctrinalmente juicios de inferencia, resultan de los hechos externos y son susceptibles de impugnación cuando su conclusión no resulte lógica o sea contraria a las normas de la ciencia o de la experiencia. Como señaló la STS de 20 de julio de 1990 "se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto. Por tanto el Tribunal debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un proceso inductivo, que, por lo tanto, se basa en principios de la experiencia general". Así, en el sentido expresado, al jurisprudencia de esta Sala ha considerado como indicios reveladores del conocimiento a) El afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia, respecto del que no se ofrece suficiente justificación; b) La utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado, tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testafierros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias

ubicadas en país distinto del de residencia de un titular, etc.; c) La existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas, de modo que permita afianzar la imprescindible vinculación entre sendos delitos.

Estos criterios son empleados en la sentencia impugnada para afirmar, la realización objetiva del hecho típico y el conocimiento de este recurrente del origen delictivo. La prueba documental, consistentes en los resguardos de los cambios de divisas, de las escrituras de constitución de sociedades, y de la titularidad de los coches, así como las testificales relacionadas con las distintas operaciones de cambio de divisas permiten afirmar, con lógica y racionalidad, la existencia de la precisa actividad probatoria. Reproducimos la argumentación de la sentencia impugnada, en el fundamento cuarto, para corroborar la correcta enervación del derecho que alega.

La argumentación del recurrente sobre la condición de "hombre de paja" de la organización, no exime al este recurrente de la subsunción en el delito de blanqueo por el que ha sido condenado, pues gracias a su actuación se realizó la consumación patrimonial del delito contra la salud pública». (F.J. 8º)

#### **CONCURSO DE DELITO DE AMENAZAS Y DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO. Pena máxima.**

Recurso: Casación nº 11281/2006 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 149/2007 de fecha 26/02/2007

«...pasamos a las cuestiones sustantivas en relación con este art. 578 CP que, en su parte inicial, única que aquí nos interesa, define así esta infracción penal:

*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución.*

Son elementos de esta figura delictiva los siguientes:

1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP.

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.

Hemos examinado el primero de los dos artículos de prensa a los que este proceso se refiere. Como bien dice el Ministerio Fiscal, en su contenido hay un tono apologético respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales estos ingresaron en prisión. Se trata, nos dice el Ministerio Fiscal y compartimos nosotros, de modificar los roles, considerando a jueces, políticos o funcionarios de prisiones como agresores y torturadores frente a los encarcelados por hechos terroristas que serían sus inocentes víctimas. Más en concreto, se habla repetidamente en tono de alabanza de los de más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones. Se pregunta el autor del primero de los dos escritos por qué el éxito de tal actitud de resistencia. Y se contesta diciendo que es porque tienen el escudo de la razón. Es decir se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA. Se habla de que estos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario. Se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad.

Entendemos que esto constituye, por un lado, un ensalzar a los presos etarras y, por otro, una justificación de los crímenes por los cuales estos presos han sido condenados: precisamente las dos conductas que constituyen, una u otra, el núcleo de esta clase de delito del artículo 578.

Nos hallamos, pues, ante unas palabras de alabanza en favor de los presos de esta banda terrorista y, además, ante unas expresiones de justificación de sus crímenes, los sancionados en esos arts. 571 a 577 CP.

Y como esto se realiza a través de un medio de comunicación, el periódico Gara, quedan cumplidos así los tres requisitos exigidos para esta clase de delitos en la primera parte del art. 578 CP. (F. J. 5º.B)

Entendemos que, en el caso presente, si alguna de tales disposiciones (arts. 170.1 o 578) no se aplicara, quedaría sin sancionar una parte de la ilicitud

del comportamiento delictivo del procesado De Juana Chaos. Hay una conducta de amenazas y hay otra de enaltecimiento del terrorismo. Si alguna de ellas se quedara sin castigo, no resultaría sancionado el comportamiento del procesado en su total antijuridicidad.

Nos hallamos, pues, ante un concurso de delitos. (F. J. 6º)

...hubo un solo hecho, la redacción de un artículo de prensa y su consiguiente publicación en un periódico. En ese artículo ("El escudo"), además de unas partes que aquí no nos interesan, hay otras constitutivas de un delito de amenazas y un tono general y expresiones concretas que encajan en la figura de enaltecimiento o justificación, como ya hemos explicado. Pero todo ello dentro de una misma acción cuyo contenido alberga tales dos infracciones punibles. Hay en definitiva un concurso ideal a penar conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de tal art. 77. (F. J. 7º)

al ser similares las penas de ambos delitos -algo más grave la prevista para las amenazas- hay que aplicar sólo la pena del art. 170 en relación con el 169.2º, de acuerdo con la solución establecida en la ley.

Mediante este modo de sancionar el resultado llegamos a disponer de un margen muy estrecho para castigar estos dos delitos en concurso ideal: de dos años y seis meses a tres años de prisión, que es la mitad superior (art. 77.2) de la pena superior en grado (art. 70.1.1ª) con relación a la prevista en el 169.2º.

Acordamos imponer el máximo permitido, habida cuenta de que en definitiva con las penas de un delito sancionamos dos infracciones diferentes, con lo cual la más leve de las dos queda prácticamente casi sin castigo. (F. J. 7º)

## **CONCURSO DE DELITO DE ESTAFA Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO.**

Recurso: Casación nº 484/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1097/2006 de fecha 10/11/2006

«...El tipo penal de falsedad del art. 395 C.P. presenta características propias, al establecer como objeto sobre el que recae la acción falsaria un documento privado y, además, por incluir en la descripción del ilícito, la finalidad perseguida por dicha acción: perjudicar a otro, expresión en la que cabe incluir cualquier clase de perjuicio y, por supuesto, el económico. Pues bien, cuando ejecutada la acción típica y el documento falsificado para perjudicar a otro se utiliza éste con el fin de engañar a ese "otro" y se consuma así el propósito defraudatorio patrimonial, es claro que el documento falsario se constituye en instrumento del engaño bastante que se configura como el núcleo y elemento básico del delito de estafa, de tal manera que la antijuridicidad de la falsedad queda absorbida por el delito de estafa de conformidad con las reglas del concurso de leyes del art. 8.3 C.P. quedando la falsedad consumida en la

estafa. A este respecto, la doctrina de esta Sala ha declarado que la falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio, a **diferencia de la falsedad en documentos privados**, constituye un delito autónomo respecto de la estafa correlativa, en concurso ideal regulado y penado conforme el art. 77 CPn (SS.T.S. 25-9-91, 10-9-92, 6-10 y 17-12-98 y 8-2-99, 26-11-2001 y 3-6-2002)». (F. J. 3º)

## **CONCURSO DE DELITOS. Concurso ideal.**

Recurso: Casación nº 10908/2006 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 297/2007 de fecha 13/04/2007

«1. La defensa planteó como cuestión subsidiaria a la absolución la consideración del delito del art. 188-2º C.P. en su versión anterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, en concurso ideal con el delito del 188-1º y 3º (arts. 77 C.P.) por el que se condenaba, en lugar de estimarse, como ha hecho la sentencia, un concurso real penando ambas infracciones por separado.

Realmente al decantarse la sentencia por la estimación de un concurso real de delitos está rechazando la pretensión contraria, que es una forma de pronunciamiento indirecto. Otra cosa es que la sentencia no explique con suficiente amplitud las razones para ello.

Dada la formulación del motivo, hemos de entender que en este trance procesal se invoca, como así se hace, la indebida aplicación de los preceptos sustantivos que cita, en especial del art 77 C.P., en cuanto cualquier omisión resolutive es posible subsanarla en casación si se ataca la aplicación o inaplicación de la norma sustantiva que apoyaba el pronunciamiento solicitado.

2. Antes de determinar la relación en que se hallan los delitos es necesario realizar algunas consideraciones sobre el concurso medial -teleológico o instrumental- fenómeno que en el fondo constituye un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77 C.P.). Ahora bien, para su delimitación conceptual la doctrina más caracterizada y la jurisprudencia de esta sala han venido afirmando que la mera conexión instrumental entendida en clave subjetiva como preordenación de un delito a la realización de otro se reconoce insuficiente para colmar el presupuesto del concurso medial.

Es necesario contemplar la interconexión de los delitos también en clave objetiva. Esta Sala en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que

el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente.

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales.

3. No es fácil constatar el requisito de la necesidad medial, pero la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, esto es, se ha de analizar si en la específica situación fáctica el delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro. Se produce de esta forma una determinada inescindibilidad de las realizaciones típicas, que alcanza su máxima expresión en el denominado "juicio hipotético negativo", que debe efectuarse en una consideración "*ex ante*", comprobando si en esa concreta situación el segundo delito no hubiera podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio.

4. Trasladando tal doctrina a nuestro caso, es evidente que concurren múltiples condicionamientos objetivos que hacían preciso la comisión del primer delito, como paso previo a la del segundo.

Existen situaciones en las que puede una persona, por razones turísticas o de otra índole, acceder legítimamente al país desde el extranjero, pero en nuestro caso la minoría de edad de la ofendida lo hacía francamente difícil, hasta el punto de que fue necesario desplazarse a Rumanía, desde donde persona de confianza, como era la acusada (madrina de la menor), le acompañase a España valiéndose del engaño (actuación ilegal) después de obtener su pasaporte y el permiso paterno.

Igualmente el lugar donde debía ejercer la prostitución la joven era Almería, único en que el acusado contaba con una infraestructura, aunque fuera tosca o mínima, o por lo menos se servía de otras personas para mantenerla en tal indigna actividad, lo que en otro lugar no hubiera sido posible.

Tales condicionamientos objetivos permiten establecer la concatenación de medio a fin de los delitos por los que se condena.

5. La interrelación entre los dos delitos aparece más clara si tenemos en cuenta que es la misma persona la que lleva a cabo ambas conductas (en una concertada con la acusada Luiza, en la otra con el acusado Mata García), para alcanzar una finalidad última que es explotar la prostitución de una menor extranjera. Así lo ha venido entendiendo esta Sala, constituyendo botón de muestra la Sentencia nº 1755/2003, de 19 de diciembre (Fud. 9º, in fine) y la nº 187 de 14 de febrero de 2003 (Fund. 4º), que apuntan esta idea.

Los problemas serían mayores si en lugar de una ofendida, fueran varias, habida cuenta de la configuración diferente del sujeto activo en una y otra

infracción. En la del número segundo habla de un sujeto colectivo ("personas") mientras que el nº 1º de un sujeto individual ("persona") y esta Sala ha tenido ocasión de afirmar el carácter personal del bien jurídico protegido, esto es, por cada persona prostituída (art. 181-1º C.P.) debe entenderse cometido un delito (véase S.T.S. nº 1045 de 18-julio-2003).

La estimación de este motivo permitía imponer la pena más grave en su mitad superior, siempre menor que penar ambas infracciones por separado (art. 77 C.P.)». (F. J. 7º)

## **CONCURSO DE DELITOS. Pluralidad de conexiones mediales.**

Recurso: Casación nº 10926/2006 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 179/2007 de fecha 07/03/2007

«...No hay concurso, y el robo con violencia o intimidación absorbe a la detención ilegal conforme reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala (SSTS, 395/96 de 9.5, y 333/99 de 3.3), en aquellos supuestos de mínima duración temporal en que la detención ilegal se realiza durante el episodio central del hecho (SSTS. 1117/2001 de 12.6, 1146/2002 de 17.6, 532/2002 de 4.3), es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que ha de sustraerse, pues todo robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una privación ambulatoria de la víctima que queda absorbida por el robo cuando no exceda del tiempo que normalmente se emplea en esta clase de infracciones penales (por ejemplo en los "traslados" de agresor y víctima hasta un cajero bancario), (SSTS. 1456/98 de 27.11, 1277/99 de 20.9 y 337/2004 de 12.3). la STS. 1124/97 de 10.7, aprecia el desistimiento en la detención ilegal y condena únicamente por robo violento porque "el autor una vez que consuma su propósito depredador, desiste de llevar a cabo la privación de libertad". Según la STS. 408/2000 de 13.3, la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en éste último delito (STS. 1634/2001 de 4.11).

Hay concurso real con robo cuando la detención se prolongó veinte minutos y el ánimo depredatorio surgió después de la detención (SSTS, 1548/2004 de 27.12, 1502/2004 de 27.12).

Hay concurso de delitos si además del delito de robo se atenta contra la libertad de movimientos de las víctimas o de otras personas (SSTS. 1107/2000 de 23.6, 1790/2000 de 22.11 y 1846/2002 de 6.11), cuando la privación de libertad excede de la imprescindible para cometer el robo (SSTS. 1705/2002 de 15.10 y 1329/2002 de 15.7).

Este concurso será real (art. 73 CP.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS. 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención

se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS. 646/97 de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían producido (STS. 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS. 1890/2002 de 13.11).

Deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando se desproporcione en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aún considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1).

Por eso esta Sala ha dicho, en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, que la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobreabundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la acción propia del delito de robo (STS. 273/2003 de 26.2).

El concurso será ideal (art. 77 CP:), cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11.9, 1620/2001 de 25.9, 1652/2002 de 9.10).

En el presente caso esta es la situación contemplada tal como se desprende del relato fáctico a que antes hemos hecho referencia, en el que se describe una privación de libertad de dos personas, de tres horas de duración, que constituyó medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedió la mínima privación momentánea de libertad insita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Como precisa la STS. 73/2005 de 31.1 "cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (art. 77.1) la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal (art. 77), es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos". (F. J. 10º)

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

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 personalismo 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. 11º)

Así las cosas este motivo debe estimarse con este alcance: apreciar un concurso medial entre el delito de allanamiento de morada, delito de robo con violencia y uso de armas y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal». (F. J. 12º)

### **CONCURSO DE NORMAS. Cohecho y omisión del deber de perseguir delitos.**

Recurso: Casación nº 1293/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1076/2006 de fecha 27/10/2006

«...F. G. V. hizo un uso del cargo que constituyó verdadera subversión de esa función pública, con lo que atentó contra el bien jurídico que protege el delito de cohecho; y ello con objeto de facilitar el desarrollo de una organización de tráfico sobre una droga ilegal, lo que interesó también negativamente a la salud pública como bien jurídico penalmente protegido.

Igualmente ha sido condenado este recurrente como autor de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, conforme al tipo penal definido en el art. 408 del Código penal, a cuyo tenor, incurrirá en la penalidad prevista por la ley, la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables.

Evidentemente, al proporcionar mediante precio las informaciones que hace mención el *factum*, F. G. V. estaba omitiendo el deber de perseguir delitos, en cuanto conocía la actividad criminal de E. C. A., a cuyo servicio se puso, y del que percibió las retribuciones que han quedado reflejadas. Pero dogmáticamente no puede cometer ambas infracciones penales, pues la primera es más amplia y completa y absorbe esta última, de modo que se produce un concurso de normas, a resolver por el cauce del art. 8.3º del Código penal, por lo que únicamente podrá ser sancionado por delito de cohecho, debiendo ser absuelto en segunda sentencia que ha de dictarse del delito de omisión del deber de perseguir delitos». (F. J. 28º)

### **CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS. Delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP y delito contra el medio ambiente del art. 325 CP. Sanción por el tipo más grave, 325 CP.**

Recurso: Casación nº 796/2006  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1182/2006 de fecha 29/11/2006

«...Doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos

penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.

Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

Aplicando esta doctrina al caso actual, vemos que, en primer lugar, es el mismo Tribunal sentenciador el que reiteradamente considera la conducta del acusado como un conjunto de actividades que integran una acción unitaria consistente en realizar "la gran obra transformadora" de la zona donde se desarrollaron aquéllas. Es por ello por lo que la sentencia rechaza el concurso de normas porque son distintos los bienes jurídicos afectados, aún considerándolos "muy próximos".

Tan próximos que, a nuestro entender, se confunden en uno sólo y el mismo: la protección del medio ambiente como valor tutelado por las normas concurrentes. Resulta a estos efectos sumamente significativas las consideraciones que hace la sentencia recurrida cuando al tratar del delito del art. 325, señala que para verificar la concurrencia de los elementos típicos que lo conforman, señala que "bastan algunos presupuestos del delito anterior (artículo 319.1), ya que ambos están en una línea de ataque proyectivo, empezando por la afectación de la ordenación del territorio, como delito forestal por darse el elemento normativo consistente en la infracción atinente a la sujeción al control de la gran obra transformadora, vulnerando ciertas normas intrínsecamente protectoras del medioambiente, **generando al tiempo la misma conducta** una afectación o peligro concreto grave, incluso un resultado, en un ecosistema natural".

Ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.

Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio "non bis in idem" que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictamos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 C.P., de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena». (F. J. 11º)

### **CORRUPCIÓN DE MENORES. Imprudencia de tipo agravado de pertenencia a organización.**

Recurso: Casación nº 1854/2005

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 913/2006 de fecha 20/09/2006

**«En el motivo primero solicita que se case la sentencia por indebida aplicación del artículo 189.2 del Código Penal en la redacción dada por la reforma operada por Ley Orgánica 11/99, de 30 de Abril, que modifica el Título VII del Libro II del Código Penal.**

1.- La defensa del acusado, había aceptado un año de condena, oponiéndose a la aplicación de la agravante de pertenencia a asociación dedicada a la producción, venta, distribución de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores de edad.

2.- Antes de analizar la cuestión jurídica planteada conviene hacer una referencia a los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

Se trata de una persona que utilizaba, con exclusividad, su propio servidor u ordenador personal con plena identificación de su línea de teléfono, su número de usuario y su correo electrónico.

El acusado visitaba páginas "webs" de pornografía infantil, que se ofrecía en direcciones de correo por las llamadas "comunidades de Microsoft". Se añade que, en ocasiones, los menores que aparecían en pantalla no alcanzaban los 13 años.

Dichas comunidades, se dice, que tienen como finalidad difundir material pornográfico de esta naturaleza y constituir un punto de encuentro para pedófilos.

De forma más concreta, se le imputa que, con fecha de 29 de Mayo de 2004, se incorporó como miembro a una comunidad denominada "niosgays" aportando, en dos fechas que se citan, fotos pornográficas de menores, algunos de edad inferior a 13 años, sin que conste que él las hubiese elaborado.

Con el oportuno mandamiento judicial se entró en su domicilio y se le ocupó el disco duro. Nada se dice sobre que garantías se observaron para

guardar la confidencialidad en relación con todas aquellas materias que nada tuvieran que ver con la pornografía infantil.

3.- El artículo del Código Penal antes citado, castiga la utilización de menores para la producción de material pornográfico así como la financiación de estas actividades.

Ampliando las líneas de protección, coloca, al mismo nivel punitivo, no sólo a los que se lucran con la difusión de estos productos pornográficos sino a los que los difunden sin ningún ánimo de lucro, lo que no parece respetar el principio de proporcionalidad, desde el punto de vista de la punibilidad. En todo caso la simple posesión obliga a imponer la pena en su mitad inferior.

Como circunstancia agravante establece la pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. La pena en este caso es la superior en grado.

4.- La introducción de esta modalidad delictiva, por decisión de los órganos legislativos en el conjunto de una campaña mundial contra esta clase de conductas, no deja de suscitar algunas singularidades criminológicas.

Nos encontramos ante lo que se podría denominar delito solitario, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya ha sido lesionado, por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material.

Es decir, la acción solitaria, inducida las mas de la veces por impulso sexuales incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados.

Si el reproche consiste en contribuir de forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables, con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente en la persecución de los autores materiales de la utilización de los mismos, sea o no con fines lucrativos. No cabe descartar que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias.

5.- Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera actividad. Resulta difícil demostrar que la conexión a la red se realiza con el fin específico de promover la corrupción de los menores. Normalmente tiene su origen en desviaciones y patologías sexuales evidentes que deben ser tratadas por medios científicos. El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que hay que ajustarse al contenido de la ley.

En la mayoría de los casos de acceso a la red la relación de causalidad no sólo está desconectada de la acción sino que se le da una inconmensurable extensión de tal manera que la satisfacción de un placer sexual solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de la protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un derecho penal objetivo en el que la culpabilidad,

más moral que jurídica, se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador y discurre por el inabarcable software de la red.

6.- La pena se deriva de la censura a una conducta, claramente reprochable sosteniendo que, el daño a la víctima, se produjo por culpa del autor de la navegación internáutica.

Sectores de la criminología, mantienen que es conveniente para la comprensión del sistema penal por los sujetos individuales y por la sociedad en su conjunto, que el reproche se considera útil. Si de lo que se trata con esta política criminal es recriminar al sujeto y exponerlo a la vergüenza pública, aún sabiendo que su actividad solitaria sólo de forma remota, y figurativa incide sobre el bien jurídico protegido, el legislador puede hacerlo. Ahora bien, para ello debe guardar estrictamente el principio de la proporcionalidad de la pena. En el caso que examinamos podía haber llegado hasta los cuatro años y seis meses de prisión. Estimamos que no guarda paridad con otras conductas más gravemente dañosas, contenidas en el mismo artículo de la ley.

6.- La cuestión nuclear, dada la inequívoca voluntad del legislador de equiparar las conductas de coacción, extorsión, prevalencia y degradación de menores con las de un simple consumidor de las grabaciones, nos debe llevar a examinar si, en casos como el que contemplamos, se puede extender un concepto tan extremadamente impreciso, como el de organización, a las actividades de personas que se integran, en el tipo delictivo básico sin conocer al resto de la llamada estructura organizativa. El hecho de entrar en grupos que, podríamos denominar de adictos a la pornografía infantil, como existen otras numerosas variedades de adicción al consumo de productos en la red de contenido delictivo, merece la grave incrementación de la pena que supone atribuirle la condición de miembro de una organización.

7.- Introducir, sin matices, los conceptos vigentes para las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de seres humanos, sustracción y venta de vehículos de alta gama o grandes tramas financieras, a un hecho de estas características parece a primera vista, evidentemente desorbitado, contrario a la esencia del concepto típico y a la proporcionalidad de la respuesta.

La sentencia, para justificar la aplicación de la agravante, sostiene que el acusado actuó en colaboración con los integrantes del "grupo", -lo entrecomilla-, de consumidores y proveedores de material pornográfico.

Colaborar supone una acción que necesita una previa concertación y es muy difícil construir una forma de colaboración con personas con las que no se ha hablado, no se conoce, y con las que no se ha mantenido ningún acuerdo previo. Llegar a esta conclusión sería tanto como considerar integrado en una organización a todo consumidor de la red que por decisión propia aporta y refuerza una opinión injuriosa o calumniosa adhiriéndose a su texto y planteamiento. Podría considerársele como autor pero nunca se podría integrar en un "grupo" de alevés sicofantes que utilizan la red para la injuria.

8.- Si queremos manejar el derecho penal con rigor y no con interpretaciones extensivas, tenemos que ajustarnos a los cánones establecidos por la criminología internacional, por los foros de lucha contra la criminalidad organizada y a los parámetros marcados por nuestra jurisprudencia sin aplicaciones extensivas y desmesuradas. El legislador, con vaguedad e imprecisiones, define la organización como un conjunto de tres a más malhechores y les exige una mínima estructura y coordinación. Esto supone que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes.

Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuado en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina "Chat", me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal.

9.- La organización guarda ciertas similitudes con la asociación ilícita. Las acciones ejecutivas imputables a una persona a la que se la adjudica la condición de miembro de una asociación pasa por un cierto dominio del hecho, caso que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil. Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida». (F. J. 1º)

## **COSA JUZGADA.**

Recurso: Casación nº 833/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1118/2006 de fecha 17/11/2006

«..El tribunal de instancia, desde el momento que existieron imputaciones y escritos acusatorios delimitadores del objeto procesal y se ha seguido una causa hasta el punto de dictar sentencia sobre la misma, en el silogismo judicial en que ésta consiste debió hacer figurar necesariamente el sustrato fáctico, que con apariencia delictiva (independientemente que los hechos sean o no delito), actúa como presupuesto de la aplicación del derecho.

La omisión o déficit detectado en la sentencia no es simplemente de formalidad pura, sino que posee consecuencias materiales en derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, no indefensión) que han podido resultar afectados. Como cuestión de relevante importancia, figura la imposibilidad de sostener en el futuro la existencia de cosa juzgada sobre este asunto.

El derecho del acusado a no verse envuelto en lo sucesivo en un asunto ya enjuiciado exigiría que la sentencia concretase la identidad subjetiva (el acusado) que sí figura en hechos probados y la identidad del objeto (hechos indiciariamente delictivos, materia del proceso) que no figuran, ya que la

naturaleza del delito imputado en el derecho penal, a diferencia de otras órdenes jurisdiccionales, no debe operar como tercer requisito de la cosa juzgada.

...Pero independientemente de ese efecto, consecuencia del quebrantamiento de forma detectado, se provoca una auténtica dificultad (más bien imposibilidad) de ejercer el control casacional sobre el juicio de subsunción. En materia de prescripción el tribunal parte de una serie de hipótesis, no explicitadas fácticamente en la sentencia, sobre las que no es posible pronunciarse en el plano de su posible corrección jurídica en cuanto deben partir de los hechos probados, que en este caso no existen». (F. J. 1º.2)

### **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Contaminación acústica. Sujeto pasivo del art. 325.1 del CP.**

Recurso: Casación nº 885/2006  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 327/2007 de fecha 26/04/2007

«...la cuestión planteada debe ser reconducida a la definición del sujeto pasivo del tipo penal del art. 325.1 CP.

Ciertamente cabría pensar que el sujeto pasivo sólo puede ser una pluralidad indeterminada y relevante de personas, dado que el medio ambiente no es un bien jurídico individual, sino colectivo. Sin embargo, el medio ambiente protegido es también el habitat de una o varias personas, es decir, el "conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas". Aunque el Diccionario de la Real Academia Española no haga referencia al domicilio de las personas, es evidente que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en este sentido, también forma parte del medio ambiente. Las personas tienen, por lo tanto, derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos. Consecuentemente, el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo.

3. En lo concerniente a si los ruidos, emitidos con constancia durante una importante parte del día y durante un largo tiempo, tienen aptitud para producir un grave perjuicio en la salud de las personas, la respuesta debe ser positiva. Actualmente los conocimientos científicos han adquirido un nivel de divulgación tal en esta materia que es innecesario hacer aquí una reseña prolija de los mismos.

Por último, no existe ninguna posibilidad de aplicar el art. 331 CP. De acuerdo con nuestra jurisprudencia, obra con dolo todo el que conociendo el peligro concreto generado por su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo. El recurrente sabía, dadas la requisitorias de las que fue

objeto, del peligro generado por la explotación del restaurante para el medio ambiente. Más aún tenía también conciencia del peligro que éste generaba para la salud de las personas que resultaron lesionadas por su acción. En este sentido es sorprendente que habiéndose producido una concreción del peligro no se haya tenido en cuenta en este proceso la posible comisión del delito de lesiones (art. 147 CP) en concurso ideal con el de peligro». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Responsabilidad de Alcalde.**

Recurso: Casación nº 1973/2005

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1091/2006 de fecha 19/10/2006

«2.- La conducta del Alcalde integra una decisión, por acción y por omisión o dejación de sus funciones que, de forma deliberada, se sitúa al lado de una industria contaminante en contra de los intereses de los ciudadanos sabiendo a ciencia cierta que actuaba y vulneraba la legalidad que regulaba la emisión de ruidos. Conoció, asimismo, los informes negativos sobre las emisiones ruidosas, contemplando impasible como se incumplían las propias decisiones sobre aislamiento realizada por la Consejería Autonómica y el propio servicio técnico del Ayuntamiento.

3.- Por su parte, el representante de la empresa, que se ha responsabilizado de esta actuación, en ningún momento adoptó las medidas correctoras que se les imponían saltándose las previsiones administrativas y los informes reiterados sobre su directa responsabilidad en la emisión de ruidos con las consecuencias ya expresadas». (F. J. 4º)

### **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Ruido como factor patógeno.**

Recurso: Casación nº 749/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 109/2007 de fecha 07/02/2007

«...Que el ruido es un factor patógeno es algo fuera de duda, que el tipo del art. 325 es norma en blanco cuya técnica ha sido declarada admisible constitucionalmente por no atentar al principio de taxatividad penal, aunque es técnica que debe ser aceptada con prudencia, es afirmación aceptada por la comunidad jurídica habiéndose admitido por el Tribunal Constitucional, entre otras la STC 219/89 *"...si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifican las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos u omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de lex certa que incorpora el art. 25-1º (de la Constitución) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su conexión sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicas o de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con la suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...."*.

Hoy día el Medio Ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél. En tal sentido se pueden citar como referentes normativos desde la Directiva 2002/49 C.E. de 25 de Junio de 2002 sobre la Evaluación y Gestión del medioambiental a la Ley 37/2003 de 17 de Noviembre --Ley del Ruido--.

Como precedentes jurisprudenciales se pueden citar, entre las primeras tres sentencias del TEDH, las sentencias de 9 de Diciembre de 1994, caso López Ostra vs España, 19 de Febrero de 1998, caso Guerra vs Italia y 2 de Octubre de 2001, caso Hatton vs Reino Unido.

En esta última sentencia se relaciona el ruido como agente agresor de la intimidad domiciliaria. También del Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 119/2001 de 24 de Mayo, 16/2004 de 23 de Febrero y 25/2004 de 26 de Febrero. De esta Sala, citaremos solamente por su importancia la STS 52/2003 de 24 de Febrero. En esta sentencia se dice en relación al art. 325 del Código Penal que es el aplicado en la sentencia sometida al presente control casacional que:

a) El tipo del art. 325 es una norma en blanco que exige su integración con las disposiciones normativas o reglamentarias aplicables al caso concreto, como aquí ocurrió.

b) Que sin duda el ruido forma parte del concepto de contaminación medioambiental y así expresamente se recoge en el art. 325 del Código Penal.

c) Que el art. 325 define un delito de peligro en abstracto en la doble modalidad del tipo básico "*....que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales....*", así como el tipo agravado "*....si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas....*".

En definitiva, la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad . En relación al elemento subjetivo del injusto éste se integra por el conocimiento para el responsable del riesgo creado por su conducta activa y pasiva, que puede ir desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo eventual según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa situación de peligro.

En el caso de autos, el delito enjuiciado aquí analizado, fue conformándose por la reiteración y repetición a lo largo de tres años de conductas que agreden el medio ambiente por contaminación acústica, conducta delictiva que fue precedida de expediente administrativo sin riesgo de vulneración del *non bis in idem*. Basta recordar que la única sanción administrativa impuesta fue de cuatrocientos euros según se recoge en la motivación de la sentencia, respuesta mínima dada la enormidad de la

antijuridicidad y culpabilidad de los autores y de los efectos para la vida humana producidos.

En relación a la previsión legal de respuesta en forma de prisión, ni debe causar extrañeza ni debe estimarse quiebra del principio de proporcionalidad. Se trata de una enérgica, respuesta que compensa la fragilidad del bien jurídico a proteger que lo hace susceptible de ataque desde múltiples y variados flancos. Por eso, la propia Constitución en un artículo sin precedentes impone la respuesta prisonizada --art. 45 Constitución-- "*....para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, ( se refiere a la defensa del medio ambiente) en los términos que fije la Ley, se establecerán sanciones penales....*".» (F. J. 6º)

### **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Vertidos indirectos.**

Recurso: Casación nº 1185/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 875/2006 de fecha 06/09/2006

«...fijando los límites entre el delito básico del art. 325 y la forma menos grave del art. 328 en dos notas:

a) En el art. 325 se exige la contravención de leyes con disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, lo que no se precisa en la figura leve del art. 328 y

b) En el art. 325 se sanciona la emisión directa de vertidos, en tanto que el art. 328 se refiere a los depósitos o vertederos líquidos o sólidos.

Diversas sentencias de esta Sala, han determinado que el art. 325 se refiere a vertidos directos, pero al mismo tiempo han matizado tal distinción en el sentido de que los vertidos contaminantes en depósitos o balsas insuficientes o permeables, de suerte que se produzcan filtraciones en el terreno con la subsiguiente contaminación de acuíferos, es conducta que debe llevarse a la figura básica del art. 325 y en modo alguno al art. 328.....

.... En el mismo sentido la STS 1914/2000 de 12 de Diciembre en relación al depósito de residuos de fundición con integrantes contaminantes, de manera tal que la lluvia antes o después, los ha de arrastrar hasta el arroyo "*....no es un acto de realización directa (de vertidos) pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos de las previstas como infracción penal....*", y concluye la sentencia "*....no nos encontramos ante el mero establecimiento de un depósito o vertedero de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, conducta ahora prevista como delito en el art. 328 C.Penal....*".

....  
En esta situación, hay que concluir que se está en presencia de vertidos indirectos de sustancias contaminantes con efectos graves en las aguas y sistemas naturales. No es un mero depósito sino que indirectamente se provocaron, por la acción de los recurrentes, vertidos y lixiviados que

contaminaron las aguas de los pozos de la zona, no haciéndolas aptas para el consumo, sin contar con la contaminación anaeróbica que también se produjo que está recogida en el *factum* --hecho quinto-- en los siguientes términos "*...ha ocasionado, esporádicamente nubes tóxicas productoras de molestias, irritaciones y picos de ojos y garganta para los habitantes de los núcleos urbanos cercanos....*".

En definitiva, se está en presencia de vertidos indirectos, pero liberados y por tanto que constituyen una contaminación directa sobre el aire, agua y suelo, acciones todas que tienen su encaje penal en el art. 325 del C.P. --como postula el Ministerio Fiscal-- y no en el art. 328 del C.P. como sostiene la sentencia, cuya argumentación no puede ser estimada». (F. J. 4º)

### **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Imposibilidad de apreciar continuidad delictiva.**

Recurso: Casación nº 702/2005

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 952/2006 de fecha 06/10/2006

« En atención a todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

a) la posibilidad de continuidad delictiva hemos de referirla al nº 2 del art. 74 C.P., en atención al principio acusatorio, por ser tal modalidad la alegada y combatida por las partes.

b) el delito fiscal no es un delito patrimonial en sentido estricto, según expresa el art. 74-2º C.P. ("infracciones patrimoniales").

c) aunque lo reputáramos tal, existe un obstáculo insalvable para estimar la continuidad, cual es, la previsión legal del art. 305.2 (antes 349 C.P.), en que la delimitación del injusto típico debe atenderse imperativamente a la defraudación de cada impuesto, de tal suerte que resulta excluida toda posibilidad de aglutinar defraudaciones inferiores a 120.000 euros con otras superiores a esta cifra.

Ello supone un apartamiento del criterio o fundamento jurídico que impone la continuidad delictiva en delitos patrimoniales, previsto en el art. 74-2º C.P. Según tal precepto cualquier quebranto al patrimonio ajeno (sea de un euro o de un millón) debe adicionarse y conceptuarse como un sólo ataque. Tal idea no se ajusta a la filosofía del delito fiscal, en el que no es posible aglutinar una defraudación de 19.000 euros con otra de 21.000, lo que repugna al principio sustentador de la contemplación unitaria de las diversas infracciones patrimoniales a efectos de configurar el delito continuado.

En definitiva, si partimos de que el delito fiscal, como precepto en blanco, debe integrarse con preceptos administrativos, harto cambiantes, es lógico que el legislador excluya de forma indirecta la consideración conjunta de los diversos delitos fiscales, si cada ejercicio tributario puede estar sometido en su

reglamentación a condicionamientos en alguna medida dispares, lo que le privaría de la homogeneidad del dolo, que prácticamente se renovarían en cada año fiscal. Como es lógico quedaría excluido el ejercicio de 1994, por los propios argumentos aducidos para estimar el motivo». (F. J. 5º.11)

## **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Delimitación conceptual y elementos.**

Recurso: Casación nº 752/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 38/2006 de fecha 31/01/2007

«...El delito contra la integridad del art. 173 CP. representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del CP. como delitos contra la integridad moral de las personas, artículo que desde la reforma de la LO. 11/2003 de 29.9, contiene también, en sus párrafos 2º y 3º el delito de violencia doméstica, por entender que este concepto normativo no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecta al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los hechos inherentes, lo que justifica -la simple consideración del bien jurídico protegido- que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar, haya sido ubicado dentro del Título VII y en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173.

La sentencia de instancia descarta la aplicación de éstos párrafos 2º y 3º del citado precepto por no considerar acreditada la habitualidad y subsume los hechos acaecidos el día 16.4, en el párrafo 1º como maltrato psicológico no habitual.

Esta posibilidad debe ser compartida.

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP. establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma.

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad". La STC 120/90 de 27.6 nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE. garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular", así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene vinculando -como ya hemos señalado- la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de "incolumidad e integridad o inviolabilidad personal".

Esta Sala, en Sentencia 3.10.2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Igualmente la STS. 213/2005 de 22.2 nos precisa que: De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad "*...menoscabando gravemente su integridad moral...*", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes --STS 294/2003 de 16 de Abril:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

Como se recoge en la STS 824/2003 de 5 de Julio, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620-2º --vejeción injusta--.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad está la cuestión de si se exige una continuidad en la acción, es decir, si bastará una sola y aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, esto es una actitud.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha puesto el acento --de acuerdo con el tipo-- en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En este sentido, la STS 489/2003 de 2 de Abril y las en ella citadas se refieren a que "*...Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones.*

*La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada ..... si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una*

*intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico....".*

En efecto por trato degradante habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o 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.

En el caso de autos el factum recoge que "el acusado José Manuel... mantenía una relación efectivamente inestable con su esposa Esperanza, con la que tenía dos hijas menores, por lo que ella le comunicó el 16.4.2004 que quería la separación amistosa, ante lo que él le dijo "estás gorda, no vales para nada, un día quemaré la casa", al tiempo que rompía muebles a patadas y arrojándolos al suelo, añadiendo que esta discusión "había provocado en Esperanza estado de desasosiego, angustia y temor".

Estas expresiones, puestas en relación con la rotura de muebles en la vivienda e incluso con su conducta posterior, tres días después, cumpliendo su amenaza y quemando la vivienda, conducta que si bien desde el punto de vista subjetivo no le es imputable por esa previa ingestión de pastillas Valium 5, objetivamente si tienen entidad suficiente para constituir violentado el bien protegido por el art. 173 CP. al menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima, interpretada que ha sido la acción típica en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho». (F. J. 3º)

#### **DELITO CONTRA LA INTIMIDAD. Acceso a correo electrónico. Artículo 197 CP. Elementos del tipo.**

Recurso: Casación nº 1805/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 358/2007 de fecha 30/04/2007

«...El artículo 197 del Código Penal, contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan

que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que “la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás» (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)”. Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar. No es preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, pero es necesario que afecten a la intimidad personal.

En relación a la conducta aquí enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o a vulnerar la intimidad en el primer caso, y el mero acceso a los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Como hemos dicho en otras ocasiones, este motivo de casación permite al Tribunal verificar si los preceptos pertinentes han sido interpretados y aplicados correctamente a los hechos que han sido declarados probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. Ello no impide la revisión de la racionalidad de las inferencias realizadas en la sentencia impugnada, tanto si se refieren a elementos del tipo objetivo como si afectan al tipo subjetivo.

Es necesario, por lo tanto, partir de los hechos probados, de los cuales interesa resaltar ahora lo siguiente. En primer lugar, que el ordenador que utilizan era de titularidad pública y adscrito al organismo municipal Sociedad Municipal de Gestión de Suelo, y era utilizado circunstancialmente por funcionarios del mismo distintos del recurrente; en segundo lugar, que los acusados, una vez accedieron al correo electrónico abrieron e imprimieron un

mensaje, que procedía de Inés Romero Gómez (Alcaldía de Punta Umbría), cuyo asunto figuraba como “RV (reenvío) Convenio” y cuyo original había sido enviado unos trece días antes por Enrique Martínez al Alcalde de Punta Umbría; y, en tercer lugar, que su actuación se desarrolla en el marco de una reunión en la sede del organismo citado, que celebraron con la finalidad de tomar contacto directo con la documentación del mismo, para poder evaluar su situación, ya que el gerente, Sr. Mateo Vico, aquí recurrente, se encontraba entonces dado de baja por enfermedad desde hacía varios meses.

El Tribunal de instancia ha negado el carácter típico de la conducta fundamentalmente sobre la base de la ausencia del elemento subjetivo. La Sala entiende que tampoco concurre el elemento objetivo en su integridad, aunque algunos aspectos de la conducta presentan rasgos de tipicidad en ese aspecto. Así, es cierto que se ha accedido a un archivo de correo electrónico y también lo es que ha existido apoderamiento del contenido de un mensaje concreto dirigido al querellante.

Sin embargo, la ausencia de tipicidad resulta de varias clases de razones, relacionadas entre sí. En primer lugar, no es posible entender que en el ordenador en el que se almacenaban físicamente los datos y al que acceden los acusados era el lugar idóneo para el archivo o almacenamiento de datos relativos a la intimidad personal del querellante. De un lado, porque se trataba de un instrumento de titularidad pública, y además, adscrito al organismo municipal, lo que implica que su utilización no debe estar orientada a otras finalidades que el cumplimiento de las funciones públicas para cuya mejor satisfacción se dota al organismo, y al tiempo a quienes lo sirven, de los necesarios medios técnicos. Y es de esperar que la utilidad real sea coincidente con la pretendida. Así lo entendió esta Sala en otras ocasiones, concretamente en la STS nº 666/2006, antes citada, en la que se puede leer lo siguiente: “Así, conforme a lo expuesto, la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás» (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas). Ámbito que por su naturaleza personalísima, normalmente, no debe verse implicado en el desempeño habitual de actividades político-administrativas. Por ello, tanto en una consideración jurídico-formal como en términos de experiencia, hay que decir que comunicaciones del género de las interferidas en este caso no están destinadas institucionalmente a ser el regular cauce de contenidos de carácter íntimo, y lo cierto es que no suelen serlo en la práctica y tampoco lo fueron aquí, según consta”.

En segundo lugar, tampoco el referido ordenador era lugar adecuado para el almacenamiento de datos íntimos, secretos o reservados de carácter personal, pues según se declara en el hecho probado, aun cuando para el acceso fuera necesaria una clave, los dos funcionarios a los que se refiere la sentencia, con destino en el ya citado organismo municipal, no solo la conocían, sino que “usaban circunstancialmente el ordenador”, lo que implica un acceso normalizado de personas distintas del recurrente que viene a excluir una previa consideración acerca de la posibilidad razonable de que se hubieran almacenado datos cuyo carácter personal implicara un acceso limitado exclusivamente al directa y legítimamente interesado. Consiguientemente, los

únicos datos, reservados o no, secretos o no, que podrían encontrarse en esos archivos informáticos serían los relacionados con el cumplimiento de las funciones públicas que habían justificado la dotación del mismo al organismo de que se trataba, quedando excluidos otros datos de carácter personal o familiar.

Y en tercer lugar, en relación y como consecuencia de todo lo anterior, no es posible afirmar que la voluntad de los acusados estuviera caracterizada por la finalidad de vulnerar la intimidad del recurrente, pues razonablemente solo era posible esperar el hallazgo de datos públicos en los archivos revisados. Ello coincide además con la conducta posterior de aquellos una vez accedieron al ordenador, pues exclusivamente utilizaron un mensaje de correo electrónico con las características expuestas en el hecho probado, que excluye en su contenido tanto la naturaleza de datos íntimos como la de datos reservados, en cuanto que se trataba de un reenvío procedente de la Alcaldía de un mensaje que previamente había sido remitido precisamente al Alcalde, y relacionado con un borrador de un convenio urbanístico. Es decir, exclusivamente en relación con actuaciones administrativas de los órganos municipales. En este sentido, cuando en el hecho probado se afirma que la finalidad de la actuación de los acusados era “tomar contacto directo con la documentación de dicho organismo para poder evaluar la situación del mismo” ya que el recurrente, que era gerente de aquél, se encontraba de baja por enfermedad desde hacía meses, se realiza una afirmación que está basada en una inferencia razonable.

Se podrían haber planteado cuestiones distintas en el caso de que, aun cuando no fuera previsible el hallazgo de datos reservados o íntimos, tal hallazgo se hubiera producido, pues en ese caso sería valorable la reacción de los autores ante tal suceso. Pero nada de eso ha ocurrido, por lo que siendo su interés ajeno a la cuestión suscitada, no es preciso abordarla aquí con más detalle».

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Agravante específica de extrema gravedad.**

Recurso: Casación nº 11061/2006 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 298/2007 de fecha 21/03/2007

«Como pone de relieve el Ministerio Fiscal la norma aplicable es la nueva redacción del artículo 370 dada por Ley Orgánica 15/2003 que considera que existe la extrema gravedad en los *“casos en que la cantidad de las sustancias a las que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la consideración como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”*. En estos casos el legislador dispone que se impondrá la pena fijada y una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto de tráfico.

4.- En este caso, se impone la pena en atención a la circunstancia objetiva de la cantidad de hachís ocupado (cerca de cinco toneladas), los medios instrumentales y, sobre todo, el diseño de la operación en la que concurren numerosas personas con tareas previamente adjudicadas y con señalamiento y diferencia de rutas elegidas para salir desde el lugar del desembarco. Es decir, la operación supera los límites de lo que se podría considerar normal en función del peso de la sustancia estupefaciente y del modesto operativo como dato en el análisis de la correcta aplicación de la extrema gravedad.

No obstante, debemos señalar que la nueva técnica legislativa si bien proporciona índices de referencia más claros, incurre en la utilización de conceptos que pueden plantear cuestiones relacionadas con el *bis in idem*. En su caso bien podría ser resueltas por el principio de especialidad, pero deja algunas grietas que tendrá que rellenar la jurisprudencia.

5.- En todo caso y sin perjuicio de las variaciones derivadas de la existencia de un solo delito de falsedad documental y de un delito de hurto de uso de vehículo de motor, la pena impuesta se estima correcta». (F. J. 2º)

#### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Autoría y no complicidad. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 2215/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 312/2007 de fecha 20/04/2007

«En nuestra hipótesis considera propia de un cómplice la conducta de avisar a la esposa que vendía la droga en el domicilio común ante la presencia de la policía, también conocido en el argot de los traficantes como "dar el agua" o "dar aviso", atendiendo que a ello no se opone el concierto previo con el autor.

2. Es doctrina de esta Sala harto conocida que el art. 368 C.P., al penalizar dentro del mismo marco sancionador todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha implantado un concepto extensivo de autor, de tal suerte que cualquier clase de facilitación o favorecimiento del delito, que usualmente integrarían conductas de complicidad en el tipo que nos concierne, se integran en las actividades propias de autor. Consecuentemente facilitar o favorecer las conductas nucleares del delito (elaborar, cultivar, traficar, poseer, etc) constituyen a su vez conductas nucleares, por así preverlo el Código.

Está en lo cierto el recurrente de que el acuerdo previo no es determinante para distinguir la coautoría de la complicidad, porque entre el cómplice y el autor debe existir un pacto expreso o implícito (*pactum sceleris*) en el que uno de ellos acepta el concurso o intervención del otro en una actividad secundaria, colateral o accesorio, no imprescindible para la consumación del delito.

En términos generales habría que distinguir el alcance y naturaleza del acuerdo, instalándose en el campo de la autoría aquellos conciertos en que asumiendo los intervinientes el hecho delictivo como propio, se asignen cometidos o se distribuyan las funciones precisas para ejecutar el delito. Pero si tal afirmación se hace con carácter general, en el caso de autos el acuerdo sobre la aportación causal al hecho, aunque fuera accesoria e innecesaria, también integraría el concepto de autoría, porque nos hallaríamos ante una conducta de facilitamiento, favorecimiento o promoción de las demás actividades descritas en el precepto que integran el injusto típico.

3. Dicho lo anterior, esta Sala, tratándo de deslindar o separar de la autoría conductas participativas en el hecho del otro, notoriamente alejadas del ilícito principal, ha ido perfilando una doctrina, que partiendo de que el art. 29 C.P. existe y no resulta excluído de antemano de las posibilidades de atribución subjetiva del hecho delictivo previsto en el art. 368 C.P., es factible condenar por complicidad en hipótesis de "colaboraciones con el colaborador".

Sería el caso por ejemplo del que auxilia a una persona que se ha comprometido a transportar la droga de otro a un determinado lugar. Pues bien, quien ayuda a este transportista o participa en la carga de la droga en un vehículo sin más, a cambio de una compensación económica, estaría realizando una conducta "favorecedora del favorecedor".

Esta Sala ha venido calificando de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.

d) recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación.

e) facilitación del domicilio de venta y precio de la droga.

f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga.

g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos.

h) encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, etc.etc.

4. El caso de autos no se acomoda a los criterios antedichos y partiendo de los hechos probados como es obligado, hemos de convenir que el recurrente

intervino en el delito en la modalidad de autoría conjunta. No sólo por la amplitud en la delimitación típica del injusto, sino porque, aunque se tratara de un caso susceptible de cobijarse en la regla general, el recurrente no participa en el hecho de otro, sino en el hecho propio.

En su casa se desarrolla la actividad de tráfico ilícita (venta de droga), en ella aparecen como resultado del registro instrumentos y objetos destinados a tales menesteres y al acusado le compete, entre las funciones que garanticen el negocio ilegal, vigilar y advertir de la presencia de la policía, cuando se está en plena actividad ilícita, como así hizo, pues cuando de tal guisa se comportaba estaba mirando sus propios intereses, ya que lógicamente también participa directamente de los beneficios del ilegal tráfico, que precisamente se desarrolla en su propio domicilio. El dominio del hecho sobre tal conducta deviene patente. Si el acusado quisiera que tal actividad no se desarrollara en su morada, el delito no sería posible cometerlo.

No puede pasar por alto que durante las ventas ambos acusados se hallaban en casa, uno de ellos vendiendo la droga y otro garantizando el pacífico desarrollo de ese comportamiento ilícito». (F. J. 1º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad.**

Recurso: Casación nº 1531/2006

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 114/2007 de fecha 22/01/2007

«...la doctrina de esta Sala sobre la autoría y la participación en el delito del art. 368 admite tan solo con carácter excepcional la calificación de una conducta como complicidad -véanse sentencias de 28.11.2005 y 21.10.2005, porque:

a. El tipo está descrito con tal generalidad que debe entenderse que el Código está empleando un concepto extensivo ( o quizás unitario) de autoría.

b. El delito aparece como de peligro abstracto. (Aunque ello tenga más que ver directamente con el momento de la consumación).

Pero no es insólito encontrar en las sentencias enumeraciones de intervenciones sencillas constitutivas de mera complicidad (así es la sentencia del 21.10.2005). (F. J. 1º)

El factum refleja una tenencia de la droga por el acusado, en concepto de guarda temporal por encargo de tercero estando en el banco de un parque público, sin el mas mínimo ánimo siquiera possidendi, explícito o implícito; es decir, una mera detentación de la droga sin disponibilidad alguna. Y la ausencia de cualquier concierto en que interviniera el acusado respecto al plan de quien le había dado la droga.

No puede, así las cosas, afirmarse que el acusado tuviera el dominio funcional del hecho en el sentido de que le perteneciera como suyo, aunque fuera como coejecutor dentro de un reparto concertado de tareas. Sino que su conducta no fue más allá de lo estrictamente auxiliar.

Pero inmediatamente surge la cuestión de si ese auxilio, intervención en un hecho de tráfico ajeno, debe reputarse o no necesario. Y no aparece que, atendido el plan del autor, el auxilio prestado aparezca ex ante como bien escaso determinante del sí del hecho.

Por el contrario la colaboración se muestra como transitoria y de mínima duración y no difícilmente obtenible de otras personas, además (como hemos antes sentado) de no incluida en plan concertado con quien fuera protagonista del tráfico. Es supuesto de mínima colaboración encuadrable en la complicidad que prevé el art. 29 CP véanse los criterios recogidos en la sentencia del 6.4.2006 (aunque fuera para excluir la mera complicidad) y en la de 6.6.2005, TS». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Conspiración para su comisión.**

Recurso: Casación nº 586/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 77/2007 de fecha 07/02/2007

«...en los hechos probados se describe la concurrencia de cuatro personas con el hoy recurrente en la preparación de esa operación de desembarco y se detalla la concreta actuación que habría de llevar a cabo éste último, lo que constituye la conspiración, específicamente prevista en el art. 373 CP. con pena iguala la tentativa.

En efecto la STS. 9.3.98, expresó que en los delito de tendencia y tacto sucesivo -cual es el tráfico de drogas-está asumida doctrinal y jurisprudencialmente, la dificultad de estimación de formas imperfectas de ejecución, pero no existen obstáculos para apreciar la conspiración: Han de concurrir una serie de circunstancias para su apreciación, la de estar relacionada necesariamente con alguna de las infracciones definidas como delito en el texto legal y, subjetivamente, requiere la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que pueda cada una de ellas ser sujeto activo del delito que proyectan, que acuerdan sus voluntades mediante un pactum scaeleris y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito.

Ahora bien como decíamos en la STS. 323/2006 de 8.3 " no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, bastando que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta, que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones, de ahí que el tribunal debe tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso, bien entendido que el desistimiento de la acción proyectada que

tuvo lugar por la actividad policial, no puede producir la impunidad de los actos ya realizados que integran aquella tentativa o la conspiración delictiva concreta.

La STS. 10.3.2000, entre otras muchas, no dice: " La conspiración para delinquir existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17 CP. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; y ya se trate de fase del "iter criminis" anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, o se considere una especie de coautoría anticipada, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado". En similar sentido STS. 20.5.2003.

Por su parte, la STS. 18.6.2002, describiéndose en los hechos probados que el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, afirma:

1º. Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2º. Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).

3º. Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4º. Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

Pronunciamiento condenatorio por el delito de conspiración para cometer un delito de tráfico de drogas, art. 373 que no supone vulneración del principio acusatorio por cuanto los hechos objeto de acusación y el que es base de la condena permanecen inalterables, esto es, existe identidad del hecho punible, deforma que el hecho debatido en el juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituye el supuesto fáctico de la calificación -conspiración- de la sentencia, y la homogeneidad entre el delito contra la salud pública, art. 368 CP., cometido en grado de tentativa y la conspiración para la comisión del mismo delito, resulta evidente, estando sancionada con igual pena». (F. J. 30º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Delito continuado.**

Recurso: Casación nº 1393/2005 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 972/2006 de fecha 28/09/2006

«...si bien es cierto que tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1/2006, de 9 de enero, que la expresión "actos de cultivo, elaboración o tráfico", utilizada en el artículo 368 del Código Penal pone de manifiesto que una pluralidad de actos de venta de droga quedan abarcados, por decisión del legislador, en un solo delito, lo mismo que cuando únicamente hubiera existido uno solo de esos actos, considerándose un concepto global que abarca lo mismo un solo hecho u objeto que varios, también es doctrina de esta Sala, como se expresa en la Sentencia 919/2004, de 12 julio, que la cuestión que se plantea es la relativa a la unidad o pluralidad de infracciones en los supuestos de multiplicidad de acciones. Los problemas generados por la pluralidad de acciones en relación con el concurso de infracciones deben resolverse desde la óptica de la determinación de la unidad de acción; al respecto es posible distinguir entre lo que se denomina la unidad natural de acción y la unidad típica (o jurídica) de acción. La utilización en el art. 368 del Código Penal del término «actos» en plural no debe conducir a un equívoco en relación con la unidad de acción exigida por el tipo penal, pues, no se trata de un supuesto de unidad jurídica de acción, dado que tal entendimiento implica que el legislador aglutina diversos actos y los conforma como un objeto único de valoración, considerando esencial la realización de esa diversidad de acciones para que las conductas se subsuman en el tipo penal. Esta inteligencia llevaría al absurdo de considerar que la realización de un sólo acto puede no ser típico. Por el contrario, el tipo penal del art. 368 debe ser considerado como un tipo que se cumple con la ejecución de un sólo acto (por ejemplo, basta un sólo acto de tráfico) para que la conducta sea subsumible en él. La utilización del plural, como dijimos, no es indicativo de una unidad jurídica prevista por el legislador sino que es un recurso (o una necesidad) lingüística derivada (o impuesta) por la diversidad de verbos típicos que el legislador establece en la redacción de la oración. Aclarada esta cuestión, es necesario realizar la operación interpretativa necesaria para determinar cuando nos encontramos ante una unidad de acción, pues, esta puede estar formada por diversos actos conforme a lo que se denomina la unidad natural de acción. En

efecto, en aquellos casos en los que puede observarse entre los distintos actos, la existencia de una conexión espacio-temporal y una sustancial coincidencia en la actuación en el que el hecho se configura como una unidad, han de ser considerados bajo la idea de la unidad de acción. Esto significa que el tipo penal del art. 368 puede llevarse a cabo mediante un sólo acto que configura una acción o, mediante una diversidad de actos, siempre que en tales casos puede considerarse que concurre una sola acción en sentido natural. Para que pueda aceptarse que tal diversidad debe ser considerada una unidad en el sentido de unidad de acción, es preciso, como decimos, que los diversos actos se ejecuten en un ámbito espacial corto y en un contexto temporal breve. Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acciones puede –en ciertos casos– conformar una unidad jurídica dando lugar al denominado delito continuado. La Jurisprudencia de esta Sala ha elaborado la doctrina del delito continuado conforme a un criterio objetivo-subjetivo al considerar que la unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos (unos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo) que son los que darán ese sentido o nexo de unión por continuidad. En otras palabras, una mera sucesión de delitos no dan lugar por esa sola circunstancia cronológica, a un delito continuado. Esta Sala, a la vista del art. 74 del Código Penal, exige como requisitos para que pueda considerarse continuidad delictiva, los siguientes: a) la existencia de un plan preconcebido (elemento subjetivo) o el aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo); b) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; c) que ofendan al mismo o a distintos sujetos pasivos; d) que infrinjan el mismo precepto penal o varios pero de igual o semejante naturaleza; y e) que dichas acciones se lleven a cabo en un cierto contexto espacio-temporal delimitable. Dicho de otro modo: pluralidad de acciones, homogeneidad en el bien jurídico, homogeneidad en la técnica comisiva, unidad de sujeto activo (aunque puedan cambiar algunos partícipes), y cierta relación de espacio y tiempo entre las diversas acciones. Así pues, prescindiendo ahora de los demás requisitos, el delito continuado exige una pluralidad de acciones realizadas en un cierto contexto espacio-temporal delimitado. Todo lo indicado conduce a las siguientes conclusiones: por una parte, que es posible que una persona realice diversos actos que puedan considerarse como una única acción (en sentido natural) que conformen un único delito; por otra parte, que es posible que una persona realice diversas acciones que den lugar a varias subsunciones en el mismo tipo penal; y, por último, que también es posible que una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto penal sean consideradas una unidad jurídica de acción por continuación, siempre que exista un nexo de continuación. El recurrente, equivocadamente, considera que el art. 368 del Código Penal al referirse a «actos» en plural significa que dentro de esos actos cabe abarcar todos los actos que el sujeto activo realice por complejos que sean y todos ellos deben ser valorados como un comportamiento único, es decir, en realidad viene a considerar que el legislador ha establecido una unidad jurídica de acción. De este planteamiento el recurrente deduce que la conducta plural y compleja por él realizada debe ser considerada como un solo delito. Sin embargo, como dijimos, el tipo penal del art. 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural. Por ello, en caso de pluralidad de acciones y concurriendo el

resto de los requisitos indicados, es posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública.

En esta misma línea de admisión de la continuidad delictiva en los delitos de tráfico de drogas se pronuncia la Sentencia 986/2004, de 13 septiembre, en la que se declara que la continuidad delictiva, en este tipo de delitos, parece que, en principio, debería guardar una relación más directa con aquellos supuestos en los que, más que una serie de acciones penalmente típicas que respondan a un mismo propósito criminal, nos encontremos ante operaciones complejas (v. gr., creación de sociedades, fletes de barcos o aviones, contratación de tripulaciones, etc.) en las que, en cada una de ellas, pueda y deba apreciarse una evidente renovación del dolo del sujeto o de los sujetos activos (de su voluntad rebelde a la norma). Mas, dicho esto, preciso es reconocer también que, en estos supuestos, puede surgir la duda – jurídicamente fundada– de si nos hallamos ante un delito continuado o simplemente ante un concurso real de delitos.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, nos encontramos con pluralidad de operaciones complejas, en la que se han utilizado la infraestructura de una empresa de transporte internacional por carretera con domicilio en España, en conexión con otras empresas de transportes y con pluralidad de organizaciones colombianas dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, y ello, que hubiera permitido apreciar la renovación del dolo de los sujetos intervinientes, ha sido valorado, en algunos supuestos, como sucede con el ahora recurrente, como una continuidad delictiva y no un concurso real de delitos, alternativa que resulta vedada a esta Sala en virtud del principio que prohíbe la “*reformatio in peius*”.

El Tribunal de instancia razona, en sus fundamentos jurídicos, que el recurrente, equivocadamente, considera que el art. 368 del Código Penal al referirse a «actos» en plural significa que dentro de esos actos cabe abarcar todos los actos que el sujeto activo realice por complejos que sean y todos ellos deben ser valorados como un comportamiento único, es decir, en realidad viene a considerar que el legislador ha establecido una unidad jurídica de acción. De este planteamiento el recurrente deduce que la conducta plural y compleja por él realizada debe ser considerada como un solo delito. Sin embargo, como dijimos, el tipo penal del art. 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural. Por ello, en caso de pluralidad de acciones y concurriendo el resto de los requisitos indicados, es posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública». (F. J. 1º. 1º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Entrega de papelina por una menor. Acto aislado: no constituye tipo agravado.**

Recurso: Casación nº 1816/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 181/2007 de fecha 07/03/2007

«...nos encontramos con un solo acto de venta en el que una menor, con quien el comprador ni siquiera ha contactado previamente, se limita, siguiendo las indicaciones de la persona que abrió la puerta, a entregar la vuelta del dinero junto con la papelina de la droga, -entrega que si bien está acreditado por la testifical de los policías intervinientes y la ocupación de la sustancia en poder del comprador, no lo está que la menor supiera que entregaba droga, a la vista de sus manifestaciones obrantes en el acta del juicio "que no sabe nada de la papelina ni de que la entregara"-, siendo relevante que la menor se encuentra en ese momento en el interior de su domicilio, junto con tres personas mayores de edad, una de ellas su propia madre; por lo que su actuación no supone una mayor facilidad para cometer los delitos a que se refiere el art. 368 CP., pues al producirse la entrega de la papelina en la vivienda y no en la calle, pudo ésta realizarse por cualquiera de las otras personas mayores de edad, una de ellas su propia madre; lo que su actuación no supone una mayor facilidad para cometer los delitos a que se refiere el art. 368 CP., pues al producirse la entrega de la papelina en la vivienda y no en la calle, pudo ésta realizarse por cualquiera de las otras personas con la misma facilidad, de esta forma la menor, en el peor de los casos, no sería tanto un instrumento manejado por el resto, sino, como dice la STS. 15.7.2002, un miembro más del grupo familiar precozmente iniciado en la actividad delictiva a que el mismo se dedica». (F. J. 6º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. “Éxtasis”. Desconocimiento del porcentaje de principio activo. Cantidad considerable. Cumple el límite mínimo.**

Recurso: Casación nº 1896/2006

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 172/2007 de fecha 27/02/2007

«...El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de enero de 2003, ratificado por el de 3 de febrero de 2005, acordó establecer las dosis mínimas psicoactivas a partir de las cuales está científicamente comprobada la afectación psíquica y física de las facultades de una persona, que, en lo concerniente a la droga de diseño conocida como “éxtasis”, cuyo componente es el metilnodioximetanfetamina (MDMA), es de 0,02 gramos, es decir, 20 miligramos de sustancia pura.

Ciertamente, el informe analítico oficial no determina el porcentaje del principio activo que contenían los 2,865 gramos de pastillas de éxtasis (MDMA) de cuya tenencia y tráfico es autor el recurrente, pero debemos significar que si la determinación objetiva del dato en cuestión resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de una mínima o exigua cantidad no lo es en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable, como aquí sucede, pues tratándose de 2865 miligramos de MDMA resulta sencillamente inasumible que no contuvieran al menos 20 miligramos de riqueza básica, por puro ejercicio del raciocinio y de los conocimientos empíricos sobre el tráfico de esta clase de

sustancias anfetamínicas ya que ello significaría que los comprimidos intervenidos al acusado tendrían que estar prácticamente limpios del principio activo, lo que haría, de hecho, indetectable su naturaleza anfetamínica, siendo así, por el contrario, que el análisis oficial los califica de 7 comprimidos y dos trozos de sustancia MDMA, por lo que es claro que por pequeño que fuera el componente de principio activo, bastando en este caso que fuese un 0,71 por ciento, el total de éste, necesariamente habría superado el referido límite mínimo que califica el producto como droga que causa grave daño a la salud (véanse, entre otras, SSTS 281/2005 y 854/2005)». (F. J. 3º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 10739/2006 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 209/2007 de fecha 09/03/2007

«...Como advierte la STS de 5-10-2006, nº 966/2006, con anterioridad a la reforma de la LO 15/2003, el texto legal hablaba simplemente de conductas de “extrema gravedad”, expresión sumamente vaga, respecto de lo cual la jurisprudencia de esta Sala fue elaborando una doctrina clarificadora de lo que habría de entenderse por tal, en aras del esencial principio de seguridad jurídica (v. art. 9.3 CE y art. 1.6 CC), poniendo de manifiesto la deficiente técnica utilizada y así, en la STS de 24 de octubre de 2000, se dice que la conducta agravada así definida, en sí misma considerada constituye una “figura cualificada de segundo grado” (una “hiperagravante”), que demanda una interpretación, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de “lex certa”. Por lo demás, “su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos”. “De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos”. Entre los primeros, debe tenerse en cuenta: la cuantía de la droga aprehendida (absolutamente excepcional) y su pureza, los instrumentos utilizados para llevarla a efecto y la organización previa (la “logística”). Y entre los subjetivos: el papel o rol desempeñado por los acusados en la operación (si se actúa en interés propio o al servicio de otra persona). A la vista de la anterior doctrina jurisprudencial, claramente se advierte que la reforma legal operada en el art. 370 del Código Penal, llevada a cabo por la LO 15/2003, ha recogido en buena medida los criterios acuñados por la misma.

Sobre el papel desempeñado tampoco es indiferente el llevado a cabo por cada uno de los partícipes en la empresa criminal, de forma que cuanto mayor sea el rango o responsabilidad también será más grave la conducta realizada, sin que desde luego ello signifique que no pueda aplicarse la “extrema gravedad” a otros partícipes que no sean jefes, administradores o encargados de las organizaciones, como se desprende de la propia literalidad del precepto (SSTS 655/02 y 21-10-2004, nº 1151/2004)». (F. J. 12º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad. Supuesto concreto.**

Recurso: Casación nº 10693/2006 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 352/2007 de fecha 23/04/2007

«... de la exégesis de tal precepto se puede colegir que el legislador no lo relaciona con más parámetros interpretativos, que con la cantidad “extrema”, o sea, la que constituya un *exceso notable* en comparación con la tenida en cuenta para la notoria importancia. Ni con redes internacionales, ni con medios extraordinarios de transporte, ni simulando operaciones internacionales, ni, por supuesto, con las demás agravaciones previstas en el art. 369.1 del Código penal, que tienen, desde luego, sustantividad propia, deducida sin sombra alguna de duda por la copulativa “o”, con que se enuncian las circunstancias fácticas de donde ha de resultar tal “extrema gravedad”. Ni siquiera con la condición del sujeto, como jefe, organizador, administrador o mero partícipe, como algunas resoluciones parecen referirse, pues tales condiciones de superior responsabilidad en la comisión delictiva, ya se encuentran comprendidas en el número 2º del comentado art. 370 del Código penal. Entendemos que el intérprete jurídico no puede añadir nuevos requisitos que no han querido ser tenidos en cuenta por el legislador. Y del propio modo que al partícipe en un delito de estas características contra la salud pública, cuando se trata de notoria importancia, no se hacen distinciones en función a sus cometidos operativos en la comisión delictiva, y si procede tal notoria importancia se aplica la penalidad correspondiente a la misma, tampoco existe razón alguna para hacer distinciones que no están previstas legalmente cuando nos encontramos ante la denominada “extrema gravedad”. En suma, se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuridicidad de la acción, por el mayor peligro de difusión a terceros, en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende.

En el caso enjuiciado, la cantidad que se alijaba era más de 1000 veces superior a la notoria importancia (2,5 kilogramos), pues ésta magnitud sería de **2 toneladas y media**, y en el caso, nos encontramos con que la cantidad intervenida fue de **3 toneladas y 642 kilogramos**. No cabe duda, pues, que cualquier concepto que se maneje acerca de dicho “exceso notable” ha de comprender tal pesaje. Véase en este sentido, la interesante STS 265/2007, de 9 de abril (que lo apreció en una cantidad parecida), y las Sentencias en ella citadas. Además, el *factum* relata embarcaciones y camiones en su mecánica comisiva». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización o asociación.**

Recurso: Casación nº 1393/2005 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 972/2006 de fecha 28/09/2006

«...Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 808/2005, de 23 de junio, que el Código no contiene una definición auténtica, previa y concreta, de los términos organización o asociación. No es definitiva, aunque puede aportar alguna luz al esclarecimiento del concepto, la definición de delincuencia organizada que establece el art. 282 bis de la L.E.Cr. al tratar la figura del agente encubierto. De este precepto se pueden extraer las notas de permanencia y reiteración de las conductas. Esta Sala ha considerado que en el concepto de asociación u organización debe incluirse "cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo". No cabe pasar por alto las expresiones que el Código incorpora al configurar esta hiperagravación o cualificación de segundo grado, refiriéndose a la "transitoriedad" de la asociación o a la "ocasionalidad" en la consecución de los fines perseguidos por ésta, lo que amplía en grado sumo las posibilidades subsuntivas de agrupaciones o asociaciones de dos o más personas que respondan a los criterios jurisprudenciales señalados. Una cuestión interpretativa más surge como consecuencia de la aparente desvinculación de esta figura cualificada del tipo básico al que se remite, por el hecho de relacionar la organización o asociación con la finalidad de difundir las sustancias o productos tóxicos o psicotrópicos, aunque debemos entender, desde una elemental interpretación lógica, que la conducta de difusión referida afecta y en definitiva constituye un modo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas. En todo caso debe quedar perfectamente deslindada de los supuestos de codelincuencia o transitoria consorciabilidad para el delito. Serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: a) la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito. b) el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo. c) que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal. Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esa y no otra es la "ratio" de la cualificación de la conducta». (F. J. 17.1º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Pena de multa. Interpretación del art. 377 del CP.**

Recurso: Casación nº 10395/2006 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1170/2006 de fecha 24/11/2006

«El art. 377 del Código penal, dispone que: *“para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los arts. 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”*».

No se trata, en modo alguno, de la ganancia que pueda obtener el mero mensajero o correo, sino que debe atenderse al valor de la droga sustancialmente, objeto del delito, tanto en sí mismo considerado, como el producto de su venta o distribución, si fuera éste mayor, pero lo que no es dable confundir es tal valor, con la ganancia obtenida por las colaboraciones, como puede ser su transporte, porque se llegaría al absurdo resultado de que, tratándose de transportes gratuitos (por la razón que fuere), vigilancias o camuflaje, o simple donación, se dejaría de imponer tal multa, sin ningún fundamento jurídico.

En este sentido, citaremos la doctrina resultante de la STS 1452/2005, de 13 de diciembre, conforme a la cual: en materia de tráfico de drogas, la multa prevista se rige, precisamente por el sistema secundario de multa proporcional, y así en el art. 368 y ss. [del Código penal] la multa viene impuesta en relación «al valor de la droga» en una proporción variable que puede llegar del tanto del séxtuplo. Se contiene, además una norma específica en el art. 377 para la determinación del valor de la multa o imponer en relación a estos delitos, según la cual, para la determinación del valor de la droga, que actúa como presupuesto indispensable para la imposición de la multa «sería el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener...».

El precepto –como reconoce la STS 145/2001 de 30.1– ha merecido críticas doctrinales porque en la valoración del precio juegan de su lado factores que escapan del dominio del autor en el momento de la realización de la conducta para instalarse en futuribles de difícil si no imposible objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que se trata de sustancias de tráfico ilícito y por lo tanto, cualquier aproximación valorativa procede inexcusablemente de un mercado esencial y radicalmente ilegal y todo ello puede proyectar sombras sobre el principio de taxatividad.

De ahí que el precepto, junto al primer criterio, el valor de la droga objeto del delito, será el precio final del producto, establece otros dos criterios más flexibles y razonables que permiten un campo de justificada individualización según cada caso, y por un tanto una discrecionalidad judicial al añadir «... o, en su caso, la recompensa o ganancia, obtenida por el reo o que hubiera podido obtener...».

Por ello, debe recordarse la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta tal dato en los hechos probados, no procederá la imposición de la pena de multa, al no existir en el vigente Código Penal, un precepto como el art. 74 del Código derogado de 1973, que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el

delito, SSTS 26.10.2000, 461/2002 de 11.3, 92/2003 de 29.1, 394/2004 de 22.3, 1463/2004 de 2.12, que expresamente señalan que «la determinación del valor de la droga como hecho declarado probado en la sentencia, es un elemento imprescindible para la cuantificación de la pena de multa, hasta el extremo de que debe prescindirse de esta pena en el caso de que tal valor no haya sido determinado y tampoco se hayan hecho constar los elementos fácticos que permitirían acudir a las previsiones del artículo 377 del Código Penal». (F. J. 4º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo agravado de utilizar a menores. No concurre en el hecho probado los presupuestos para apreciarlo.**

Recurso: Casación nº 10636/2006 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 304/2007 de fecha 10/04/2007

«..El artículo 370 prevé que *se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 cuando: 1º) Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.*

Y el artículo 369, antes de la nueva redacción dada por la LO 15/2003, de 25 noviembre 2003, señala que *se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando: 9º) Se utilice a menores de dieciséis años para cometer estos delitos.*

Esta Sala ha señalado (Cfr. STS de 15-9-2000, nº 1397/2000) que la fundamentación de la agravación viene justificada no solamente por el carácter tuitivo hacia los menores, sino también por otros factores, tales como la mayor facilidad para la comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultando la Administración de Justicia. Al incorporarse al menor a la mecánica delictiva es indudable la potencialidad de afección de otros bienes jurídicos, y desde luego, lesionada queda su dignidad al servirse de él y hacerlo objeto de tan repudiables maniobras. El verbo nuclear es "utilizar", comprendiendo en dicha acción cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata. Téngase en cuenta que en los delitos de narcotráfico puede, incluso, verse afectada la propia vida y la integridad física y/o psíquica del menor.

Sin embargo, en nuestro caso el *factum* de la sentencia recurrida se limitó a señalar (fº 3) que *en el desarrollo del proceso de compra, la procesada portaba en sus manos un peso de pequeñas dimensiones al tiempo que solicitaba la colaboración de su hijo Juan ordenándole que le trajera una caja. Este menor intervenía también por indicaciones de su madre y del otro procesado Luis Rodríguez.*

Tiene razón el recurrente cuando pone en evidencia la insuficiencia de los hechos probados para subsumirlos en el subtipo agravado aplicado. Porque

¿qué clase de *colaboración* prestaba el menor? Traía una *caja* ¿Para qué? ¿Qué contenía? ¿En qué consistía *la intervención* que realizaba a indicaciones de los procesados? Este silencio debe ser interpretado a favor del reo (Cfr. STS de 27-9-2004, nº 1039/2004). En consecuencia, no puede mantenerse la concurrencia del subtipo que debe ser suprimido en segunda sentencia que ha de dictarse por la estimación de este motivo». (F. J. 6º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Supuestos de complicidad.**

Recurso: Casación nº 2346/2006

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 659/2007 de fecha 06/07/2007

«Esta Sala ha venido, así, calificando de complicidad:

a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.

d) Recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación.

e) Facilitación del domicilio de venta y precio de la droga.

f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga.

g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos.

h) Encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, etc. etc.» (F. J. 5º)

### **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Art. 318 bis CP. Transporte de súbditos rumanos sin afectación de sus derechos fundamentales.**

Recurso: Casación nº 712/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1087/2006 de fecha 10/11/2006

«...En cualquiera de los casos, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de

extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable. (F. J. 1º)

Desde las perspectivas expuestas, el recurso no puede ser estimado. El acusado se limitó a transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en condiciones de absoluta normalidad, en lo que se refiere a las condiciones en las que viajaban los dos súbditos rumanos.

....

Mantenidos los hechos probados en su redacción original, el hecho no puede considerarse delictivo. No se aprecia ninguna afectación negativa a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros transportados por el acusado. Este se limitó a acordar el transporte, circulando con normalidad, a la vista de las autoridades fronterizas, y sin que se haya acreditado ninguna actuación anterior ni ninguna finalidad posterior a su conducta de la que pudiera desprenderse un riesgo para la integridad de aquellos derechos. Tampoco se afecta el control del Estado en los flujos migratorios, dado que las dos personas transportadas se manifestaron a la vista de las autoridades sin que el acusado participara de simulación alguna de su situación real». (f. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Diferencias con delitos contra los derechos de los trabajadores.**

Recurso: Casación nº 10166/200 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1080/2006 de fecha 02/11/2006

«...Cuando se trata de los derechos propios de las personas, derivados de su condición humana, se aplicará el artículo 318 bis. Cuando los derechos afectados son solamente los propios y característicos del trabajador, es decir, derechos relacionados con su esfera laboral, se aplicará el artículo 313. Por lo tanto, el artículo 313 solamente será aplicable cuando la inmigración clandestina suponga la existencia de riesgo para los derechos del individuo como trabajador, es decir, sus derechos en relación con las posibilidades de optar a un trabajo legal, a un salario digno y al conjunto de prestaciones y garantías que corresponden al trabajador legalmente situado en el país. Pero sin afectar a otros derechos que le corresponden como persona.

La inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas en condiciones tales que resulten privados de las posibilidades de ejercitar de forma razonable

sus derechos fundamentales, o seriamente dificultados para ello, tanto durante el traslado como en el lugar de destino, será siempre castigada con arreglo al artículo 318 bis.1». (F. J. 2º)

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

Recurso: Casación nº 392/2006  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1119/2006 de fecha 13/11/2006

«...Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. de la Ley especial).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de **paso clandestino** evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas **mediante fraude**, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.)». (F. J. 3º)

### **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Hay que excluir del ámbito de la inmigración ilegal la relativa a personas de países incorporados a la Unión Europea. Acuerdo del Pleno.**

Recurso: Casación nº 88/2007  
Ponente: Sr. Marchena Gómez  
Sentencia: nº 635/2007 de fecha 02/07/2007

«...Argumenta la parte recurrente que la tipicidad aplicada por la Sala de instancia es manifiestamente improcedente, dada la nacionalidad lituana de la testigo que vino a España con el fin de ejercer la prostitución. El Tribunal *a quo* - se razona- no ha tenido en cuenta el Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, que suponía la ampliación de los países miembros de la Unión a veinticinco y el Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España, de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, tiene que ser acogido.

Conforme al art. 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Lituania -además de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca- han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, según se desprende del Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión, también publicado en el núm. 106 del BOE de fecha 1 de mayo de 2004. Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Lituania y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo IX del Capítulo 2º -libre circulación de personas- fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libertad de residencia y circulación.

Conforme al art. 1 del Real Decreto 240/2007, 16 de febrero -que ha derogado el RD 187/2003, 14 de febrero-, es objeto de esta norma regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Pues bien, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo (art. 3). Y la entrada en territorio español del ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular (art. 4) (BOE núm. 51 28 de febrero 2007).

En consecuencia, habiendo desaparecido, respecto de los ciudadanos lituanos, las anteriores restricciones administrativas impuestas a la libre entrada y circulación en nuestro territorio, desaparece también, por ausencia de bien jurídico protegido, la posibilidad de aplicar el art. 318 bis 1º del CP, a quienes faciliten la entrada de ciudadanos de aquella nacionalidad. En él se castiga la promoción y el favorecimiento del tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia y tránsito de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (cfr. SSTs 1465/2005, 22 de noviembre y 1304/2005, 19 de octubre).

En definitiva, los ciudadanos lituanos, como efecto directo de su integración en la Unión Europea, gozan de todos los derechos -y deberes- inherentes al concepto de ciudadanía europea, careciendo de sentido su incorporación a los flujos clandestinos de inmigración que sí se ven necesitados de protección penal.

En la sentencia de esta Sala 484/2007, 29 de mayo, se aborda la incidencia que este mismo tipo penal ha tenido respecto de los ciudadanos rumanos, también incorporados a la Unión Europea, en virtud de la reforma operada por el Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En esa resolución se aplica el criterio fijado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007, que acordó la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del art. 318 bis del CP, cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea. En ella recordamos que, en supuestos como el presente, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000, 11 de enero), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales.

Ni entonces ni ahora, ha sido objeto de consideración por esta Sala la posibilidad de aplicación del art. 313.1 del CP, no solicitado por las acusaciones y, en consecuencia, excluido a la vista de exigencias elementales ligadas a la prohibición de *reformatio in peius*». (F. J. 1º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración clandestina: no concurre.**

Recurso: Casación nº 1695/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 153/2007 de fecha 28/02/2007

«...La conducta imputada al absuelto, y que está recogida en el *factum* de la sentencia, a cuya obediencia hay que estar, dado el cauce casacional empleado, se concreta en que Dumitru llevó como viajeros en el turismo que conducía Opel Vectra a cuatro personas de la misma nacionalidad, todos ellos provistos de su pasaporte correspondiente, con quienes el absuelto había contactado en una gasolinera próxima a la frontera española, éste, había aceptado llevarles porque conocía a una de las personas que transportaba,

Florentina. Dumitru desconocía que ese mismo día tales personas habían sido rechazadas al intentar pasar a España.

Se estima por el Ministerio Fiscal que la conducta penal descrita en el art. 318 bis. 1 es cualquier acción que se desarrolle en el ciclo emigratorio o inmigratorio en condiciones de ilegalidad, y sin duda las actividades de transportista están incluidas. En relación a lo que debe entenderse por tráfico ilegal, debe incluirse cualquier acción que contravenga las normas de extranjería que regulan el cruce de fronteras fuera de los pasos habilitados o con fraude y engaño, utilizando los pasos habilitados al efecto como ha reconocido la doctrina y jurisprudencia. Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas.

Reconociendo la corrección de la doctrina citada por el Ministerio Fiscal, el problema se encuentra en el ajuste o aplicación de la misma al caso de autos, desde --insistimos-- el respeto a los hechos probados, que actúan como presupuesto de admisibilidad del motivo formalizado.

De entrada dice el Ministerio Fiscal que el cruce de fronteras se produjo por el Coll d'Ares, paso fronterizo no habilitado al efecto. En la sentencia, en la motivación se reconoce el cruce por ese sitio situado en una carretera secundaria, lo que no lo convierte *sic et simpliciter* en "paso fronterizo no habilitado al efecto". Más aún la realidad física del puesto fronterizo dentro del marco de la Unión Europea y en concreto entre España y Francia ha desaparecido como es un dato de experiencia, y ello se predica tanto del cruce por autopistas o carreteras principales como de secundarias, lo que no impide la existencia aleatoria de controles a uno y otro lado de la frontera. Así pues el paso no puede calificarse de clandestino porque se utilizó una vía normal, aunque no principal --se efectuó en vehículo por una carretera secundaria--.

Tampoco puede calificarse de clandestino porque se utilizase algún fraude o engaño. Las cuatro personas concernidas no iban ocultas ni provistas de documentación falsa. Iban como viajeros de un turismo y todos provistos de su identificación legal constituida por el respectivo pasaporte.

El hecho de la persecución policial, ya en territorio español no altera la naturaleza inocua de la acción ejercitada, ya que el propio recurrente como residente irregular en España era el primer interesado en no ser localizado por la policía.

Finalmente, en relación a que las cuatro personas transportadas hubieran sido rechazadas por las autoridades fronterizas de España, hecho reconocido en el *factum*, ha de ser completado con el dato, también incluido, de que no consta es que este rechazo fuera conocido por el recurrente, y aún reconociendo la dificultad en la acreditación de este dato dada su naturaleza de hecho subjetivo, es lo cierto que si no ha alcanzado en la sentencia sometida al presente control

casacional el necesario juicio de certeza respecto al previo conocimiento de este dato por parte del absuelto, ha de estarse a ello.

La ignorancia de este dato es un argumento más que impide el éxito del recurso, ya que se está en presencia de un delito esencialmente doloso y de acuerdo con el principio de culpabilidad reconocido en el art. 5 del Código Penal, el dolo es el presupuesto de la responsabilidad penal, de forma exclusiva en este tipo de delito en el que no está prevista la comisión por imprudencia». (F. J. 1º)

### **DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA. No procede en supuestos de ciudadanos rumanos o búlgaros.**

Recurso: Casación nº 11163/2006 P  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 484/2007 de fecha 29/05/2007

«Estos recurrentes plantean una oposición amparada en la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia en la que discuten la acreditación de los elementos de la tipicidad en el delito por el que han sido condenados, el delito del art. 318 bis del Código penal. Aunque no es objeto de expresa impugnación, el contenido esencial del derecho invocado nos obliga a tener en cuenta, además, la incidencia que en el tipo penal tiene el Tratado de adhesión de Rumania a la Unión Europea, extremo que fue objeto de un análisis por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007 que acordó la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina del art. 318 bis respecto de ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea, quedando al margen de dicho acuerdo la aplicación del art. 313 del mismo Código penal, precepto por el que ni fueron acusados, ni ha sido objeto de la condena, por lo que la tipicidad en esta última figura delictiva no puede ser abordada en casación por aplicación del principio de interdicción de la "reformatio in pejus". Cuanto se argumenta a continuación sólo se refiere al art. 318 bis del Código penal, inmigración clandestina de personas, que fue el tipo penal aplicado en la sentencia impugnada.

El Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del "acervo comunitario", lo que incluye el denominado "acervo de Schengen" desde el momento de la adhesión. En el particular que interesa a la presente resolución se destaca en el Anexo II del Tratado, con relación a Convenios, Tratados, Directivas que integran el derecho a la libre circulación y los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y el Anexo VII del Tratado de adhesión, al disponer que no obstante esa vigencia "hasta el final del periodo de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicaran medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales rumanos a sus mercados de trabajo", medidas que serán revisadas por el Consejo, sobre la base de un informe de la Comisión. Esta cláusula de salvaguarda a la libre circulación de trabajadores

podrán ser activadas en el plazo de dos años, aplicable a otros tres y, sucesivamente, otros dos, cada vez con mayores limitaciones.

Estas determinaciones de los Tratados de Adhesión se complementan con una "Declaración conjunta de los Estados miembros actuales" por la que se comprometen a "procurar brindar a los nacionales rumanos un mayor acceso al mercado laboral con arreglo a su derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales rumanos en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Rumania. Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores".

El Gobierno español, en la reunión del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Interior, acordó la adopción de medidas limitativas a la libre circulación de trabajadores rumanos, que se concretan en la actuación de la cláusula de salvaguarda a la que el Tratado se refiere en su Anexo VII, durante un plazo dos años que "se aplicará de forma flexible, para que, si la evolución del mercado de trabajo español lo permite, pueda reducirse la duración máxima". Al tiempo, se compromete a "avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación de la práctica comunitaria sobre libre circulación de trabajadores", pretendiendo un periodo de transición mas corto, que sitúa en un año, a cuyo efecto realizará una evaluación de la situación al final del primer año de vigencia de la cláusula de salvaguarda actuada.

De cuanto llevamos señalado interesa destacar: el derecho a la libre circulación de los ciudadanos es una de las libertades fundamentales que ampara la legislación comunitaria, e incluye el derecho a vivir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros de la Unión. La libertad de desplazamiento en el territorio de la Unión tiene una doble dimensión, de los ciudadanos y de los trabajadores por lo que se integra como un derecho fundamental de la ciudadanía y un elemento esencial en la configuración del mercado interior de la Unión.

Como derecho de los ciudadanos la libre circulación rige desde la adhesión. Sin embargo, sólo en lo referente al acceso de los trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo puede acordarse la cláusula de salvaguarda en los términos antes señalados, cláusula que ha actuado el Gobierno español por un plazo máximo de dos años, si bien con posibilidad de ser revisado en el primer año de vigencia y que sólo afectara a trabajadores por cuenta ajena, quienes requerirán un permiso de trabajo durante ese plazo.

Con estos antecedentes abordamos la tipicidad del delito 318 bis y su aplicación a ciudadanos originarios de los países integrados en la Unión Europea en enero de 2007.

En nuestra jurisprudencia hemos reiterado que el bien jurídico protegido, en el artículo 318 bis, por todas STS 1087/2006, de 10 de noviembre, STS nº 1465/2005, de 22 de noviembre, "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación –que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas–, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral–cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP– y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP". En sentido similar, las SSTS nº 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, "Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas".

La jurisprudencia de la Sala afirma, por lo tanto, la tipicidad del art. 318 bis sobre el hecho del incumplimiento de la normativa de extranjería y sobre el hecho de la necesidad de que se produzca una agresión de los derechos de los ciudadanos, que han de ser perturbados. Esta doble exigencia típica no concurre con relación a los ciudadanos, ya de la Unión, de los países recién integrados. El Tratado de adhesión de Rumanía y Bulgaria consagra la libre circulación de personas sin que la cláusula de salvaguarda les afecte, pues este sólo se refiere a trabajadores por cuenta ajena, no a ciudadanos. Por lo tanto, la entrada es libre y no está sometida a condición o requisito administrativo para los ciudadanos. En lo relativo a la exigencia de una agresión a los derechos de los ciudadanos se exige una afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Así se decía en la STS nº 1465/2005, "La conducta del artículo 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo –como acontece con frecuencia en los coloquialmente llamados «inmigrantes sin papeles»–, circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo,...".

Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumania, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declaración de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado

de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un periodo determinado.

En estos supuestos, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales.

La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del Cp, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.

En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una cláusula de salvaguarda en los términos que resultan del Anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea». (F. J. 2º)

#### **DELITO DE RESISTENCIA ACTIVA. Acometer a la policía para huir.**

Recurso: Casación nº 1174/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1222/2006 de fecha 14/12/2006

«El Tribunal de instancia sustenta la absolución del delito de resistencia en la consideración de que no concurre el requisito subjetivo o intencional por parte del acusado de querer menospreciar el denominado principio de autoridad, pues lo que realmente quería el acusado era huir del lugar de los hechos para no ser detenido, reaccionando de forma instintiva dando empujón a uno de los Policías, a quien tiró al suelo sin causarle ningún tipo de lesión ni daño físico.

Sin embargo, el hecho de que el propósito del acusado fuera el de huir de los policías que se habían identificado como tales (fundamento de derecho segundo) cuando procedían a su detención, no empece la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, puesto que la acción agresiva se ejecuta cuando el sujeto activo ya tiene conocimiento de la cualidad y actividad del sujeto pasivo, y es indiscutible que habiéndose identificado los agentes como tales y sido consciente de ello el acusado, se cumplen las exigencias del elemento cognitivo del tipo. Pero también, el elemento subjetivo, integrado por el dolo - directo o indirecto- de ofender o desconocer el principio de autoridad, que "va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido" (STS de 7 de mayo de 1.988), entendiéndose que quien agrede conociendo la condición del sujeto pasivo "acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado" (STS de 31 de mayo de 1.988, con cita de otras) matizándose que "la presencia de un animus o dolo específico ... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aún persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder" (STS 431/94, de 3 de marzo; lo mismo en SS.T.S. 602/95, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero). También la Sala Segunda ha declarado que tal ánimo se presume (SS.T.S. de 16 de junio de 1.989, 12 de septiembre de 1.991 y 19 de noviembre de 1.992) y que "el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa" (STS de 9 de junio de 1.990), sin que se requiera "una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción" (STS de 22 de febrero de 1.991). No obstante, puede excluirse tal ánimo cuando existan datos objetivos "que acrediten o al menos permitan conjeturar que el agente, al proceder como lo hizo, no tuvo la intención de atentar o desprestigiar el principio de autoridad, sino que actuaba por razones estrictamente personales u otras totalmente ajenas a la función pública o a la condición profesional de la víctima" (STS de 15 de septiembre de 1.989), o sea, "que se prueba la existencia de un móvil divergente, que, por su entidad, vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito" (STS de 4 de julio de 1.991), circunstancias estas últimas que son ajenas al supuesto actual.

Todavía la estimación del motivo se hace más imperiosa si atendemos al soporte jurisprudencial en que la sentencia impugnada cita al referirse a la que habla de la conducta del que no se deja detener haciendo caso omiso de las órdenes de alto, ha de tenerse en cuenta que no está castigado en los artículos 468 y 469, ni puede ser constitutivo de un delito de desobediencia, en cuanto que la huida subsiguiente a un delito, queda absorbida por éste, de modo que sólo se castigará en casos de resistencia a ser detenido (SS.S.T. de 11 de marzo de 1.976, 28 de enero de 1.982 y 17 de septiembre de 1.988).

Resulta palmario que en el supuesto examinado estamos justamente ante la última situación citada, cuando no sólo se desobedece sino que se emplean las vías de hecho para impedir mediante el empleo de la violencia física la legítima y obligada actuación policial. En este sentido resulta especialmente oportuna la STS de 8 de octubre de 2.004, citada por el Fiscal, cuando afirma que "el ánimo de huir no elimina el conocimiento de que se está actuando de modo violento contra unos funcionarios que se encuentran en el ejercicio de los deberes de su cargo. Esa intención final en la conducta de Cristóbal (huir), elimina el dolo directo de primer grado, pero no el dolo directo de segundo grado, también llamado dolo de consecuencias necesarias".

La conducta del acusado se incardina, pues, en el tipo de resistencia activa no grave a la autoridad o sus agentes del art. 556 C.P. que le imputaba el Fiscal». (F. J. 1º)

**DELITO PROVOCADO. No concurre: Agente encubierto que realiza tareas de información.**

Recurso: Casación nº 10989/2006 P  
Ponente: Sr. García Pérez  
Sentencia: nº 655/2007 de fecha 25/06/2007

«..Tiene dicho esta Sala –sentencias de 12.6.2002 y 15.12.1993- que la provocación al delito por parte de un agente policial lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el art. 10 CE, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 CE. Pero que no exista delito provocado cuando los agentes tienen indicios de la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo en busca de información o prueba que permitan impedir la progresión de aquella o facilitar la sanción; la intervención policial puede producirse en cualquier fase, aunque consista en tareas de fingidos auxilio o colaboración, siempre que no impida la evolución libre de la voluntad del sujeto». (F. J. 2º)

**DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCIÓN. “Bis in idem” entre los arts. 318 bis 3º y 188.1º CP.**

Recurso: Casación nº 10166/2006 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1080/2006 de fecha 02/11/2006

«...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». (F. J. 2º)

#### **DELITO SOCIETARIO. Aplicabilidad a Fundaciones. Merma del derecho de información a patrono.**

Recurso: Casación nº 711/2006  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 245/2007 de fecha 16/03/2007

«1. La recurrente insta la estimación del delito previsto en el art. 293 CP, entendiéndose que los estatutos de las Fundaciones solo pueden recoger fines de interés general y no de lucro, aún cuando para la consecución de aquellos necesite explotar sus recursos y obtener los pertinentes medios, tal como lo reconocen los arts. 17, 24, 25 Ley de 1994 y 24, 26 y 27 de la ley de 2002. Entiende que las entidades del art. 297 CP no se basan necesariamente en el lucro *subjetivo* de los socios pues de ser así estarían excluidas del concepto las Fundaciones y también las Mutuas, Cajas de Ahorros, etc., de modo que sería el lucro *objetivo* preordenado a los fines fundacionales el que se perseguiría.

También sostiene que los acuerdos de la Junta de Patronos de 20-5-1999, 1-7-1999, 10-2-2000 y 14-5-2000 son reveladores de que durante un año se negó al Sr. Parada documentación sobre operaciones de ventas de inmuebles en Brasil, por lo que, no exigiendo el art. 293 la existencia de perjuicio, debe ser estimado el delito.

Y concluye con que esta conducta termina con el ilegal cese dirigido a consumir el designio a impedir que el citado pudiera ejercer sus funciones de control como Patrono frente a las ilegalidades que se cometían. Y que tal cese por presunta negligencia sólo podía acordarlo el Juez según el art. 16

mencionado, refiriéndose el art. 20 de los Estatutos solo a casos de imposibilidad. No asistía a las reuniones para evitar tensiones pero le supuso un alto coste personal. Los acusados eran conscientes de la ilegalidad de dicho cese y en el acta consta que el querellante les advirtió de ella.

2. El art. 293 del CP castiga "a los *administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes*".

Por su parte, los hechos probados de la sentencia de instancia -que han de ser respetados en el cauce casacional seguido- declaran que: "B) A raíz de la presentación de los escritos de denuncia de 10 de febrero y 9 de abril de 1999, el Sr. Parada dejó de asistir a las reuniones del patronato. Con fecha 20 de mayo de 1999, la Comisión Delegada de la Fundación integrada por los acusados, y como consecuencia de una petición de documentación realizada por el Sr. Parada al Secretario de la Fundación, tomó el siguiente acuerdo:

"A los Patronos de la Fundación se les facilitará la información que necesiten para el ejercicio de sus funciones poniéndosela de manifiesto en las propias oficinas de la Fundación. Si reclamasen la expedición de fotocopias, certificaciones o cualquier otra clase de documentos, deberán solicitarlos por escrito al Patronato o a la Comisión Delegada expresando el uso a que dichos documentos se destinen. El Patronato o la Comisión Delegada resolverán al respecto".

En la sesión de la Comisión Delegada de la Fundación celebrada el 10 de febrero de 2000, se aprobó por unanimidad la siguiente decisión:

"Hasta nueva decisión, suspender la remisión de actas, tanto de las sesiones del Patronato como de la Comisión Delegada, a los Patronos, aprobando, en su caso y tras su lectura, los textos complementarios de los acuerdos en la sesión siguiente que corresponda".

Con fechas de 29 de junio de 1999 y 27 de febrero de 2000, el Sr. Parada interesó del Presidente de la Fundación, el acusado Mateo Ruiz Oriol, la entrega de determinados documentos, que no le fueron entregados.

En sesión del Patronato celebrada el 14 de abril de 2000, por mayoría de seis votos contra uno, fue adoptado el acuerdo de cesar al Sr. Parada en el cargo de Patrono de la Fundación Martín Escudero por la causa establecida en el artículo 16 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre".

Es decir, con independencia de que se comparta o no el criterio de la sentencia de instancia acerca de la no inclusión de la Fundación entre las entidades que equipara el art. 297 CP a las sociedades aludidas por el art. 293 CP, y de la existencia o no de la correspondiente condición de socio en el ahora recurrente, del *factum* no resulta que se viera impedido respecto del ejercicio del derecho de información que como Patrono le correspondía para el debido

cumplimiento de sus funciones (art. 12 y ss). En efecto, hasta el cese pudo asistir a las Juntas y obtener directo conocimiento de los temas tratados y acuerdos adoptados. No hubo impedimento de orden general para obtener documentación, sino meras restricciones que afectaban a todos los Patronos sin excepción. Aunque se le negaran -como a todos- determinados documentos, lo cierto es que tales actuaciones de la Junta no le impidieron o perturbaron el ejercicio de las acciones que entabló en los diversos procesos en los que pudo contar con la necesaria documentación de la Fundación para sostener sus pretensiones.

Y no puede olvidarse que el derecho de información es de naturaleza instrumental y no absoluto o incondicional, en cuanto su objeto es que el socio (Patrono) tenga conocimiento de causa sobre el objeto de decisión para que pueda adoptar las pertinentes posiciones en la Junta (Cfr. STS de 27-1-2006, nº 42/2006). Lo que ha de ponerse en relación con el art. 21 b) de la Ley de Fundaciones que señala que las Fundaciones están obligadas a "dar información *suficiente* de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados". Precisando al respecto los jueces *a quibus*, en el fundamento jurídico segundo, de acuerdo con el testimonio -que obra en el acta de la Vista- del director gerente de la entidad D. César López Hermida, que de hecho conseguía el Sr. Parada en las oficinas fundacionales la información oportuna.

**3. Respecto de la alegada imposibilidad de ejercer el derecho al control de la actividad social por razón del cese acordado, el art. 16 de la Ley de Fundaciones bajo la rúbrica "Sustitución, cese y suspensión de patronos" prevé:**

"1. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la Fundación.

2. El cese de los patronos de una Fundación se producirá en los supuestos siguientes:

a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.

b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la Ley.

c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.

d) Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial.

e) Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior.

f) Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.

g) Por renuncia, que deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el Registro de Fundaciones o bien en documento público o en documento privado con firma legitimada por notario, que se hará efectiva desde que se notifique formalmente al Protectorado.

h) Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos.

3. La suspensión de los patronos podrá ser acordada cautelarmente por el Juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad.

4. La sustitución, cese y suspensión de patronos se inscribirán en el Registro de Fundaciones".

Y siendo así, podrá ser cuestionable -como apunta el Ministerio Fiscal- si una adecuada interpretación de la Ley de Fundaciones permitía, sin decisión judicial, cesar al Patrono que no acudía a las reuniones de la Junta de modo habitual y que se limitaba a ir a la sede para obtener documentos con que defender sus pretensiones en torno a los acuerdos de ella, pero el precepto ha de aplicarse en relación con la interpretación de los estatutos y la amplia configuración estatutaria de las Fundaciones tal como revela el art. 9 de la misma Ley.

La sentencia de la sección tercera de la sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 30-10-2001 (fº 412 y ss), revocando la resolución ministerial de 31-5-2000 y declarando inscribible en el Registro del Protectorado del Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte el acuerdo del cese del Patrono D. José Ramón Parada Vázquez, constata -aunque no entrara en el fondo de esta cuestión- que, en efecto se justificó el cese por la inasistencia durante más de un año a las reuniones de las Juntas del Patronato, sin presentar excusa alguna, pese a haber sido convocado, en aplicación de la causa de cese prevista en el art. 20 de los Estatutos, de no prestación de la atención debida al cargo. Y el propio Sr. Parada en la vista reconoció que, aunque no asistía a las Juntas iba por su despacho todos los días y se enteraba de los acuerdos, pedía los documentos y el secretario le daba traslado de toda la información, hasta que se cortó con el primer acuerdo, que era citado a todas las juntas y también para la de 30 de marzo; y que dejó de asistir a las reuniones durante 11 meses.

El *factum* -inatacable, como sabemos por esta vía casacional- sólo nos dice que: "*en sesión del Patronato celebrada el 14 de abril de 2000, por mayoría de seis votos contra uno, fue adoptado el acuerdo de cesar al Sr. Parada en el cargo de Patrono de la Fundación Martín Escudero por la causa establecida en el art. 16 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre.* Por tanto, no consta en él que el cese obedeciera a la intención torticera de privar, sin fundamento legal, de información al Patrono. Y la no aceptación por el tribunal de instancia de esta

inferencia, ni está desajustada con la prueba practicada -como vimos- ni contradice reglas de la lógica o de experiencia. La decisión sobre la corrección de la aplicación del art. 16 de la Ley de Fundaciones y de las reglas estatutarias, no corresponde a la jurisdicción penal, sino a la civil.

Incluso jurisprudencialmente, se ha sostenido que la no celebración de juntas por no haberlas deliberadamente convocado -lo que no es nuestro caso-, solo integra una conducta calificable de antijurídica en el campo civil, que puede originar las pertinentes responsabilidades en ese orden jurisdiccional (Cfr. STS de 27-1-2006, nº 42/2006).

A su vez, la conducta castigada en el tipo penal no se integra por una voluntad genérica del apartamiento del recurrente de la sociedad (léase Fundación), circunstancia por sí sola no integrante de delito alguno (Cfr. STS de 27-1-2006, nº 42/2006).

En suma, en esta materia, como en muchas otras, lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El Tribunal penal -rigiendo el principio de intervención mínima- no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, que, claro está, es el último (Cfr. STS de 17-7-2006, nº 841/2006)». (F. J. 6º)

#### **DELITO SOCIETARIO. Concepto de administrador de hecho.**

Recurso: Casación nº 1064/2006  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 59/2007 de fecha 26/01/2007

«...Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad». (F. J. Único)

#### **DELITO SOCIETARIO. Falsificación ideológica. Idoneidad del documento para causar perjuicio.**

Recurso: Casación nº 2056/2005  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 932/2006 de fecha 05/10/2006

«...

4º) Examinada la cuestión desde el punto de vista sustantivo, debemos preguntarnos si la acción realizada por el acusado configura el elemento material del delito del art. 290 que se le imputa. Esta consiste en -en lo que aquí interesa- la falsificación de datos o documentos que constituyan el reflejo de la situación jurídica de la sociedad, de modo que se altere artificialmente la imagen fiel de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero.

El núcleo de la acción consiste en el vocablo "falsear" un documento, lo que nos lleva a considerar incluido en el término todas las modalidades falsarias del art. 390, incluida la 4º que se conoce como falsedad ideológica, porque, en efecto, compartimos la opinión mayoritaria de la doctrina según la cual, aunque la falsedad ideológica ("faltar a la verdad en la narración de los hechos") producida en documento mercantil sea impune respecto a los particulares que la cometan, tal impunidad no se puede extender al delito que comentamos. En efecto, una cosa es que la alteración de los datos narrados o recogidos en un documento mercantil no sea punible como delito de falsedad y otra es que, en los casos en que el Código recoja como figuras especiales la falsedad en documentos mercantiles contables o de otra naturaleza, el principio de especialidad imponga el castigo de las formas ideológicas de falseamiento de la verdad. Tratándose de delitos especiales, que tienen su propio tratamiento y sanción, como ocurre con el artículo 261 (presentar en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos "datos falsos relativos al estado contable"), las falsedades instrumentales" en los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social (art. 310) y este propio delito societario, el principio de especialidad se impone y la tipicidad expresa determina la punición de esos hechos.

Así las cosas, la conducta falsaria no sólo puede ejecutarse en positivo, sino también por omisión cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos en los casos en los que el sujeto activo oculte elementos o datos esenciales que debieran figurar en el documento, teniendo la obligación de consignar los mismos, resultando de esa conducta omisiva una real perturbación del tráfico jurídico.

5) Por otra parte, la ley exige imperativamente que el acto falsario, y el documento así elaborado, reúna dos condiciones: que refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad, y que sea "idóneo" para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero. Ello es así porque el bien jurídico protegido por la norma está conectado con el principio rector del moderno Derecho mercantil de que el recto funcionamiento de una economía libre de mercado exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de la buena fe, dentro del que cabe incluir el de la veracidad de los datos que sobre su situación económica y jurídica vengán obligados a hacer públicos, ya que de nada serviría imponer obligaciones de publicidad, para general conocimiento de los agentes del mercado, sino fueran acompañados de paralelos deberes de transparencia y veracidad. El principio de la imagen fiel que rige los deberes contables y la publicidad de los balances y cuentas anuales, conforme a las normas de las más recientes reformas del Código de Comercio (art. 34.2) y la Ley de Sociedades Anónimas (art. 172.2) viene a

recoger la necesidad de que los datos económicos y jurídicos más relevantes que reflejan la situación de una empresa y que son de publicación obligatoria ofrezcan un reflejo de la misma que responda a su realidad, esto es, ofrezcan la imagen fiel de lo que es tal situación, para que los intereses de los que pretendan establecer relaciones con ella no se vean defraudados.

Pues bien, el documento omisivamente falseado por el acusado es el de otorgamiento notarial de poderes a letrados y procuradores en su condición de liquidador de la entidad a la que representaba en dicho menester. Descartado por evidente que ese documento afecte a la situación económica verdadera de la empresa, habría que determinar si con el mismo se reflejaba una imagen ilusoria por falsa de su situación jurídica, lo que no parece claro, teniendo en cuenta que para nada se falsea la realidad de que aquélla se encontraba "en liquidación", y la única hipotética mendacidad se proyectaría exclusivamente sobre la situación jurídica del acusado respecto de su facultad de otorgar tales poderes, cuestión que desborda la de la empresa como entre autónomo e independiente.

En todo caso, lo que no ofrece duda alguna es que el documento de que tratamos no reúne la exigencia de ser "idóneo" para perjudicar a los terceros denunciados, por sí mismo y por su propio contenido. El riesgo de que éstos fueran desposeídos de parte de su patrimonio, no lo constituye el otorgamiento de poderes mencionado, sino la realidad de la existencia de unos derechos de créditos de la sociedad contra las personas frente a las que demandaron judicialmente, lo que habría de ser materia y objeto de los procedimientos a tal fin incoados en el orden jurisdiccional civil. De suerte que los poderes supuestamente otorgados ilegalmente por falta de legitimación, en modo alguno pueden considerarse idóneos por sí mismos para lesionar el patrimonio de los referidos terceros, por ser manifiestamente insuficientes para provocar ese perjuicio económico.

6) La falsedad -de haber existido por haberse emitido el documento notarial con intencionalidad de ocultar el conocimiento de no estar legitimado para ello- no iría más allá de la sanción administrativa correspondiente en el marco del Reglamento de la CNMV». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Audiencia pública solo la víctima menor de edad no compareció a la vista.**

Recurso: Casación nº 1873/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1031/2006 de fecha 31/10/2006

«...Nuestro ordenamiento constitucional ha tenido un importante desarrollo en esa materia consecuente con el mandato del art. 39 CE, que consagra como principio rector de la política social la protección del menor y que, como todos los del Capítulo Tercero del Título Preliminar, , informará la práctica judicial conforme al art. 53.3 CE. Entre las leyes de desarrollo constitucionales destacan, como recuerda la Sentencia de esta Sala 899/1999

de 2 de junio, la L.O. 1/96, de 15 de enero, "en la que se postula como principios rectores en la actuación de las Administraciones públicas, entre las que se incluye la Administración de Justicia en lo afectante a la denominada policía de estrados y a la dirección del proceso y del juicio, la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2 a) y d)", a lo que se puede añadir que el art. 9.1 párrafo segundo de la misma ley establece que "en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

En el supuesto examinado nos encontramos con unos presuntos abusos sexuales sobre una niña de 3 años y medio, ello implica que si la Audiencia hubiera acordado celebrar el juicio a puerta cerrada, tal decisión no hubiera contravenido lo preceptuado en el art. 680 LECrim. y 232.1 LOPJ., pero a sensu contrario su decisión de celebrar la vista en audiencia pública cuando la víctima menor de edad no compareció al acto de la vista, no lesiona su derecho a la intimidad y no implica vulneración de derecho constitucional que pudiera afectar a la decisión de fondo de la sentencia». (F. J. 5º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa. Análisis de ADN.**

Recurso: Casación nº 10203/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 949/2006 de fecha 04/10/2006

«...Tal cuestión ha sido objeto de estudio en las recientes sentencias de esta Sala 1311/2005 de 14.10, y 179/2006 de 14.2, que establecen que en materia de investigación policial los análisis se ciñen a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos. Por ello en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, nº 15 de 13 de diciembre de 1999 se prevé un alto nivel de medidas de seguridad, desarrolladas en los reglamentos correspondientes, así como las disposiciones autonómicas, concretamente la orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que sucedió a su equivalente normativo (Orden de 16 de mayo de 1996, del mismo Departamento).

Tanto en una disposición como en otra, existen preceptos que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confidenciabilidad, seguridad e integridad de los mismos mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.

En el caso presente no consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial.

En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos o innecesarios perjudica o contravine la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley, pero todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados. Es más, la Orden de 2.9.2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

En atención a lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "habeas data" está injustificado, sin que por otro lado tales temores tengan que ver con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la recogida y custodia de muestras si tal cometido se ha realizado con plena acomodación a la normativa vigente.

Lo que nunca puede excluirse -recuerda la sentencia citada 179/2006 de 14.2- es que cualquier persona pueda infringir la Ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18.1 CE.

b) En relación a la vulneración del art. 18.4 CE. que consagra el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que debe entenderse como aquel que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuando, como y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación .

No obstante este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante.

En la Ley de Protección de datos se establece en el art. 6 la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones. "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recogen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias" y en su art. 2-2c, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en dicha ley no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. De ahí que resulte lógico que cuando la parte solicite certificación de la Agencia General de Protección de Datos sobre la

inscripción de los ficheros de la Ertzaintza sobre genética forense, se responda negativamente y que la Orden del Departamento de Interior Vasco de 2.9.2003, omita remitir datos sobre el fichero en cuestión, cuya existencia, características generales y finalidad fueron oportunamente comunicados a la Agencia de Protección de Datos por el Gobierno Vasco. Y en todo caso – insistimos- el hipotético incumplimiento del registro constituirá una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparejada la nulidad absoluta del análisis practicado. Legislación nacional que se ve reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 8 proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que solo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley, y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley, cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito. (F. J. 1º)

.....

La doctrina sentada en la sentencia 501/2005 de 19.4, ha sido sometida a revisión por esta Sala, a raíz de la posterior sentencia 1311/2005 de 14.10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, y la toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, precisando que en estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de unos sucesos totalmente imprevisibles. Los restos de saliva en las colillas de los cigarrillos o en un vaso se convierten así en objetos procedentes del cuerpo de los sospechosos pero obtenidos de forma totalmente inesperada. El problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, a quien se le imputa.

Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, en la toma de las muestras, la STS. 179/2006 de 14.2, precisa que ni la autorización judicial ni la policial que investiga a sus ordenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en “res nullius” y por ende accesibles a las fuerzas policiales pudiendo constituir instrumento de investigación del delito.

...

Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.

Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendíamos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena.

Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realizaron en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.

En nuestro panorama legislativo actual –continúa diciendo la sentencia precitada 179/2006–, quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2º se dice: *"Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad"*.

El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: *"Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282"*.

La precitada sentencia 501/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 L.E.Cr. vigente a la sazón, sosteniendo que "sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN", nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Esa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

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

Acuerdo que ha sido recogido en las SSTs. 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6.». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia.**

Recurso: Casación nº 715/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1200/2006 de fecha 11/12/2006

«...Sobre la cuestión de la doble instancia ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en múltiples ocasiones, así como nuestro Tribunal Constitucional e incluso el Europeo de Derechos Humanos, rechazando cualquier indefensión.

Como botón de muestra baste resumir algún apartado de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 136 de 8 de mayo de 2006, en la que, entre otras cosas, se dice:

*"Este Tribunal ha concluido, por un lado, que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE., a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra*

*del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, por otro, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que permite que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal Superior (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5) (STC 123/2005, FJ 6).*

*En efecto, en cuanto a esta última conclusión, afirmamos en la STC 70/2002, FJ 7, con apoyo en reiterada jurisprudencia constitucional, que el mandato contenido en el art. 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno, y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo, que permita apurar las posibilidades del recurso de casación. En dicha línea, es doctrina de este Tribunal que la casación penal "cumple en nuestro ordenamiento, el papel de Tribunal Superior que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".*

**3.** En lo concerniente a la inaplicación del art. 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también ha tenido oportunidad de declarar esta Sala (véase, por todas, S. nº 306 de 8 de marzo de 2005) que en orden a la previsión del artículo invocado "hemos de hacer constar que no es correcta la afirmación de que el precepto entró en vigor el 16 de enero de 2004. En tal fecha entraron en vigor los preceptos que no estaban condicionados para su efectiva vigencia por una norma legal. En nuestro caso la disposición final segunda de la propia Ley Orgánica 19/03 establecía que *"En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por la Ley"*.

Sobre este extremo podemos recordar el auto de esta Sala de 18 de mayo de 2004, que señala *"Cosa distinta son las consecuencias de la reforma legal de 23-diciembre-2003, que el recurrente interpreta inadecuadamente, confundiendo conceptos. Siempre habrá que distinguir la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/03, por un lado, y la entrada en vigor de la normativa procesal, que definitivamente implante el cauce para tramitar los recursos penales que contra las decisiones de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores y Audiencia Nacional puedan interponerse en lo sucesivo, por otro"*.

El derecho que concede la Ley Orgánica reformadora no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la Ley es un derecho expectante o en expectativa que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones:

1) Por estar pendiente de regulación los mecanismos procesales y demás condiciones y requisitos para poderlo hacer efectivo.

2) Porque, hasta tanto no se establezcan legalmente tales mecanismos, no se ha producido la sucesión de leyes entre la normativa nueva y aquélla a la que pretende sustituir, que sigue vigente.

3) Porque las leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos (principio general de irretroactividad de las leyes: art. 2.3 C.Civil), por lo que mientras no se cumplan los presupuestos de la ley Orgánica nº 19 de 23-diciembre-2003 (transcurso del plazo previsto, texto legal nuevo para dar efectividad a la reforma) no tendrá aplicación, siendo en la actualidad la única legalidad vigente y aplicable al caso, la que ha seguido el presente proceso.

En el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal». (F. J. 1º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración al no valorar el tribunal las pruebas de cargo.**

Recurso: Casación nº 11127/2006 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 422/2007 de fecha 23/05/2007

«... Decíamos en nuestra sentencia de 27 de octubre de 2.004 que en la exigencia de motivación debe distinguirse, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquélla por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediatez derivada de la práctica de la prueba.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración

respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

"Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E.

"Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

"Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

"En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo ofrecida, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de descargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada ...."». (F.J. 2º)

«Aplicando esta doctrina al caso actual, debe señalarse que el Tribunal de instancia no consigna en la sentencia valoración alguna de las declaraciones de los testigos de la defensa ya referidos, limitándose a indicar, como de pasada, que la denunciante manifestó que no pidió ayuda a quienes se hallaban en la casa "porque estaban dormidos y no le gusta molestar a la gente".

Las declaraciones de los testigos que ocupaban habitaciones contiguas a la que fue escenario de la violación, y en especial la del testigo que ocupaba la cama contigua a aquella en la que se llevó a cabo la agresión sexual, podrán tener mayor o menor eficacia como elemento probatorio de descargo, o incluso nula eficacia para desvirtuar la acción imputada, pero ello no empece el deber del Tribunal de efectuar y explicitar un análisis valorativo de esas pruebas testificales, argumentando la incidencia que ese resultado valorativo pudiera tener en relación con la convicción sobre la realidad de lo sucedido.

Pero también, y aún más importante, el Tribunal debía haber valorado y razonado, la, cuando menos, extraña explicación ofrecida por la joven para no pedir ayuda, que, por su singularidad, parece necesitada de análisis, incluso sin olvidar la relativa discapacidad mental de aquella.

Estas omisiones valorativas fundamentan la estimación del motivo, por lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, con devolución de las actuaciones al órgano jurisdiccional sentenciador para que dicte nueva sentencia con arreglo a derecho, según lo expuesto en esta resolución». (F.J. 3º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez predeterminado por ley. Tramitación por Juzgado de Instrucción de procedimiento competencia de un Juzgado Central de Instrucción.**

Recurso: Casación nº 10048/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 55/2007 de fecha 23/01/2007

«..La primera cuestión que se suscita, de forma casi unánime, por prácticamente todos los recurrentes no es otra que la de la vulneración de su derecho fundamental al Juez legalmente predeterminado, lo que redundaría en la radical nulidad de todas las actuaciones realizadas por el Juez Instructor que, con evidente falta de competencia, habría llevado a cabo la investigación hasta acopiar un total de dieciocho tomos de Sumario, antes de remitir el mismo a los Juzgados Centrales de Instrucción que, desde las primeras diligencias, aparecían como competentes para conocer de las presentes actuaciones.

Así mismo, una de las Defensas, relacionada con la anterior cuestión, plantea también la infracción del derecho constitucional mencionado que habría supuesto el hecho de que no se hubieran cumplido, en la presente ocasión, las normas de reparto de asuntos entre los Juzgados de la misma localidad y partido judicial de quien, en definitiva, actuó como Instructor en este procedimiento». (F. J. 1º.1)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Examen del contenido de teléfonos portátiles amparado por la autorización judicial de la investigación, mediante providencia.**

Recurso: Casación nº 10668/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 224/2007 de fecha 19/03/2007

«...A resultas del operativo montado para proceder a la interceptación de la droga se les ocupó a los detenidos, hasta trece teléfonos móviles que evidentemente utilizaban para comunicarse entre sí y organizar la operación de desembarco de los fardos de hachís. Al folio 115 de las actuaciones, que es la que se refiere a los recurrentes, consta la providencia 22 de noviembre del Juzgado de Instrucción en la que se acuerda facilitar a la Policía los teléfonos portátiles intervenidos a efectos del examen de su contenido, particularmente en lo que se refiere a los números contenidos en las agendas y las llamadas verificadas. Esta medida, en cuanto no incide en el contenido de las conversaciones realizadas por los acusados, no altera ni lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones y, lógicamente, en cuanto medida investigativa, queda amparada por el simple hecho de que es el propio Juez el que, al facilitar a la Policía los terminales, autoriza su investigación, bastando para ello una providencia (ver STC. 123/2002 de 20.5)». (F. J. 6º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. El derecho al secreto de las comunicaciones postales protege la correspondencia y no el envío de cualquier otro paquete postal. Doctrina del Tribunal Constitucional.**

Recurso: Casación nº 1647/2006  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia: nº 185/2007 de fecha 20/02/2007

«...Esta Sala, como recuerda recientemente la S.T.S. 323/06, ha dictado numerosas sentencias en las que se distinguía entre paquete y correspondencia a los efectos de atribuir exclusivamente a ésta última el derecho al secreto constitucionalmente proclamado, así como la aplicación de los arts. de la LECrim. que regulan la apertura de la correspondencia (entre otras SS. 10.3.99, 22.10.92, 27.1.94 y 23.2.94). También es cierto, que por Acuerdo de la Sala General de 9.4.95, se ha seguido el criterio de que los paquetes postales han de ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes o efectos personales de carácter confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía del derecho fundamental y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia -aún a pesar de lo que pueda desprenderse del art. 20 del Convenio sobre paquetes postales, aprobado el 14.12.89, durante el vigésimo Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington (ratificado por España el 1.6.92), cuando afirma la prohibición de "*no incluir en los paquetes los documentos que tengan carácter de correspondencia actual y personal*" (SSTS. 14.9.2001, 8.3.2000, 14.10.99, 25.1.99, 13.10.98, 15.4.98, 14.4.97, 5.10.96, 1.12.95). Ahora bien,

deben excluirse de dicha intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo "etiqueta verde" (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97, 18.6.97, 7.1.99, 24.5.99, 1.12.2000, 14.9.2001), porque el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes al margen de lo anterior. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las S.S.T.S. 404/2004, que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; o la 609/2004, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene; la 103/2002, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS. 18.6.97, 26.1.99, 24.5.99, 26.6.2000).

Pues bien, muy recientemente la S.T.C. 281/06, de 09/10, se enfrenta con la cuestión si el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales protegido en el artículo 18.3 C.E. incluye el envío del paquete postal o si la protección de este precepto queda limitada a alguna clase de envíos postales, singularmente, a los que tienen por objeto la correspondencia. Entre otros argumentos, atinentes al alcance general del precepto constitucional mencionado, afirma el Tribunal Constitucional que el artículo 18.3 citado "*no alude al secreto postal sino al secreto de las comunicaciones postales*", añadiendo que "*la noción constitucional de comunicación postal, es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales*", caracterizando la comunicación a efectos constitucionales como "*el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos*" (incluyendo otros soportes, además del papel, como pueden ser las cintas de cassette o de vídeo, CD`s o DVD`s .....). En síntesis, "*el derecho al secreto de las comunicaciones postales solo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia*". La consecuencia de ello es que no gozan de esta protección aquellos objetos o continentes que por sus propias características "*no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional*", excluyéndose también de dicha protección los objetos que, "*puediendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo*", concluyendo más

adelante que *"cualquier objeto, -sobre, paquete, carta, cinta, etc ...- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el artículo 18.3 C.E. si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado"*.

En el presente caso, aplicando la doctrina precedente de esta propia Sala y la constitucional reflejada, la conclusión no puede ser otra que ratificar la decisión de la Audiencia, en el sentido que el paquete postal remitido no contiene correspondencia sino que se trata de un envío postal no acogible a la protección del artículo 18.3 C.E., que se refiere al secreto de las comunicaciones postales con el alcance dado por el propio Tribunal Constitucional, lo que no es el caso, como se desprende del hecho probado que reiteradamente se refiere al *"paquete conteniendo cocaína"*, sin mención alguna de comunicación equivalente a correspondencia. Es más, el Tribunal de instancia refiere, según se desprende de la prueba testifical y documental obrante en autos, *"que por su tamaño y peso debían descartarse mensajes de índole personal"*. (F. J. 2º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intervenciones telefónicas. Falta de notificación del auto al Ministerio Fiscal.**

Recurso: Casación nº 10864/2006 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 126/2007 de fecha 05/02/2007

«...El segundo motivo denuncia la absoluta falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales por las que se acuerdan las interceptaciones telefónicas. Alega que tal institución pública se configura como el garante de la pureza del procedimiento, el inspector de la legalidad y de los derechos del justiciable.

Aunque el tema planteado ha sido objeto de atención por el Tribunal Constitucional, al menos en su Sentencia 146/2006, de 8 de mayo de 2006, la nulidad de las escuchas telefónicas se produjo en tal resolución por otras razones, como la falta de motivación de la resolución judicial de la injerencia y el debido control judicial; no obstante, también dicho Alto Tribunal se refirió a la falta de notificación de los Autos de intervención al Ministerio Fiscal, como garante de los derechos de los ciudadanos (STC 205/2002, de 11 de noviembre), y la Sentencia citada contó con dos votos particulares *sobre esta cuestión* que, repetimos, no fue la causa directa de la nulidad de las escuchas telefónicas, al considerar que tal actuación no se exige en el art. 18.3 de la Constitución española, y que quien es garante (junto al Ministerio Fiscal) de los derechos fundamentales, y en concreto, del derecho al secreto de las comunicaciones, es el propio Juez de Instrucción.

Esta misma cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala Casacional, en Sentencia 1187/2006, de 30 de noviembre, con el siguiente tenor literal: "a este respecto, es sobradamente sabido que el Ministerio Público se encuentra permanentemente personado en las actuaciones, con capacidad propia para

tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación a la que se refiere el Recurso, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, siendo el Juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte”». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez ordinario predeterminado por la ley. No cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de delitos. Competencia de la Audiencia Nacional.**

Recurso: Casación nº 2164/2005

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1086/2006 de fecha 08/11/2006

«...el recurrente estima que se ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al haber sido instruida la causa por el Juzgado de Instrucción número 9 de los de Madrid, en lugar del correspondiente Juzgado Central de Instrucción que por turno correspondiera, alegando el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva, olvidando que, como dice la STS 275/2004, de 5 de marzo, en los procesos penales no rige el principio de nulidad de actuaciones, sino el de prohibición de valorar la prueba ilícita. Véase la STS de 29.7.1998 (caso Marey: fundamento de derecho 9º). Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/1998, fundamento de derecho 2º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada, y esto no ocurre cuando se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados.

Por lo demás, no es superfluo recordar que la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció que la Audiencia Nacional es órgano judicial ordinario, y así lo han declarado reiteradamente esta Sala y el TC (SSTC 199/1987, 16 de diciembre, 153/1988, 20 de julio y 56/1990, de 29 de marzo).

El derecho al Juez ordinario legalmente predeterminado, que expresamente contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española, supone que: a) el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica; b) esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983). De modo que al venir su composición previamente determinada por la Ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar.

Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores (entre otras 6.2.2001, 25.1.2001 y 183/2005, de 18 de febrero) que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la

normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/84, 8/88, 93/98, 35/2000). El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, (como señala la STC 35/2000 recogiendo lo ya expresado en la ATC 262/94 de 3.10).

Igualmente, en la STC 126/2000, de 26 de mayo, se expresa que la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir y en el ATC de 7 de abril de 1997, se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de dicho Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 CE, configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983, 148/1987, 39/1994 y 6/1997).

En la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1999, se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la Ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril, y 4/1990, de 18 de enero) en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la Ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de Ley en la materia (vid. STC 138/1991, con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también de esta Sala de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 de la CE) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una Ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante Ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11); la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión. Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5) y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia. El concepto de Juez ordinario predeterminado por la Ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE, guarda, según recogen las SSTC (75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.

Más concretamente, la STS 275/2004, de 5 de marzo, nos dice que en modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. y en este sentido hay varias disposiciones de la LECrim. que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial, particularmente en casos de urgencia (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase». (F. J. 3º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Libertad de expresión. Posibilidad de restringirla en materia terrorista.**

Recurso: Casación nº 1303/2006

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 585/2007 de fecha 20/06/2007

«...La jurisprudencia constitucional en la sentencia del 12-12-1986 ha destacado el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos

penales que inciden en ella. Más el THDH –sentencias de 15-9-1997, 9-6-1998, 10-7-1998, 30-1-1998 y 23-9-1998- ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista». (F. J. 7º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Proceso con garantías. La relevancia constitucional de los vicios del procedimiento exige indefensión material.**

Recurso: Casación nº 10321/2006 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 1163/2006 de fecha 16/11/2006

«...Y ya conocemos la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual, para que estos vicios de procedimiento puedan tener una relevancia de orden constitucional, es precisa la concurrencia de la mencionada indefensión material, que no existe "incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante (*se está refiriendo al denunciante en un recurso de amparo*) no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos", añadiendo después la misma sentencia del TC 128/2005, citada en la sentencia recurrida -fundamento de derecho 3º-, que "si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a este le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte". Y si esto nos dice el Tribunal Constitucional respecto de los procesos de amparo que ante este órgano se suscitan, lo mismo ha de decirse para los recursos de casación penal en que se alega infracción de algún derecho fundamental, sea este de orden sustantivo o procesal». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Ámbito de lo que puede acordarse por providencia.**

Recurso: Casación nº 1224/2006  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 160/2007 de fecha 27/02/2007

«...En el caso, efectivamente, tal como denuncia el recurrente, la intervención telefónica se acordó mediante providencia. Consta en la causa, que esta Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim, que con fecha 16 de junio de 2003, el Juez de instrucción acordó, tras la petición policial, la intervención del teléfono 647 61 02 77, cuyo usuario se identificaba como el recurrente, dictando al efecto Auto en el que se hacía una referencia expresa al contenido de la solicitud policial respecto a las vigilancias y seguimientos de los

sospechosos, a sus contactos entre sí y con terceros, los cuales, en estos últimos casos se caracterizaban por su brevedad y por el intercambio de algo, que entregaban los sospechosos, a cambio de dinero que recibían de los otros intervinientes. El día 24 de junio siguiente, la Policía comparece nuevamente ante el Juez, manifestando que las vigilancias y seguimientos habían continuado con un resultado similar y que el ahora recurrente había cambiado de teléfono, utilizando ahora la línea 620 16 19 89, cuya intervención solicitan. El Juez de instrucción dicta providencia, en la que sin razonamiento alguno, deja sin efecto la intervención anterior y acuerda la del nuevo teléfono. No se fija plazo alguno, ni tampoco las condiciones de la intervención, ni tampoco se hace remisión a lo acordado en el auto anterior, referido al mismo sujeto aunque con distinto número telefónico. En el oficio a la compañía telefónica se precisa que la intervención es por un plazo de treinta días.

Desde un examen inicial de la cuestión, y aún partiendo de que la actuación judicial no es del todo correcta, la omisión de la debida forma de Auto, sustituyéndola por la de una simple providencia, no sería decisiva en orden a la invalidez de la resolución, pues en realidad se trataría solamente de sustituir un número de teléfono por otro del mismo titular permaneciendo inmodificados tanto los motivos de la intervención telefónica como los demás aspectos de la decisión, es decir, los relativos al plazo de duración de la medida y a las condiciones para dar cuenta al Juez de sus resultados. En este sentido podría entenderse que eran aplicables las disposiciones contenidas en el Auto anterior a la nueva intervención de otro teléfono utilizado por la misma persona, de manera que la omisión de la forma debida en la resolución judicial no habría de producir la nulidad al carecer de un contenido material contrario a la Constitución.

Sin embargo, no es posible aceptar que mediante la providencia se ampliara implícitamente el plazo de duración inicial de la intervención telefónica, pues para ello habría sido necesaria una resolución motivada, exigencia que la providencia no cumple, no solo con carácter general por su propia naturaleza, sino en el caso concreto, en el que omite cualquier razonamiento y decisión expresos sobre el particular. Por lo tanto, la decisión judicial ampararía la intervención telefónica por el mismo plazo acordado en el Auto anterior, es decir, un mes contado desde la fecha de aquél, 16 de junio de 2003. De esta forma, las conversaciones posteriores a esta fecha no estarían comprendidas dentro del ámbito de la autorización, hasta que se acuerda la prórroga mediante auto del día 23, la cual se basa en los datos resultantes de la continuación de las vigilancias y seguimientos efectuados sobre el recurrente y sus actividades, y no solo del resultado de las anteriores intervenciones.

Debe entenderse, por lo tanto, que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas al haber sido acordado por una resolución judicial que no cumple las exigencias derivadas de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, lo que determinaría la nulidad de la intervención telefónica desde el día 17 de julio hasta el día 23 del mismo mes, con las consecuencias que luego se dirán». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tribunal imparcial.**

Recurso: Casación nº 67/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1084/2006 de fecha 27/10/2006

«...Como es notorio, entre los derechos fundamentales de los justiciables en el ámbito procesal, figura destacadamente el derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial (art. 10 DUDH, art. 14.1 PIDCyP, art. 6.1 CEPDHyLF, arts. 10.2 y 96.1 C.E.). La imparcialidad del Tribunal, por lo demás, plantea indudables problemas a la hora de concretar las posibilidades y límites de su actuación en el proceso. Es lo que, sin duda, ocurre con las prescripciones de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contenidas en el art. 708 párrafo segundo (“El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”), y en el art. 729.2º (en el que se consagra la facultad del Tribunal de acordar “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”).

En el plano doctrinal, es preciso destacar que, junto a los autores que defienden el denominado “garantismo procesal”, la mayoría de la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos Tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (& 244,II del C.P. Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

En el plano jurisprudencial, es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada “prueba sobre prueba”, que es aquella “que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso” (v. STS de 16 de junio de 2004), e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999, al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye “una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso”. En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994 declaró que “ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar

preguntas, complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados –por concedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, puede decirse que se ha manifestado favorable a la iniciativa probatoria del Juez penal, siempre que ello no suponga una actividad inquisitiva encubierta. Así, en la STC 188/2000, de 10 de julio, se admitió como legítimo acordar el interrogatorio de un testigo de los hechos enjuiciados cuya identidad surgió en el propio acto del juicio oral; y, en la misma línea, puede citarse la STC 130/ 2002, de 3 de junio, en la que se consideró igualmente válido el interrogatorio de dos testigos, cuya identidad ya costaba en el juicio. En la STC 229/2003, de 18 de diciembre, se dice que “lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta. Por lo demás, tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista”. Finalmente, la STC 334/2005, de 20 de diciembre, admite también la iniciativa probatoria del Juez penal siempre que tenga por objeto comprobar la certeza de los hechos discutidos en el proceso. De todo lo dicho, se desprende que el límite constitucional de la iniciativa probatoria del Juez penal no es otro que la actividad inquisitiva encubierta.

De conformidad, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales; teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona (art. 24.1 C.E.), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esa cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, como hemos visto, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de defensa de todas las partes implicadas en el proceso; pues, con estas limitaciones, la actuación judicial no atenta contra el principio acusatorio ni el Juez pierde por ello su necesaria imparcialidad; requisitos, todos ellos, que indudablemente concurren en el presente caso». (F. J. 2º)

## **DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS. Es indiferente el fin último del autor.**

Recurso: Casación nº 2051/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 237/2007 de fecha 21/03/2007

«...A los efectos del delito, es indiferente que el fin último del autor fuera utilizar el contenido de esas conversaciones, que él valoró como negativas para su esposa, en el procedimiento de separación matrimonial para con ello impedir que se acordara por el Juez la privación de la custodia de la hija. No existe duda alguna que la finalidad de la continuación en el uso del programa informático era precisamente continuar apoderándose de las comunicaciones privadas, aunque después pretendiera darles una u otra utilidad, de donde resulta el dolo específico referido a la finalidad de descubrir los secretos de otro o de vulnerar su intimidad.

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en anteriores Sentencias. En la STS nº 1641/2000, de 23 de octubre, se decía que “lo relevante a efectos de la configuración del tipo no es la apertura de la correspondencia, sino el apoderamiento de su contenido sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador, extremo éste que ha quedado acreditado por prueba de cargo demostrativa de que la acusada hizo suya la misiva enviada al marido por la Seguridad Social utilizándola como prueba contra éste en un proceso civil y en beneficio propio”.

Por lo tanto, concurre en la conducta del recurrente el elemento subjetivo exigido por el artículo 197.1 del Código Penal, y por lo tanto, el motivo debe ser desestimado». (F. J. 2º)

## **DESISTIMIENTO. Interpretación del art. 16.2 Código Penal.**

Recurso: Casación nº 932/2006

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1270/2006 de fecha 13/11/2006

«...El debate doctrinal fue traslado a la jurisprudencia ante la novedad que representaba la inclusión de una figura como el desistimiento, que no arrepentimiento activo, en un delito de homicidio en grado de tentativa acabada.

Ante las diversas opciones que, al margen de los planteamientos teóricos nos puede presentar la inimaginable variedad de hechos que presenta la vida real, es necesario siempre, en el derecho penal, trasladar las tesis o teorías interpretativas del contenido del artículo 16.2 del Código Penal al caso concreto.

4.- La cuestión ha merecido un Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 15 de Febrero de 2002 en el que se acuerda que la interpretación del artículo 16.2 del Código Penal que establece una excusa absoluta incompleta, ha de ser, sin duda exigente, con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "*iter criminis*", pero no se debe perder de vista la razón de política

criminal que la inspira. No hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que impide la consumación del delito, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

5.- En este caso, se puede llegar a la conclusión, establecida en otras sentencias de esta Sala, de que el dolo homicida, que en un primer momento parece evidente por el arma utilizada y la zona sobre la que se incide, desaparece o se transmuta en cuanto tomó conciencia de las consecuencias mortales que pudo entrañar su acción. La forma de comportarse al comprobar la gravedad de la situación, circunstancia que expresamente declara la sentencia, dando aviso para que se le atendiera urgentemente y la denuncia de los hechos a la policía, demuestra este cambio de propósito inicial.

6.- El Ministerio Fiscal realiza un interesante estudio de la figura y maneja todas las consecuencias punitivas que se derivarían de su estimación aunque se decanta por rechazar su aplicación al estimar que no existe desistimiento activo.

Sin perjuicio de que estuviese presente en la vivienda un amigo de la pareja que asistió más bien de forma artesanal a la víctima hasta que llegaron los servicios sanitarios, ello no es obstáculo para que entremos en el núcleo de la cuestión que no es otro que examinar la actuación voluntaria de la agresora, que en nuestra opinión está fuera de toda duda y lo que es más importante, la eficacia de su actuación en cuanto a la efectiva o el efectivo impedimento para la producción del resultado». (F. J. 4º)

## **DETENCIÓN ILEGAL.**

Recurso: Casación nº 1204/2006

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1108/2006 de fecha 14/11/2006

«...Conforme a esto, esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención, por ejemplo abriendo la puerta del coche donde se le había encerrado o quitándole las ataduras que le mantenían sujeto en un árbol; sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata, como sucede cuando se encierra en un piso no alto sin especiales obstáculos para abrir alguna ventana, o se deja la puerta abierta, o se avisa a la policía, o si quien está custodiando al encerrado se queda dormido de modo que le es fácil a la víctima poner fin a su detención, que es el caso previsto en nuestra sentencia 628/2004, de 17 de mayo, citada en la sentencia recurrida». (F. J. 2º)

## **DOLO. Dolo eventual. Diferencia con culpa consciente.**

Recurso: Casación nº 10098/2006 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1241/2006 de fecha 22/11/2006

«...El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva "querer" el resultado- el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.

Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como "caso de la colza"), en la que se afirma que "si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual". Añade dicha sentencia que "la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor".

En el supuesto que examinamos, el conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionara, al encontrarse la lesionada sentada en el asiento del copiloto junto a su marido que ocupaba el asiento del conductor, cuando el acusado efectuó varios disparos, desde corta distancia, al interior del vehículo con intención de acabar con la vida de su marido, resultaba bien patente, y de ello tenía que ser completamente consciente el acusado. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran las lesiones cuya representación resultaba obligada para el agresor». (F. J. ÚNICO)

## **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.**

Recurso: Casación nº 971/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1079/2006 de fecha 30/10/2006

«..La verdad notarial es una verdad formalizada que responde exclusivamente a las manifestaciones que los intervinientes efectuaron a

presencia notarial, siendo cuestión distinta que la voluntad interna se corresponda con lo manifestado. Es un dato de experiencia que forma parte del acervo del conocimiento usual de un ciudadano medio de la sociedad actual que es muy frecuente la divergencia entre la voluntad exteriorizada y la voluntad querida de los intervinientes de cualquier instrumento público notarial, alcanzando la verdad notarial sólo y exclusivamente a la verdad exteriorizada, dejando a salvo los supuestos de convivencia con el propio Notario autorizante. En este aspecto como en el relativo a la existencia de engaño típico propio del delito de estafa, y a la incidencia que en él haya podido tener la realidad de un cierto retraso intelectual, --lo suficientemente discreto como para no ser percibido por el Sr. Notario autorizante--, es obvio que pueden existir --y existieron-- otras probanzas que ofrecen un resultado diferente del que se deriva del documento notarial». (F. J. 1º)

### **ERROR DE PROHIBICIÓN. Artículo 192 bis del Código Penal.**

Recurso: Casación nº 1414/2005  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 921/2006 de fecha 26/09/2006

«No es suficiente con su mera alegación, sino que es preciso que su realidad resulte de las circunstancias del caso. En relación con los hechos típicos declarados probados en la sentencia impugnada, no puede aceptarse que el recurrente actuara en la lícita creencia de actuar con arreglo a Derecho. Para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, con mayor razón si ostenta las responsabilidades que correspondían al acusado, es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del Centro, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y solo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en el artículo 55 de la propia Constitución. Tampoco puede aceptarse en esos casos no ya un desconocimiento absoluto de las previsiones del Código Penal en cuanto a la intervención de las comunicaciones telefónicas, sino una creencia firme en sentido contrario. Poco importa a estos efectos que otras personas se ampararan en una similar construcción del error para explicar sus actividades, pues en su caso no disminuiría la responsabilidad del acusado respecto de su propia conducta». (F. J. 5º)

### **ESTAFA. Compatibilidad del tipo penal con actuación ilícita de la víctima.**

Recurso: Casación nº 1438/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 132/2007 de fecha 16/02/2007

«...La cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal.

Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima delincuente es interesante desde la perspectiva criminológica y de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a Derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito (así en los casos del tipo de la estampita, engaño de la maquina de fabricar dinero o "filo-misho", billete de lotería premiado o tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", y la entrega de dinero para el trafico con supuestas influencias ante funcionario publico, el caso de quien paga al supuesto asesino para dar muerte a otro; o a quien paga para que le saque ilegalmente del país, cuando en ningún momento el pretendía prestar el servicio convenido y otros análogos, en estos casos seria posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio, pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS. 655/97 de 13.5, que en su caso en que el recurrente afirmó como verdadero que "tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas" de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que "la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico licito, en el sentido del art. 1275 Cc. o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir", concluyendo en este sentido que "el titular de un patrimonio que "compra influencias" de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido".

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la

concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consume en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que "siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con animo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral".

En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir -si fuera posible- la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS. 2.7.52 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS. 29.12.61 que calificó como estafa el caso de un médico que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicase un aborto, resultado que, tras el oportuno examen tocológico, el médico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS. 28.2.86, en un caso de timo del pañuelo, STS. 16.7.92 caso de billete lotería premiado o "tocomocho", STS. 7.7.94, abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se recogía en el art. 529.4 CP. 1973 solo podía realizarse sobre el presupuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho». (F. J. 12<sup>o</sup>)

## **ESTAFAS. Continuidad delictiva y especial gravedad por el importe defraudado.**

Recurso: Casación nº 1235/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 150/2007 de fecha 28/02/2007

«...Una reiterada jurisprudencia de esta Sala ha abordado la incidencia de los delitos continuados en los delitos contra el patrimonio y la conformación de su existencia con relación al importe de la despatrimonialización correspondiente a los delitos contra el patrimonio. Así la STS 628/2003, de 2 de diciembre, que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 Cp) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23.12.98, 17.3.99). En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de fecha 27 de marzo de 1998, declaró que "en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas".

Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado.

A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el "plus" que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en los párrafos primero del art. 74.1 del Código penal, pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado.

En el hecho enjuiciado la consideración de la especial gravedad correspondiente al importe de lo apropiado, los 63876 euros, se alcanza mediante la suma de las distintas apropiaciones realizadas sobre distintos objetos. En esta situación no es posible considerar ese montante, a la vez, como presupuesto de la continuidad delictiva y de la especial gravedad. Esa doble consideración es contraria al principio de interdicción del non bis in idem. Consecuentemente, procede declarar indebidamente aplicado el art. 250.1.6 del Código penal». (F. J. 2º)

## **ESTAFA. Contrato de descuento bancario. Acuerdo del pleno. Engaño bastante.**

Recurso: Casación nº 733/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 39/2007 de fecha 15/01/2007

«...Con respecto a que la utilización de la técnica mendaz de un ilusorio y falso descuento bancario puede integrar un delito de estafa, no solamente basta con acudir a la reiterada jurisprudencia de esta Sala en tal sentido (suficientemente citada en la sentencia recurrida en su F.J. 14º), sino al Acuerdo Plenario de fecha 28 de febrero de 2006, e incluso es puesto de manifiesto por nuestra Sentencia Casacional, ya dictada (anulando la anterior, la número 497/2005), en donde ya se dijo que el relato histórico ponía bien a las claras que “el efecto o documento mercantil era un invento o una creación, pues el *factum* repite una y otra vez que los mismos no respondían a ninguna operación comercial. En el fundamento jurídico número diecisiete, con valor cointegrador del *factum*, se añade que se crearon recibos carentes de cualquier causa, así como la elaboración de letras de cambio, imitando o suplantando las firmas de los intervinientes y los sellos de las respectivas empresas”, añadiéndose: “es indudable que las conductas descritas consisten en la creación o elaboración de documentos, simulando una realidad inexistente, que induce a error a terceros sobre su autenticidad. Los hechos son claros en orden al reflejo de un comportamiento falsario”.

El relato fáctico consigna que el recurrente, Francisco de Asís García Ruiz, como Jefe de Riesgos, de la entidad Banco Popular Español, le correspondía fijar líneas de descuento, comprobar los datos contables y autorizar excesos, añadiendo que, a cambio de comisiones millonarias, en cantidad que excede de los 40 millones de pesetas (240.404,84 euros) y de un vehículo Mercedes, se puso de acuerdo con el coimputado Miguel María Azkune Olaizola y el empleado bancario rebelde, y sabedor de la insolvencia de su grupo de empresas, accedió a autorizar el descuento de letras y recibos de colusión que no obedecían a operación comercial alguna y que la entidad bancaria no podría recuperar. A tal fin, se crearon sociedades ficticias o se utilizaron otras existentes, pero inactivas, para simular una línea de descuento, que ya estaba sobrepasada.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con este elemento nuclear de la estafa, ha expuesto con reiteración que el engaño debe ser bastante, es decir, suficiente o proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose la inidoneidad, tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto, añadiéndose que la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico caso de que se trate (SSTS, entre muchas, 1128,

1469 o 634/00, 1855/01 o 348/03). También hemos señalado que la figura del contrato criminalizado (y el negocio de descuento bancario es un contrato) estará presente siempre que antes o en el momento del otorgamiento la voluntad del sujeto pasivo se obtenga mediante la puesta en escena del «engaño bastante», produciéndose un error en el mismo, que determine su voluntad en el sentido apetecido por el sujeto activo, que de otra forma no habría tenido lugar, obteniendo aquél la prestación correspondiente al contrato mediante el desplazamiento patrimonial. En síntesis, es preciso llevar a cabo un juicio de adecuación al objeto de establecer si el artificio o engaño desplegado tenía suficiente capacidad para producir el error en la víctima, lo cual es difícil establecer «a priori» por cuanto dependerá de las circunstancias del sujeto pasivo conocidas por el defraudador, rompiéndose el nexo causal (imputación objetiva) cuando el error no haya sido provocado por el artificio o puesta en escena del sujeto activo sino por la propia negligencia o incuria del sujeto pasivo. Ahora bien, tampoco puede desconocerse la práctica o los usos mercantiles, acogidos desde luego a los principios de confianza y buena fe, teniendo en cuenta los parámetros de normalidad (STS 1480/2004)». (F. J. 10º)

### **ESTAFA. Delito continuado. Supuestos de especial gravedad. Líneas jurisprudenciales.**

Recurso: Casación nº 1744/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 226/2007 de fecha 16/03/2007

«...El delito continuado recoge el mayor contenido del injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de unas conductas agresivas a un mismo bien jurídico, bajo un dolo único y aprovechamiento de idénticas circunstancias. Es obvio que esa conducta, caracterizada por la concurrencia de los presupuestos del delito continuado, merece un mayor reproche penal. De ahí, las especiales previsiones en la penalidad que planteó el art. 69 bis del Código, hoy 74 del Código penal de 1995.

Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (Cfr. STC 89/83 y reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 21.10.91). El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado del art. 74 (Cp. 95).

Ahora bien, tratándose de delitos contra el patrimonio, razones de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio "non bis in idem" y de especialidad, han sido tenidas en cuenta por el legislador penal que ha dispuesto una normativa penológica especial. Así, dispone que en los delitos contra el patrimonio se tendrá en cuenta el perjuicio total causado, y la posibilidad de imponer una pena superior en uno o dos grados, "si el hecho revisitiera especial gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas" (art 74 Cp 95).

En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 ) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23.12.98, 17.3.99). En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de fecha 27 de marzo de 1998, declaró que "en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas".

Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado.

En el hecho probado la calificación correcta es la de delito continuado de apropiación indebida del artr. 252 y 250.1.6, es decir la pena privativa de libertad de 1 a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, con la consideración del art. 74.2 a tenor del cual deberemos tener en cuenta el perjuicio total causado. Esta construcción no es pacífica en la jurisprudencia de esta Sala. Como se destacó en la STS 396/2003 de 23 de mayo, se han mantenido dos posturas en aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Partiendo de la existencia de dos reglas distintas para la determinación de la pena del delito continuado, en ocasiones se ha entendido que, si bien en principio no es posible aplicar la regla del apartado primero en los casos de delitos continuados de carácter patrimonial, sin embargo tal posibilidad surge de nuevo cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas ya merecían la calificación de especial gravedad en atención a la cuantía. Así, en la STS núm. 482/2000, de 21 de marzo, se dice lo siguiente: "En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 CP/1995) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (SSTS 23-12-1998 y 17-3-1999). Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos

supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el "plus" que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en el párrafo primero del art. 74.1 del Código penal pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado". En el mismo sentido la STS núm. 1284/2002, de 8 de julio; 136/2002, de 6 de febrero; 1411/2000, de 15 de septiembre, 1079/2005, de 29 de septiembre.

Otra línea jurisprudencial no distingue entre unos y otros supuestos. En estos casos, la individualización de la pena deberá hacerse conforme a las reglas del artículo 66 del Código Penal, es decir, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho, entre otras circunstancias valorables. El Tribunal sentenciador puede recorrer toda la extensión de la pena legalmente marcada, sin estar constreñido por la exigencia imperativamente dispuesta en el epígrafe primero de fijar aquélla en su mitad superior, (STS núm. 2028/2002, de 2 de diciembre ; STS núm. 1753/2002, de 22 de octubre; STS núm. 1510/2002, de 24 de septiembre; 123/2006, de 9 de febrero. Para esta línea de la jurisprudencia de esta Sala se entiende que, en los delitos patrimoniales de carácter continuado, la pena se determina conforme al apartado 2 del artículo 74, sin que sea de aplicación la norma del apartado 1 del art- 74 del Código penal.

Es patente la discordancia entre las dos interpretaciones que tiene una especial incidencia en la penalidad, desde la posibilidad de recorrer todo el ámbito de la penalidad del delito de estafa agravado, hasta la imposición de la pena a partir de la mitad superior y ambas interpretaciones tienen amparo en la Ley penal, dada la confusa redacción del art. 74 con la regla especial de penalidad para los delitos patrimoniales. En el momento de resolver la cuestión, sin perjuicio de acudir a mecanismos de unificación de la doctrina jurisprudencial, se hace preciso actuar el principio "in dubio pro reo" lo que supone aplicar la opción menos lesiva al condenado, pues las dos tienen amparo legal y las dos tienen respaldo jurisprudencial en la interpretación de esta Sala, por lo que ningún error cabe declarar en la determinación de la pena realizada por el tribunal de instancia al haberse impuesto una pena legalmente prevista según la interpretación de esta Sala. En consecuencia, no procede dictar segunda sentencia». (F. J. 1º)

**ESTAFA. Uso de tarjeta sustraída en cajero automático. Modalidad de manipulación informática del art. 248.2 del Código Penal. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 11142/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 369/2007 de fecha 09/05/2007

«...La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN suscita desde siempre problemas de tipificación.

Ya con anterioridad a la vigencia del actual Código se cuestionó la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa, y la consulta 2/88 de la Fiscalía General del Estado sostuvo, al desestimar la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos engaño y error (solo posibles de persona a persona), la procedencia de la calificación como robo con fuerza en las cosas, por entender comprendida en el concepto legal de llave falsa la tarjeta, afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa después de ciertas maniobras, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto no priva a aquella de su carácter de llave.

No obstante ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó, que aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina.

Así se sostenía que cuando una persona, que ha sustraído una tarjeta y tiene conocimiento del número secreto, pone en funcionamiento el cajero, lo que está haciendo es situarse en el lugar del titular de la cuenta, simulando al operar su autorización para extraer fondos, logrando a través de la corrección de la identificación efectuada por el sistema, la disposición de fondos lo que indudablemente sería una maniobra fraudulenta y realmente no puede hablarse de máquina engañada sino de un Banco (como persona jurídica) engañado. Se aludía además al hecho incuestionable de que si por el no titular se transmite desde un terminal una orden de pago, adoptando o fingiendo una personalidad que no es la propia, y el terminal lo transmite a su vez al ordenador central, que autoriza la operación y dispensa el metálico, el autor consigue esta disposición patrimonial igual que si hubiera engañado directamente al programador o a un empleado de la sucursal, ya que lo que hace el proceso informático del cajero es comprobar la corrección del Código de identificación y la vigencia de la tarjeta, es decir, lo que pretende el terminal es cerciorarse de que ante el mismo, se halla una persona legitimada, que es el titular de la tarjeta, o alguien, que además de poseer la misma, conoce la clave personal, lo que en un porcentaje altísimo de ocasiones equivale a decir que es el propio titular el que está operando, según confirme la experiencia. En definitiva, se decía que lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error, lo que en la práctica produce el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos. Además, se añadía que si con los mismos elementos como son la presentación de la tarjeta y el

numero secreto, se pudiera obtener metálico de un empleado de la entidad bancaria, no cabe duda que se consideraría tal presentación como engaño bastante, determinante de la entrega del dinero, por lo que la solución en estos casos debería ser la misma.

A ello se une la circunstancia de que no es posible asimilar el cajero automático a una caja fuerte en la que la tarjeta y la clave o numero secreto fueran la llave de acceso directo al dinero, sino que a lo que en realidad se accede con los mismos es al proceso informático concluyendo que en estos casos, es la propia entidad bancaria y no la maquina quien entrega el dinero, con un consentimiento viciado por la creencia errónea de estar operando con el titular de la tarjeta.

Sin embargo y pese a ser estos argumentos convincentes la aplicación de la estafa clásica era entonces problemática, dado que no era el cajero automático sobre el que se manipula, sino el ordenador central, el que da las instrucciones de pago y entrega y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente, y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores, por lo que técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del art. 528 CP. 1973, suponía una relación de persona a persona.

En este sentido se señaló que, partiendo de que el engaño como elemento esencial de la estafa, debe ocasionar el error en el sujeto pasivo, y el acto de disposición debe estar determinado o causado por ese error, en la actuación del sujeto ante el cajero automático integraría el engaño esencial del delito de estafa, y la disposición patrimonial sería la expulsión del dinero que tomaría el sujeto, pero entre uno y otro momento no hay intervención alguna de otras personas, de suerte que no cabe hablar de error y de engaño a la maquina y que la voluntad del dueño de la maquina de que no se desprende dinero al no titular, voluntad tendente a evitar que personas no autorizadas dispongan del dinero, esa voluntad existe con anterioridad a la actuación del culpable y no está determinada por ella.

De este modo se negaba en los hechos la existencia del engaño pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardid, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas, tal como se obtenía de la propia dicción del art. 528 CP. 1973. De aquí se desprendía que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario, opera pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto.

En este sentido la STS. 19.4.81 declaró que " mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La "inducción" a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se

ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa.

Por ello y en congruencia con esta postura se consolidó en la jurisprudencia el considerar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal (SSTS.21.3.88, 6.3.89, 27.2.90, 21.9.90, 21.11.91, 8.5.92, 21.4.93, 25.4.96). (F. J. 4º)

.....Con la promulgación del CP. 1995, parte de la doctrina ha señalado que teniendo en cuenta los arts. 238 y 239 que consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, estos supuestos de uso de tarjetas encajan con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas.

Tesis, que ciertamente, ha sido respaldada en sentencias de esta Sala Segunda como las dos citadas por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, la STS. 427/99 de 16.3 que señala "

Con relación al nuevo art. 248.2 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados "cajeros automáticos", porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la manipulación informática o artificio semejante que requiere el precepto; y la núm. 669/99 de 24.4 que en la misma línea absuelve de estafa y reputa robo con fuerza.... para reservar la regulación específica que contempla el art. 248.2, a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a un titular".

Sentencias a las que puede añadirse la núm. 35/2004 de 22.1, que en un caso en que la Audiencia había entendido que no concurría el delito de robo con fuerza, al no haber constancia de que el cajero que extrajo el dinero, tras haber obtenido la tarjeta de forma violenta, estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o contrapuerta mediante el empleo de aquel instrumento, declaró que el art. 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín "accedere", acercarse. Entre los significados del término, según el Diccionario de la Real Academia Española, está "entrar en un lugar o pasar de él". Acceso por su parte, significa acción de llegar o acercarse y también "entrada o paso". A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados "tocar o alcanzar algo". Relacionando la acción que describen dichos términos

con el apoderamiento de las cosas que se encuentren en el lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto, a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de su mecanismo que resulte hábil para extraerlas. Por ello teniendo en cuenta los posibles significados del término "acceder" empleado en el art. 237 y las prescripciones de los arts. 238 y 239, concluyó que "hay que entender que la propia Ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante una llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél.

De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los arts. 237, 238 y 239 CP.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en SS. 257/2000 de 18.2, 2016/2000 de 28.12, 1313/2001 de 25.6". (F. J. 5º)

...Ahora bien esta calificación de robo con fuerza en las cosas ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina con apoyo en algunas resoluciones de esta propia Sala Segunda. Así se precisa que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorpóral y ajenos por tanto al sentido "corpóral" de las llaves en nuestro derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la sentencia antes citada 35/2004 de 22.1), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante *la entrada en el interior de algún "lugar"*. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP.

En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren", tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el

dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto).

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v.gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por tanto, lo esencial es que se produce una operación informática - introducir la tarjeta, teclear el número clave y seleccionar importe- que lleva al aparato a efectuar una "transferencia no consentida de un activo patrimonial". Pero la disposición de la máquina es voluntaria y por ello no es posible afirmar que existe el "apoderamiento" propio del robo que exige que se produzca contra la voluntad -o al menos sin la voluntad- del dueño. Apoderarse implica la ausencia de voluntad del tradens, y en la estafa el tradens (persona o cajero) entrega el dinero, ya sea por engaño en la estafa común o por la manipulación del sistema en la estafa informática.

Sobre el carácter voluntario de la entrega es particularmente significativo el voto particular emitido a la STS. 1025/92 de 8.5, que, en parte, transcribimos: "En particular no cabe afirmar como lo hace la mayoría de la Sala, que "ese apoderamiento a través de manipulación normal sobre el cajero sito en la fachada de la entidad bancaria (...) constituye por lo menos un delito de hurto (...) porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño". Precisamente el último elemento, la contrariedad a la voluntad de su dueño, no se puede afirmar aquí sin violentar el concepto de "voluntad" que esta Sala utiliza a diario. La programación del cajero electrónico para que entregue el dinero a cualquier persona que disponga de la tarjeta y conozca el número clave, implica que el titular del dinero, es decir el banco o la institución de crédito, quieren que el dinero sea entregado al que introduzca la tarjeta y señale el número clave secreto, cualquiera sea su identidad, pero también cualquiera sea su legitimación para hacerlo. Contra esta afirmación se afirma, sin embargo, que es evidente que la institución de crédito no quería entregar el dinero a una persona no legitimada, es decir, a una persona que carezca de autorización del titular de la tarjeta. Pero, este punto de vista se apoya en una confusión de la voluntad con el deseo. Por lo tanto, se expone a todas las críticas que se han formulado desde antiguo a tal identificación: un resultado

indeseable no es por ello involuntario. De otra manera no sería posible admitir que el dolo eventual es una forma de los actos voluntarios. En este sentido no parece discutible que esta Sala no hubiera dudado en considerar como voluntaria la conducta del que predispone un arma de fuego para que se dispare cuando alguien pretenda abrir la puerta de la habitación, con el objeto de dar un escarmiento al que intente robar en su ausencia, aunque el que resulte muerto por el disparo no haya querido entrar a robar, p. ej. porque era su propio hijo ignorante del mecanismo de defensa predispuesto. Si se considera, por el contrario, que toda persona que obtiene dinero del cajero automático sin estar legitimado para ello realiza una conducta típica, habrá que sancionar como autor de hurto o de robo del dinero obtenido al titular legítimo de la tarjeta que extrae más dinero que el que tiene contractualmente autorizado. También en este caso habría que admitir que el banco "No quería" entregar la cantidad que supera el límite establecido en el contrato y que la tarjeta puede ser considerada llave falsa, pues como lo indican las SSTs de 15-7-88, 3-7-89 y 23-12-89, "lo que caracteriza al concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización". Este supuesto, como la doctrina ha puesto de manifiesto, demuestra que en los casos de no autorizados no se puede negar que la institución de crédito quiere entregar el dinero al que lo requiere, aunque no lo desee. Dicho de otra manera: el que entrega una cosa a cualquiera que la requiera para apropiarse de ella lo hace voluntariamente, aunque lo haga mediante un dispositivo electrónico.

Precisamente por estas consideraciones es que el hecho enjuiciado en esta causa sólo se debe sancionar como hurto de la tarjeta de crédito, mientras no exista un tipo penal específico como se ha introducido en otros derechos europeos. La situación actual de la legislación penal frente a las manipulaciones indeseadas de aparatos electrónicos es similar a la que se produjo a principios de siglo con la electricidad y que obligó a la creación de un tipo especial. En los casos de uso indebido de cajeros automáticos lo que en verdad existe es un "engaño" sobre la autorización para retirar dinero de esa manera. Pero, dado que el art. 528 requiere para la estafa que se haya engañado "a otro", no es posible aplicar dicha disposición, pues un aparato electrónico no es "otro", en el sentido de otra persona. Esta insuficiencia del tipo penal de la estafa no se puede compensar mediante la aplicación del delito de robo (...) ello vulnera el principio de legalidad del art. 25.1º CE, que prohíbe la extensión analógica de la ley en contra del acusado". (F. J. 6º)

...Llegados a este punto habrá de determinarse si estas operaciones pueden ser comprendidas en la actual estafa informática del art. 248.2 CP. de 1995, tal como se ha pretendido solucionar en otros derechos nacionales.

Así el derecho alemán con la entrada en vigor el 1.8.96 del parágrafo 263 a) del STGB que dispone "El que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...", pretende solucionar el problema de

la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático esto es, la utilización no autorizada de datos (sinbefugte verwendung). Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro CP. creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las maquinas y que requiere valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la maquina es utilizada correctamente solo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrina es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no seria posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del "artificio semejante" del art. 248.2 CP. en estos casos de conducta voluntaria -pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta- pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP.

Así en la sentencia 1175/2001 de 20.11 en su caso la que el sustractor de la tarjeta en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial introducen ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló que el Código penal de 1995 introdujo el párrafo 2º del art. 248 del Código penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el "engaño" era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. El engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

La actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de ordenes de pago o de transferencias, bien a través de

manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquéllos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Doctrina esta reiterada en la STS. 692/2006 de 26 de junio que contempló un supuesto parecido castigando como estafa informática la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago.

Igualmente la sentencia 1476/2004 de 21.2 que enjuiciaba unos hechos consistentes en que dos acusados desde la tienda de la madre de uno de ellos, manipularon el TPV que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA., vinculado a la cuenta corriente de la que era titular la citada madre y utilizando la tarjeta Visa Electrón, titularidad de la acusada efectuaron 12 operaciones de compras y otras tantas de "abono por devolución de compra", por un importe que lograron así se ingresara en la cuenta de la acusada Posteriormente con la tarjeta extrajeron dinero de un cajero y obtuvieron servicios en establecimientos, declaró que " al texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de "alguna manipulación informática" o de algún "artificio semejante". La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Dicha sentencia calificó por tanto los hechos como estafa informática del art. 248.2 CP. añadiendo que dicho tipo penal "tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP. pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, "sin error....".

Por último la STS. 185/2006 tras declarar que era claro que el delito de estafa genérico del art. 248.1 no era aplicable al uso de la tarjeta en cajero, dado que solo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error y por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas -es obvio que no es "otro", como reclama el texto legal-, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave, disienta la posibilidad en cambio, de aplicar el tipo del art. 248.2 para los casos de usos abusivos en cajeros automáticos, precisando: "sin embargo cabría pensar, sólo hipotéticamente -este segundo apartado no habría sido objeto de acusación- que el uso abusivo de tarjetas que permiten operar en un cajero automático, puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del art. 248.2 CP., dado que tal uso abusivo constituye un "artificio semejante" o una manipulación informática pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores..."

Esta postura es compartida por aquellos que consideran que en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que si estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el password ante el sistema es tanto como identificarse.

*La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre "la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo", de fecha 28 de Mayo de 2001*, dispone en su art. 3º que "Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad.

- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos

De ahí -coincidimos con lo argumentado por el Ministerio Fiscal- se desprende que la identificación a través del número secreto o PIN es una de las conductas que enuncia la Decisión Marco entre las que caracterizan la manipulación informática.

La identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el art. 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva.

En definitiva, indentificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP.

Ahora esta interpretación, ciertamente problemática, el anteproyecto de 2006 de reforma del CP. que modifica el art. 248, alterando en buena medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2º bajo la letra c) la modalidad de "los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado c) del núm. 2 del art. 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en "cualquier clase" indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aún cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN». (F. J. 7º)

#### **ESTAFA. Utilización de letras de favor como mecanismo engañoso. Doctrina de la Sala.**

Recurso: Casación nº 1513/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 123/2007 de fecha 20/02/2007

«...Debe subrayarse que, en principio, la emisión de una letra de favor no es una acción delictiva, ni el hecho de que el efecto cambiario no esté relacionado con un concreto negocio jurídico del que sea consecuencia, criminaliza dicha acción, toda vez que este tipo de documentos es frecuentemente utilizado en el tráfico mercantil como instrumento para obtener la inmediata liquidez que se necesita en un momento dado. La acción será ilícita cuando la emisión del efecto se realice con la conciencia de que al llegar el vencimiento, la letra no será abonada por el librado o el aceptante, convirtiéndose entonces el documento en el mecanismo engañoso y falaz para obtener el descuento del importe que figura en el mismo y defraudando en esa cantidad al banco que descuenta el efecto. Esa malicia o ánimo defraudatorio

en el uso de una letra de cambio de favor, será manifiesta en los casos en los que el documento haya sido falsificado suponiendo la intervención en el mismo de personas que no lo han hecho, sobre todo el de aquélla (aceptante) sobre el que recae la obligación de atender el cumplimiento de la obligación de pago. Pero también, como se dice, cuando no existiendo falsificación, las personas realmente intervinientes que figuran en el documento, actúan con el conocimiento y voluntad de que, llegado el momento de satisfacer el pago por la letra previamente descontada éste no tendrá lugar.

En esta cuestión, la doctrina de esta Sala Segunda tiene declarado que "la jurisprudencia más moderna ha excluido de la tipicidad los supuestos de las llamadas "letras de cambio de favor o vacías", pues, al menos desde la entrada en vigor de los arts. 1, 49 y 57 de la Ley 19/1985, toda letra de cambio por sí misma y sin más obliga a los firmantes de la misma como librador, aceptante o endosante. Es evidente que quien descuenta ante un Banco una letra de cambio, por lo tanto, no engaña a la institución de crédito, pues con la presentación de la letra no se afirma la existencia de ningún negocio jurídico distinto del negocio cambiario" (véase STS de 28 de febrero de 2.003).

Por su parte, la STS de 29 de diciembre de 2.005 aborda también la problemática de las letras de favor como usual mecánica en el mundo del comercio para el descuento bancario y, de entrada, señala que partiendo de las personas que figuran en el acepto de las letras son personas reales, no ficticias, y firmaron realmente las mismas, no puede entenderse producida la falsedad prevista en el art. 390.3 CP, suponiendo en un acto la intervención de personas que no le han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho, dado que no se ha producido "falsificación" alguna en sus declaraciones cambiarias, cuestión distinta es la posibilidad de incardinar la conducta del recurrente en el nº 2 del mismo artículo, (simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su auténtica), dado que las letras así aceptadas no respondían a operación comercial alguna, careciendo de negocio jurídico subyacente.

Se afirma también que la alegación, por tanto, según la cual, la letra incurre en la modalidad falsaria de simulación por inexistencia de negocio jurídico subyacente no puede prosperar. La interpretación que incluye en la redacción típica del art. 390.1.2, la falsedad ideológica se realiza a través de una ampliación del contenido de la tipicidad, al referir la posibilidad del error sobre su autenticidad al contenido, expresión esta última que no figura en la redacción típica. Desde una interpretación del tipo acorde al principio de taxatividad, la acción típica del art. 390.1.2, es aquella que se realiza sobre el soporte material, el documento, creándolo "ex novo" de manera que el así creado induzca a error sobre su existencia como documento, del que surgen una realidad jurídica vinculante, con efectos constitutivos y probatorios de la misma, es decir, creando un documento, soporte material, que en realidad no existe pese a su apariencia (STS. 932/2000 de 19.5).

En el supuesto objeto de la impugnación casacional, si el librador de las letras hubiera elaborado las mismas, simulando su existencia, por ejemplo

falsificando la firma del aceptante. En este caso habría simulado un documento e inducido a error sobre su autenticidad, situación no coincidente con la descrita en el hecho probado en el que dos partes, librador y librado, de común acuerdo, quieren documentar una declaración de voluntad. El documento creado es autentico porque las dos partes han convenido en la redacción de las cambiales. La mendacidad resultante de reflejar documentalmente una relación jurídica subyacente inexistente no será un documento típicamente falso, por cuanto las letras son auténticas y responden a lo que se ha plasmado en sus soportes documentales, sin perjuicio de que el contenido del documento autentico pueda suponer un contrato simulado, cuya antijuricidad aparece recogida en otros tipos penales. La simulación a que se refiere el art. 390.1.2, es una simulación del documento no de la relación subyacente. Igualmente aborda esta resolución la cuestión del negocio jurídico causal de la letra de favor, y a este respecto se establece que la inexistencia del negocio jurídico subyacente como causa de una simulación falsaria se compagina mal con el carácter formal y abstracto con que quede regulada la letra de cambio por la Ley 16/85, de 16.7, Cambiaria y del Cheque, cuya Exposición de Motivos destaca la contradicción entre la presente regulación y la regulación anterior de la letra de cambio, contemplada en el Código de Comercio, que estaba inspirada en una "concepción instrumental de la cambial, sobre la que incidían directamente todos los avatares del negocio causal".

La regulación actual de la letra de cambio es eminentemente abstracta, lo cual tiene su mejor manifestación en el régimen de excepciones, arts. 20 y 67 Ley Cambiaria y así, en principio, el negocio jurídico subyacente o causal no tiene relevancia para la eficacia jurídica de la misma.

En esta dirección la STS. 1299/2002 de 12.7, nos dice que "no puede hablarse de simulación de documento por el hecho de que unas letras de cambio carezcan de causa porque el negocio cambiario es constitutivamente abstracto: una letra vacía de contenido puede ser, eventualmente un instrumento engañoso idóneo para cometer un delito de estafa, pero, en ningún caso una letra jurídicamente falsa o simulada".

En análoga dirección las sentencias de esta Sala 1071/99 de 25.9, 1880/2002 de 16.11 y 1632/2003 de 5.12, han señalado que efectivamente no existe falsedad documental, por no verse afectada la autenticidad de un documento si el mismo contiene datos, hechos, narraciones o declaraciones de voluntad atribuidas a quienes realmente son sus autores.

Y, finalmente, deben subrayarse las consideraciones respecto a los supuestos de ilicitud en la emisión de dichos efectos mercantiles, en los que habrá de ser situado el límite del dolo penal y por tanto la legitimidad de la respuesta penal sólo en aquellos casos en que se acredite la existencia de un dolo inicial de incumplimiento, es decir la existencia de un engaño antecedente por parte del contratante del descuento bancario, quedando extramuros del sistema penal los incumplimientos de las obligaciones pactadas por los contratantes --STS 210/2001 de 17 de Febrero--.

Esta ha venido a ser la respuesta dada por la Sala a situaciones muy semejantes a las ahora estudiadas, y en tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

-STS 1839/2000 de 27 de Noviembre.

En el marco de un contrato de descuento bancario, se descuentan diversas letras que no respondían a negocio alguno. En casación se revoca la sentencia y se absuelve al recurrente por no estar acreditada la existencia de engaño antecedente en la entidad bancaria.

-STS 2056/2001 de 31 de Octubre de 2001.

Sentencia absolutoria en la instancia, confirmada en casación rechazando el recurso del Ministerio Fiscal. No hubo ánimo defraudatorio inicial en la suscripción del contrato de descuento bancario. Fue posteriormente cuando se presentaron, a sabiendas de su falsedad determinadas cambiales. Se estima que hubo un dolo *subsequens*, que no es apto para el delito de estafa. Se mantuvo la condena por falsedad documental respecto de la que se afirma "*...cubre suficientemente la condena típicamente antijurídica del acusado...*". Hay que retener el dato del *factum* de que el contrato de descuento se formalizó en Noviembre de 1995, efectuándose desde entonces diversos descuentos de cambiales con toda normalidad, hasta que en el periodo comprendido entre el 12 de Febrero al 21 de Abril, ambos de 1997 se descontaron diecisiete cambiales falsas, estimándose que existió un dolo *subsequens* inidóneo para el delito de estafa.

-STS 1092/2000 de 19 de Junio.

Empresario que ante la precaria situación económica que padece urde un plan para poner en circulación letras de cambio con cargo a un librado con el que no tenía relación mercantil alguna, obteniendo el descuento de las cambiales en el marco del contrato de descuento que tenía suscrito.

En este caso sí se estimó la existencia de estafa, dice al respecto la sentencia "*...uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el contrato de descuento bancario, el cliente consigue del banco una línea de descuento y emite letras vacías o de colusión con librados imaginarios o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuando las letras regresan, se ha hecho insolvente o simplemente no paga...*", en base a que el plan defraudatorio estaba urdido desde el principio.

-STS nº 1302/2002 de 11 de Julio de 2002.

También aquí existió un engaño penal en el marco de un contrato de descuento bancario, la peculiaridad del caso estriba en que el tenedor descontante de las cambiales falsas y el director de la sucursal bancaria estaban coaligados para defraudar al banco. En casación se condenó a ambos por el delito de estafa.

-Auto de Inadmisión de 19 de Junio de 2003.

Recurrente condenado por estafa. Se inadmitió el recurso en aplicación de la doctrina de que cuando el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato que no podrá o no querrá cumplimentar su prestación, se está en presencia del dolo penal propio de la estafa». (F. J. 8º)

### **EXIMENTE. Alteración en la percepción. Falta de socialización.**

Recurso: Casación nº 408/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1135/2006 de fecha 16/11/2006

«2.- El Código penal prevé en los primeros números del art. 20 del Código penal unas situaciones que suponen limitaciones a las condiciones de imputabilidad que afectan a circunstancias que impiden actuar conforme a la norma. Incluyen, desde luego, aquellas situaciones psíquicas que reflejan una anulación, o alteración importante, de las necesarias potencias psíquicas que impiden o reducen considerablemente, la capacidad de comprender la norma penal o de actuar conforme a esa comprensión. También los condicionamientos en la socialización de una persona puede servir de presupuesto en la fijación de la imputabilidad, precisamente porque el hombre es un ser social que adquiere su plenitud como persona (el libre desarrollo de la personalidad) en el seno de un grupo social. Es evidente que las actuaciones humanas se hallan determinadas por la presencia de diversos factores que concurren en la persona, de naturaleza exógena y endógena a la misma, ambientales, circunstanciales, hereditarias, provenientes del medio y de toda naturaleza que hacen que cada acto concreto sea irrepetible. Por ello, resulta también evidente que el juicio de imputabilidad no sólo ha de referirse al estado psíquico del sujeto, afectado de una anomalía o de una alteración profunda de su estructura mental, sino también habrá de tenerse en cuenta que el individuo es un ser social que desenvuelve su vida en un determinado y concreto ámbito sociocultural que, sin duda alguna, influye en su estructuración como persona, de manera que la conciencia de la antijuricidad puede variar en función de las distintas alternativas sobre las que se haya podido desarrollar su personalidad y que afectan al nivel familiar, al laboral, a la formación escolar, a la formación en valores, éticos y sociales, etc.

El legislador penal de 1983 varió el contenido de la eximente que analizamos sustituyendo el término "sordomudo de nacimiento" por el de "alteración de la percepción", lo que es explicado en la Exposición de Motivos para dar cabida a otros factores distintos de los físicos en su conformación, al tiempo que previó, como medida de seguridad, un internamiento en Centro educativo.

3.- Suele distinguirse en la estructura de la imputabilidad un elemento psicológico y otro normativo. A su vez el elemento psicológico aparece enmarcado en un factor intelectual-valorativo y otro volitivo. Todos son precisos para, en primer término, aprehender la realidad y, posteriormente, una adecuada

valoración o comprensión de la misma. El acto inicial del proceso es la percepción de la realidad circundante y, posteriormente, su asimilación, bien a través de la capacidad de aprendizaje, la educación o el empleo de la experiencia que le permita asociar determinadas sensaciones a vivencias anteriores dándoles un contenido concreto de desaprobación del hecho por su falta de acomodación a la norma, o, contrariamente, la confirmación de un actuar porque lo entiende permitido. En otras palabras, conocimiento y reconocimiento de una realidad que ha de ser valorada como positiva o negativa, según los parámetros de la sociedad, para garantizar la convivencia.

En este sentido, el diccionario de la lengua al abordar el término percepción lo refiere a la acción o efecto de percibir y ésta, en su primera acepción, significa la aprehensión sensorial, para compartirla con el significado comprender que supone, no sólo la percepción sensorial, sino su valoración en los términos antes señalados.

En un segundo momento surge el factor volitivo, la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la norma anteriormente reseñada. El sujeto que ha comprendido el alcance del mandato de la norma y ha valorado adecuadamente la trascendencia de sus actos potenciales, ha de adecuar el comportamiento a realizar al sentido de la norma. Esta capacidad se presenta con un doble contenido, en sentido positivo, de actuar conforme a la comprensión de la norma, o en sentido negativo, capacidad de inhibirse ante una posibilidad de actuar contra la norma.

Los anteriores presupuestos deben estar causalmente relacionados de manera que la deficiencia en la percepción de la norma, factor cognitivo valorativo, le lleve a una actuación contraria a la norma, o no, conforme con su comprensión, factor volitivo.

De lo expuesto resulta que lo relevante en el estudio de la imputabilidad es la capacidad de motivación de la norma y la posibilidad de actuación conforme a la misma. No es difícil analizar su concurrencia desde una perspectiva psíquica: si el sujeto padece una anomalía psíquica grave podemos representarnos la afectación de su enfermedad en el contenido de la imputabilidad que se materializará, en función de la intensidad en la exención, completa o incompleta, de la responsabilidad penal o en su atenuación, conforme a los arts. 20.1, 2 y 6 y 21.1, 2, 3, 6, o incluso a través del ejercicio de la función jurisdiccional de la individualización de la pena. También en su conformación ha de atenderse a una perspectiva social, pues los déficits de socialización, cuando son relevantes, pueden presentarse con intensidad tanto en la percepción como en la capacidad de actuación conforme a la norma al conformar una errónea apreciación de la realidad sobre la que atender el mandato de la norma, situación que guarda cierta relación dogmática con el error de prohibición que afecta al elemento subjetivo del delito, pero no permite señalar como consecuencia jurídica la aplicación de medidas de seguridad.

4.- En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la ley a

los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código penal.

5.- Si aplicamos los elementos de la imputabilidad a la situación de déficit importante de socialización comprobamos que tanto la percepción de la norma, como la valoración de la bondad de un bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y la consideración de que una determinada conducta supone una lesión o una puesta en peligro del mismo, así como la capacidad para actuar conforme a la norma, o de inhibirse en la realización del ataque o de su puesta en peligro, aparecen seriamente comprometidas en los supuestos de la ausencia, o el déficit importante, de esos presupuestos de valoración llegando a desvirtuar las capacidades de comprensión, o distorsionarla de forma relevante, por lo que la capacidad de actuar conforme a esa comprensión aparece, también, desvirtuada.

Las condiciones de desigualdad, graves y relevantes, pueden afectar de distinta manera a la imputabilidad y es graduable con arreglo a las herramientas que previstas en el Código permiten proporcionar la consecuencia jurídica a las condiciones de imputabilidad realmente existentes, cuando las condiciones de desigualdad suponen una anulación o una reducción de su imputabilidad.

Para la necesaria acreditación de este presupuesto de la imputabilidad, desde las instrucciones de las causas penales debe abordarse la realización de las "hojas personales" en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad». (F. J. 3º)

#### **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de documento mercantil.**

Recurso: Casación nº 2318/2006

Ponente: Sr. Marchena Gómez  
Sentencia: nº 564/2007 de fecha 25/06/2007

«...En relación con el concepto de documento mercantil, debe recordarse -apunta la STS 788/2006, 22 de junio- la consolidada jurisprudencia que, ha declarado ya desde la STS de 8 de mayo de 1997, seguida por muchas otras, de las que son muestra reciente las SSTS núm. 1148/2004, 18 de octubre y 171/2006, 16 de febrero, que se trata de un concepto amplio, equivalente a 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». Como documentos expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos; también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial; finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos, tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes. La STS 889/2000, 27 de mayo recuerda que los resguardos de las compras efectuadas en establecimientos mercantiles mediante el pago con tarjetas de crédito, no pueden ser considerados como simples albaranes que reflejan exclusivamente la entrega de las mercancías. En realidad, se trata de una orden de pago, que da el titular de la tarjeta de crédito, para que el precio de compra se cargue en una determinada cuenta, abierta en la entidad bancaria o financiera que ha expedido el documento, que se utiliza para la adquisición de bienes o efectos. Al presentarla como instrumento de pago, el titular de la tarjeta admite el precio de venta y, la entidad libradora, cargará sobre el saldo de su cuenta corriente o de crédito, el importe de la mercancía adquirida. El documento que se genera al realizar estas operaciones, tiene un incuestionable carácter mercantil, en cuanto que sirve para acreditar una relación jurídica que se enmarca dentro del tráfico comercial y está destinado a servir de justificante de pago, para el que realiza la compra y, a la vez, autoriza al establecimiento vendedor para dirigirse a la entidad bancaria o financiera y reclamarle la transferencia del precio debido». (F. J. 2º)

#### **FALSEDAD DOCUMENTAL. Fotocopia como objeto del delito.**

Recurso: Casación nº 258/2007  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 636/2007 de fecha 03/07/2007

«...Al tratarse de una fotocopia, no existe inconveniente para considerarlo objeto válido de un delito de falsedad, conforme a nuestra jurisprudencia (SSTS 674/2000, de 14 de abril y 474/2006, de 28 de abril). El problema hay que reconducirlo a la incidencia en el tráfico jurídico, lo que, a su vez, requiere un juicio de idoneidad sobre la mutación de la verdad que el documento apócrifo incorpora respecto del original. Esta incidencia queda exigida, entre otras, en la STS 89/2006, de 7 de febrero, pues si no existe la misma, o el documento es inocuo, no existe delito de falsedad. Además, hemos de declarar con la STS 621/2003, de 6 de mayo, que cuando se trate de fotocopias de documentos en los que las firmas de los originales serían auténticas, por lo que las falsificaciones habrían sido realizadas en todo caso sobre la fotocopia del documento, tal falsedad sería, a su vez, inocua. La fotocopia prueba la existencia de un original falsificado, pues es la foto del cuerpo del delito, y en ese sentido puede ser un objeto material idóneo del delito de falsedad documental. Sin duda que tales manipulaciones de las fotocopias pueden ser penalmente relevantes, sobre todo en el ámbito del delito de estafa, pues pueden ser utilizadas como instrumento del engaño. En efecto, mediante "falsificaciones inocuas", es decir que recaen sobre aspectos no esenciales del documento que, por ello, tampoco son susceptibles de inducir a error en el tráfico jurídico, no es posible realizar el engaño típico del art. 248. 1 CP, dado que éste requiere la afirmación de circunstancias falsas o el ocultamiento de verdaderas que sean idóneas para producir error en el sujeto pasivo. Pero sin duda la firma falsa de un documento, aún cuando sea una fotocopia que se pretende pasar por verdadero (es decir, el original que la representa), es penalmente relevante, como ya hemos dejado declarado». (F. J. 2º)

### **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD. Competencia de la jurisdicción española.**

Recurso: Casación nº 1294/2006

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 14/2007 de fecha 25/01/2007

«...en el caso de las tarjetas de crédito, su asimilación a la moneda a efectos del delito de falsificación (arts. 386-387 Cpenal), hace aplicable el art. 23,3 e) y 4 d) LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de esa clase de infracciones. También al argumentar que otro tanto debe decirse en el supuesto de los documentos de identidad, a partir de lo establecido en el art. 6 del Convenio de Schengen, y al amparo de la previsión del mismo artículo, apartado 3 f). Pues no puede considerarse indiferente para ninguno de los estados implicados el uso de documentos falsos a efectos de identificación en sus territorios, que afecta directamente a la política común en tema de visados, inmigración, seguridad. Lo que hace de aplicación la última norma citada, aún en el caso de que el hecho de la falsificación hubiera sido realizado por extranjeros y fuera de España». (F. J. 1º)

### **INCENDIO. Aplicación del tipo privilegiado de incendio sin riesgo para la vida o integridad física.**

Recurso: Casación nº 10272/2006 P  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 977/2006 de fecha 11/10/2006

«El origen de este nuevo párrafo se encuentra en la L.O. 7/2000 de 22 de Diciembre que modificó el Código Penal y la Ley de Responsabilidad penal del menor.

Este párrafo, como ha puesto de relieve la doctrina científica se enmarcó en la línea de endurecimiento del Código Penal en materia de terrorismo, y respondía a dotar a los Tribunales de un mecanismo que permitiera un ajuste de las penas y en definitiva un respeto al principio de proporcionalidad que limitase la exasperación penal de artículos como el 577, también modificado por dicha Ley.

Este nuevo tipo que bien pudiera calificarse de hiper-privilegiado se vertebra por dos notas: a) no debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas y b) la respuesta penal se deriva a las previsiones del art. 266 --delito de daños--, lo que es tanto como decir que, de acuerdo con el tipo que se comenta, cuando el *modus operandi* del sujeto sea de naturaleza incendiaria, pero no haya existido riesgo para la vida o integridad física de las personas, los hechos deben derivarse al delito de daños, que supone una penalidad menor, y por tanto una respuesta más proporcionada a la real gravedad de los hechos.

Hay que tener en cuenta que el núcleo del nuevo tipo es la ausencia de riesgo, dato de naturaleza objetiva y que debe objetivarse a la vista singularmente del medio incendiario empleado, y a su limitada capacidad de propagación, con independencia de que el sujeto conozca la existencia de moradores en el interior de la vivienda. En este sentido, la lógica de la modificación de hechos que llevó el Ministerio Fiscal en el momento de las conclusiones definitivas, debió, en opinión de la Sala haber supuesto una modificación de la calificación jurídica con aplicación del tipo hiper-privilegiado que se comenta, porque si el Ministerio Fiscal eliminó la intención de atentar contra los moradores --folio 18 del acta del Plenario, al folio 212 del Rollo de la Audiencia--, lo que es un elemento interno, y a ello se une que por la combustión que alcanzó sólo a dos ventanas y que causó unos daños mínimos tasados en 300 euros, bien puede concluirse con la afirmación de que no existió riesgo para la integridad de los moradores, no sólo por la rápida acción de éstos, sino por la limitada capacidad de combustión de la sustancia utilizada, y ello con independencia de que el delito de incendio haya sido calificado generalmente por nuestra jurisprudencia como un delito de riesgo al mismo tiempo abstracto y concreto, abstracto porque por su propia naturaleza lleva insisto un riesgo de propagación y por tanto sus consecuencias son difícilmente previsibles. Pero también peligro concreto por el riesgo que puede suponer para las personas que puedan estar en su interior. Ahora bien el nuevo tipo del art. 351-2º supone como ya se ha dicho un límite al exceso penológico que pudiera traducirse en una punición muy superior por el simple hecho de tratarse de un mínimo incendio, frente a unos daños mucho mayores causados por otro *modus*

*operandi* y que merecen la pena prevista en el art. 266 --pena de uno a tres años de prisión en el tipo básico--, en el que sólo se exige la utilización --de forma disyuntiva-- de incendio, o explosión, u otro artefacto similar, o poniendo en peligro la vida o integridad de las personas. Evidentemente, tal reenvío debe limitarse al art. 266-1º del Código Penal, ya que los otros supuestos agravados de dicho tipo no encajarían en la lógica del art. 351-2º del Código Penal que se comenta.

Por ello, en casos de aplicación del art. 351-2º será de aplicación el tipo básico del art. 266-1º con lo que el incendio sin riesgo para la vida o integridad física debe ser sancionado con pena de uno a tres años de prisión, penalidad prevista para el delito de daños que como ya antes se ha razonado que está más acorde al desvalor de la acción y del resultado.

En el caso que se estudia el resultado se saldó con unos daños valorados en trescientos euros, y en cuanto al riesgo no existió». (F. J. 5º)

### **INTRUSISMO. Asesoría en materia de extranjería.**

Recurso: Casación nº 146/2006

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 934/2006 de fecha 29/09/2006

«Hemos declarado con reiteración (Cfr. SSTs de 29-9-2000; nº 2006/2001, de 12 de noviembre y de 22-1-2002, nº 41/2002) que el delito de intrusismo, tanto en su tipicidad contenida en el anterior Código Penal, art. 321, como en el vigente, 403, es un delito formal y de mera actividad que se consuma con la realización de un sólo acto de la profesión invadida, consistiendo en *el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente*.

También es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que destaca el bien jurídico protegido por el tipo penal caracterizado por su carácter pluriofensivo. Ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque, obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado, destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa. Esta requiere, de una parte, la realización de actos propios de una profesión, y de otro, por quien no está en posesión del necesario título académico que permita su realización. Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social.

Desde tal punto de partida la realización por la acusada de los actos que describe el *factum* no pueden integrar el delito que le ha sido imputado, porque no reflejan actos propios de ejercicio de la profesión de abogado. En efecto, en aquél se narra que *para conseguir la confianza de tales ciudadanos extranjeros (a los que ofrecía la obtención de permisos de residencia y/o trabajo o la obtención o convalidación de sus permisos de conducción) la acusada se atribuía mendazmente la condición de abogada especializada en temas de extranjería y a tal efecto disponía y distribuía tarjetas de presentación y otros documentos con sellos con los membretes de inexistentes sociedades o agrupaciones profesionales como “BOB, Abogados Asociados, S.L.”, “Sánchez García Abogados, S.L.”, y “Abogados Extranjería Catherina”, llegando incluso a insertar publicidad de los mencionados servicios profesionales en al menos una publicación de anuncios por palabras de gran difusión».(F. J. 5º)*

**JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. Competencia Tribunales españoles.  
Interceptación en alta mar de patera.**

Recurso: Casación nº 183/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 582/2007 de fecha 21/06/2007

«El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del artículo 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal, que el Ministerio Fiscal imputa a los acusados en esta causa y por el que solicita la imposición de una pena de prisión de siete años, es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas “desde, en tránsito o con destino a España”. La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. SSTS de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002).

Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes.

Llegados a este punto, debemos dirigir nuestra mirada hacia el problema relativo a la jurisdicción que deba conocer de este tipo de conductas descubiertas e interrumpidas en aguas internacionales. Y, a este respecto, hemos de decir que no nos parecen suficientemente fundadas las razones expuestas por el Tribunal de instancia para entender que la jurisdicción española carece de legitimidad para ello.

En efecto, si el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim.).

Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Conforme a este principio, el art. 23.3 LOPJ dispone que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando sean susceptibles de tipificarse conforme a alguno de los delitos enumerados en el citado artículo (entre los que no figura el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

Junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también configura el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieren los siguientes requisitos: 1) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado

o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por L.O. 11/1999, de 30.4).

El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales. A este principio responde el art. 23.4 LOPJ, en cuanto determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces [modificado por L.O. 11/1999, de 30.4, por la que se han incluido los delitos de corrupción de menores e incapaces]; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Delitos de mutilación femenina (conforme a la L.O. 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005); y, h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla “aut dedere auto iudicare”, si no se concediere la extradición.

Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta –como ya hemos dicho– que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general. (F. J. 3º)

En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta:

1º/ Que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la denominada Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), BOE. 29.9.2003 (ratificado por instrumento de 21.2.2002, BOE. 10.12.2003), junto con el “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (v. art. 1 de la Convención).

2º/ Que el citado Protocolo establece que “los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar” (v. art. 7) y determina que “todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda” (v. art. 8.7).

3º/ Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE, 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997), determina que “la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral”, y que “se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional” (v. art. 87.1), precisando que “cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque” (v. art. 91.1).

4º/ Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (BOE de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971), dice que “se entenderá por “alta mar” la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado” (v. art. 1), y declara que “estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía” (v. art. 2). “Todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolen su bandera” (v. art. 4). Además, se previene que “el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar” (v. art. 12.2).

De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de

que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado (“el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad” [v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982]).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (v. art. 318 bis 1º y 3º CP y art. 2 b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables –al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)- se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el art. 23.4 h) LOPJ. en relación con el art. 8.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los Organos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal». (F. J. 4º)

**LESIONES. Arrojar desde la distancia un vaso contra la cara de la víctima: concurso ideal entre lesiones dolosas e imprudentes.**

Recurso: Casación nº 912/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 269/2007 de fecha 29/03/2007

«...El motivo será estimado parcialmente. Desde el hecho probado declara que el perjudicado, al ver la agresión a un amigo suyo intervino en la pelea para separar a los contendientes, llegando a apartar al agresor quien se vuelve y arrojó un vaso que impactó en la cara del perjudicado. Destacamos del relato fáctico los verbos nucleares de quien describe la acción, arrojó e impactó, que indican una separación física entre agresor y agredido. Esa conducta de lanzar a distancia un vaso de cristal hace que la previsibilidad sobre el resultado de la acción pueda ser afirmada respecto a las lesiones traumáticas en la cara, concretamente en la zona periorbital, causantes de la deformidad típica del delito del art. 150 Cp., pero esa previsibilidad no puede ser afirmada de la misma manera con relación al resultado de pérdida de visión del art. 149.1, exceso que hace de aplicación, bajo las reglas del concurso ideal, el art. 150 del Código penal, lesiones con deformidad, y lesiones del 149 cometidos por imprudencia del art. 152.1.2 Cp.

Esta Sala, en un supuesto similar el presente, STS 887/2006, de 25 de septiembre, declaró: "Al efecto, parte de la afirmación de que existió dolo eventual. Y tiene razón, no hay duda, dados los términos en que se pronuncia el tribunal de instancia, cuando se refiere en los hechos a que la distancia que mediaba entre los contendientes era de 1,5 ó 2 metros y (en el primer fundamento de derecho) a que el inculpado lanzó el vaso a la zona del otro que le quedaba a la altura de su mano, y que, obviamente veía y que es la que recibió el impacto. Así pues, orientada la acción a incidir en una zona corporal tan vulnerable como el rostro del agredido, en términos de experiencia, había que contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia. Ahora bien, otra cosa es decir que el producido, en toda su notable gravedad, hubiera sido abarcado por tal previsión. Si no lo fue, el exceso, esto es, la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, concurriendo por tanto, en esta hipótesis, idealmente, un delito doloso de lesiones con otro causado por imprudencia.

Con apoyo en expresiva jurisprudencia de esta Sala (STS 693/1998, de 14 de mayo y 196/2005, de 22 de junio) razona asimismo el Fiscal que un acto como el enjuiciado, que hubiese tenido por consecuencia esperable un corte profundo con la secuela de cicatrices en el rostro del afectado, constitutivas de deformidad, debería haber llevado necesariamente a la aplicación del art. 150 Cp., por el ya indicado título de dolo eventual; algo que hace inadmisibles la conclusión del tribunal de instancia, de subsumir la acción que se examina - claramente dolosa y ocasionadora de un daño de los previstos en el art. 149, 1º Cp.- en el art. 152 Cp., como imprudencia.

Siendo así, es patente que lo correcto sería estimar que ya esas cicatrices en la parte más visible de la cara, causadas de ese modo harían aplicable el art. 150 Cp. Y el exceso, constituido por la pérdida del ojo hallaría forzoso encaje en

la previsión del art. 152.1.2º Cp., estando uno y otro delito en la relación que establece el art. 77 Cp".

El acusado, se dice en el hecho probado "arrojó un vaso de cristal a la cara impactando en el ojo izquierdo de José", lesión que se produjo cuando el perjudicado se acercó al acusado para separarle de la agresión que mantenía con un tercero. Como dijimos en el anterior fundamento de esta Sentencia el dolo de lesionar en el delito de lesiones del art. 149 va referido a la acción pues el autor conociendo o representándose que como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla se va o puede producir un resultado concreto de lesiones.

Consecuentemente procede estimar parcialmente el motivo opuesto resultando una condena por delito doloso de lesiones del art. 150 en concurso ideal con otro de imprudencia del art. 152.1.2 a la pena de tres años por el delito del art. 150 y de 1 año de prisión por los del art. 152.1.2, ratificando el resto de los pronunciamientos del fallo de la Sentencia impugnada no afectados por esta Sentencia». (F. J. 4º)

### **LESIONES. Concurrencia de delito doloso con otro de lesiones imprudentes. Concurso ideal.**

Recurso: Casación nº 1673/2005

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 887/2006 de fecha 25/09/2006

«Al efecto, parte de la afirmación de que existió dolo eventual. Y tiene razón, no hay duda, dados los términos en que se pronuncia el tribunal de instancia, cuando se refiere en los hechos a que la distancia que mediaba entre los contendientes era de 1,5 o 2 metros y (en el primer fundamento de derecho) a que el inculpado lanzó el vaso a la zona del otro que le quedaba a la altura de su mano, y que, obviamente veía y que es la que recibió el impacto. Así pues, orientada la acción a incidir en una zona corporal tan vulnerable como el rostro del agredido, en términos de experiencia, había que contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia. Ahora bien, otra cosa es decir que el producido, en toda su notable gravedad, hubiera sido abarcado por tal previsión. Si no lo fue, el exceso, esto es, la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, concurriendo, por tanto, en esta hipótesis, idealmente, un delito doloso de lesiones con otro causado por imprudencia.

Con apoyo en expresiva jurisprudencia de esta sala (STS 693/1998, de 14 de mayo y 196/2005, de 22 de junio) razona asimismo el Fiscal que un acto como el enjuiciado, que hubiese tenido por consecuencia esperable un corte profundo con la secuela de cicatrices en el rostro del afectado, constitutivas de deformidad, debería haber llevado necesariamente a la aplicación del art. 150 Cpenal, por el ya indicado título de dolo eventual; algo que hace inadmisibles la conclusión del tribunal de instancia, de subsumir la acción que se examina -claramente dolosa y ocasionadora de un daño de los previstos en el art. 149, 1º Cpenal- en el art. 152 Cpenal, como imprudencia.

Siendo así, es patente que lo correcto sería estimar que ya esas cicatrices en la parte más visible de la cara, causadas de ese modo harían aplicable el art. 150 Cpenal. Y el exceso, constituido por la pérdida del ojo hallaría forzoso encaje en la previsión del art. 152.1,2º Cpenal, estando uno y otro delito en la relación que establece el art. 77 Cpenal.

En la misma línea de razonamiento que obliga a considerar el asunto en la totalidad de sus posibles implicaciones normativas, es preciso preguntarse, en todo caso, si incluso la misma pérdida del ojo podría hallarse cubierta por el dolo eventual, supuesto en el que el del art. 149,1º Cpenal sería el único precepto aplicable, con el resultado de una pena comprendida entre 6 y 12 años de privación de libertad.

Llegado a este punto, el Fiscal toma en consideración otras sentencias de esta sala (SSTS 796/2005, de 22 de junio, 1760/2000, de 16 de noviembre y 1474/2005, de 29 de noviembre), relativas a casos que guardan notable parecido con el de esta causa, pero advierte que en ellos se trató de golpes producidos directamente con un vaso de cristal en el rostro de la víctima, y no mediante el lanzamiento, una modalidad de acción ésta en la que el resultado queda más abierto y, obviamente, su concreción es menos controlable por la voluntad del autor.

Es por lo que, teniendo en cuenta este dato y también las particularidades del contexto: una discusión entre jóvenes, debida a un motivo ciertamente banal, entiende y, en efecto, hay que entender que el imputado, de haber conocido o haberse representado *ex ante* un resultado de la gravedad del producido no habría obrado como lo hizo, que es por lo que hay que estimar que ese segmento del mismo fue debido a imprudencia.

Consecuentemente, y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones con deformidad (art. 150 Cpenal), en concurso ideal del art. 77 Cpenal con otro de lesiones imprudentes (art. 152,1,2º Cpenal)». (F. J. Unico del R. De R.B.L.)

## **LESIONES. Grave enfermedad.**

Recurso: Casación nº 1423/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 129/2007 de fecha 22/02/2007

«...A juicio del recurrente los hechos debieron ser subsumidos en el art. 149 del Código penal. El motivo parte del respeto al hecho probado discutiendo desde ese respeto la aplicación del derecho. El hecho probado declara que el condenado cogió una muleta la hace girar en el aire con la que trata de golpear a una persona que pudo esquivar el golpe, momento en el que "involuntariamente" alcanza al perjudicado que resultó con "traumatismo craneoencefálico, herida inciso contusas en region parietal temporal izquierda,

fractura hundimiento conminuta en la región fronto parietal izquierdo, desgarró de duramadre, contusión hemorrágica del parénquima cerebral subyacente a la fractura de los que tardó en curar 351 días.... Le quedan como secuelas: dos cicatrices arqueadas en la región temporal izquierda; cambio de personalidad postraumático, caracterizado por la tendencia a la irritabilidad y labilidad emocional; epilepsia postraumática que precisa medicación y que le ocasiona una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, estas dos últimas secuelas tiene carácter crónico". En la fundamentación de la sentencia, se afirma la subsunción en el delito de lesiones del 147, agravado por los medios peligrosos empleados y descarta la agravación por los resultados del art. 149, porque, con relación a la epilepsia, según informan los forenses "es una enfermedad crónica, no mental, que es tratada con fármacos y que incluso podría llegar a suprimirse, pasando el enfermo por fases de normalidad" y, con relación al trastorno de la personalidad "ha sido considerada como leve".

Con las anteriores premisas es preciso abordar la impugnación, teniendo en cuenta que en su análisis no puede pretenderse la adición de consideraciones fácticas, como realiza el recurrente, quien alude a las manifestaciones y resultancias de las periciales que obran en la documentación de la causa, pues, reiteramos, el motivo debe partir del respeto al hecho declarado probado.

El motivo es apoyado por el Ministerio fiscal que fundamenta la estimación con una argumentación basada en la incapacidad laboral declarada.

Aunque no se argumenta en este sentido, del tenor de la sentencia parece que la duda sobre la calificación se refiere a las secuelas consistentes en la epilepsia y en el trastorno de la personalidad postraumático que se declaran concurrentes en el perjudicado. A esa declaración fáctica ha de añadirse que el trastorno de la personalidad es leve y que la epilepsia, con ser una enfermedad grave y crónica, es susceptible de ser tratada farmacológicamente que podría llegar a suprimirse, pasando por episodios de normalidad.

Para la integración de la enfermedad en el concepto que pudiera ser de aplicación el de la grave enfermedad somática o psíquica, constatamos la falta de un criterio legal de interpretación lo que obliga a la adopción de un criterio estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto (STS 1299/2005, de 7 de noviembre). Como elemento normativo del tipo que requiere una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso (S.T.S. 442/01). También conforme al principio de proporcionalidad por el cual debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdidas de miembros, la deformidad grave, la impotencia, la esterilidad, que son los resultados típicos que el Código prevé como agravaciones por el resultado producido por la acción.

Con esas premisas abordamos la impugnación. Como dijimos en la STS de 27 de febrero de 2006, son tantas las variedades que ofrece esta enfermedad que no se debe hablar de epilepsia, sino de epilepsias. De ahí que en la praxis médica se afirme que la epilepsia es un concepto general para designar las crisis, elementales y de otro tipo, de origen diverso, entre ellas la que sufre el perjudicado, la postraumática producida por un traumatismo craneal. Desde el

plano de la imputabilidad del sujeto que la padece, numerosas sentencias han analizados sus efectos, desde la ausencia de acción, en los supuestos de brote epiléptico grave, de eximente completa, incompleta o de plena imputabilidad, en función de cada caso concreto y de las circunstancias concretas que en cada caso se produzcan. Como presupuesto fáctico de la agravación del art. 149 del Código penal, desde el hecho probado se constata que es una enfermedad crónica, de naturaleza neurológica que supone para el afectado el sometimiento a un tratamiento farmacológico, dirigido a la evitación de crisis, lo que comporta determinadas limitaciones en su vida, al tener que impedir concretos hábitos alimenticios. Además, desde el hecho probado se declara que ha sido causal de una incapacidad absoluta para el trabajo y aparece unido a un trastorno de la personalidad, caracterizado por la tendencia a la irritabilidad y labilidad emocional. Desde esta perspectiva fáctica resulta patente una afectación del cuerpo y mente del sujeto que afecta de manera importante al normal funcionamiento del organismo. Es cierto que, como informa la defensa del condenado en su impugnación, la incapacidad laboral no es un presupuesto de la aplicación del tipo agravado, pero es un elemento que ha de tenerse en cuenta para comprobar la intensidad y gravedad de la alteración de las funciones orgánicas producidas por la enfermedad.

La consideración de enfermedad crónica, la afectación física que comporta con el tratamiento dispensado y los cambios alimentarios y físicos que comporta, junto a la afectación a la estructura de su personalidad, en los términos que se declaran probados hace procedente la calificación de la lesión en los términos del art. 149 del Código penal». (F. J. 2º)

## **LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Entrada en vigor del art. 4.**

Recurso: Casación nº 192/2007

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 502/2007 de fecha 04/06/2007

«El art. 69 del CP que entró en vigor el 26-5-1996, ciertamente, dispone que: *"Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga"*.

Y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (BOE 11/2000, de 13 de enero de 2000), reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 4 prescribía: *"Régimen de los mayores de dieciocho años. 1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto"*.

Pero también es cierto que la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, **suspende** la aplicación de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.

Y, por su parte, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre Sustracción de Menores, reitera la suspensión hasta el 1-1-07.

Finalmente, el art. Único, apartado tres, de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 5-2-07, a los dos meses previstos desde su publicación en BOE 290/2006, de 5 de diciembre, **derogó definitivamente** el anterior texto del art. 4 de la citada LO, que queda redactado así; "*Derechos de las víctimas y de los perjudicados. El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.*

*De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.*

*Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.*

*Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.*

*En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.*

*Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente".*

La Exposición de Motivos de esta LO 8/2006 señalaba que "En cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir.

Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales".

Y concluía que: "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años".

Ante esta voluntad manifiesta e inconfundible del legislador de suprimir la posibilidad de ser sometidos los comprendidos entre 18 y 21 años a la Jurisdicción de Menores, el hecho de haber estado en vigor el texto hoy derogado en el corto periodo que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007, en nada abona por la posibilidad de tal enjuiciamiento de un hecho que fue cometido en enero de 2004, cuando el precepto que lo hubiera permitido estaba suspendido en su aplicación, que fue juzgado en octubre de 2006, cuando dicha suspensión se había renovado, y de cuya casación se conoce en mayo de 2007, cuando la derogación del precepto es definitiva.

Por ello, parece adecuado el criterio manifestado en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 5/2006, de 20 de Diciembre, según la que resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida *definitivamente* por el propio legislador mediante Ley orgánica sancionada y promulgada, pueda, sin embargo, por causa de un *craso error material*, producir efectos durante el periodo de *vacatio legis* de la propia ley que lo deroga.

Para la citada Circular la realidad social y los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC, so pena de incurrir en los supuestos de fraude ley previstos en el art. 6.4 CC, conducen a que se excluya la aplicación del art. 4 LORPM, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007. A tal efecto la suspensión ha de entenderse prorrogada tácitamente hasta que gane vigencia penal la nueva norma. Y se considera que la aplicación, aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, producirá efectos no previstos ni deseados por el legislador, que tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado». (F. J. 2º)

**LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. Inaplicabilidad del art. 4 derogado definitivamente por la L.O. 8/2006.**

Recurso: Casación nº 2193/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 508/2007 de fecha 13/06/2007

«...a) En primer lugar la entrada en vigor de dicho art. 4 LORPM fue suspendida por el propio legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera por un plazo de dos años (Disposición Transitoria Unica LO. 9/2000 de 22.12), y la segunda hasta el 1.2.2007 (Disposición Transitoria Unica LO. 9/2002 de 10.12).

b) En segundo lugar la nueva LO. 8/2006, deroga definitivamente la norma del art. 4 sustituyendo su redacción por otra distinta que nada tiene que ver con su anterior contenido, desapareciendo la posibilidad de aplicar dicha Ley a delitos o faltas cometidos por mayores de edad, y así se afirma en su Exposición de Motivos "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre 18 y 21 años".

c) En tercer lugar, tal como se argumenta por el Ministerio Fiscal en su informe de 20.2.2007, siguiendo la vía expositiva de la Instrucción nº 5/2006 de Fiscalía General del Estado "El mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo; mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entra formalmente en vigor el 5.2, la moratoria de la vigencia del art. 4, en su anterior redacción otras veces suspendida, concluyó antes, el 1.1. Se trata, por tanto de determinar si durante el periodo que media entre ambas fechas -poco más de un mes- podría haber lugar a la aplicación efectiva, transitoria o incluso retroactiva, de la redacción original del citado artículo, y por tanto a la extensión de los efectos de la LORPM a delitos y faltas cometidos por jóvenes entre 18 y 21 años".

En una primera aproximación , resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida "definitivamente" por el propio Legislador mediante LO. sancionada y promulgada, pueda sin embargo producir efectos durante el periodo de vacatio legis de la propia Ley que lo deroga.

Las conclusiones que se redactan en la referida Instrucción, precisan:

1º La derogación del art. 4 de la LO. 5/2999 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante LO. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la LO. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2º La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3º Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

d) Y por último en cuarto lugar y aunque hipotéticamente se admitiera la posibilidad de aplicación del referido art. 4 LO. 5/2000, no concurriría el requisito previsto en su apartado 2º.1ª: "que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas", calificación jurídica que no podría predicarse de un delito contra la salud pública de las personas, sustancias que causan grave daño a la salud, art. 368 CP. que permite una pena de prisión de hasta 9 años, delito, por tanto, grave conforme a los arts. 13.1 y 33.2 a) CP». (F.J. 1º)

### **MALVERSACIÓN IMPROPIA DE CAUDALES. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 988/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 121/2007 de fecha 14/02/2007

«...Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el delito de malversación impropia exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) La existencia de un proceso judicial o administrativo.
- b) Que en él, y por la autoridad competente se haya acordado el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica.
- c) Que haya sido designada depositaria una persona concreta a la que se le hace entrega de los bienes concernidos en concepto de depositario, documentándose en legal forma la constitución del depósito.
- d) Que el depositario haya aceptado el cargo, también en legal forma y de manera documentada, y asimismo que haya sido instruido de las obligaciones inherentes al cargo y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento.

e) Que con posterioridad, el depositario efectúe un acto de disposición sobre los bienes embargados de los que es depositario. Este acto de disposición puede ser directo, es decir en forma comisiva o también puede ser por omisión, pero en connivencia con el autor material.

Así como en la acción por comisión se está en presencia de un dolo directo, en la forma omisiva, el dolo queda definido por el conocimiento de la de sustracción, por un tercero unido al concierto con esa tercera persona. Resulta relevante recordar que ha desaparecido la figura culposa de la malversación propia o impropia contenida en el antiguo artículo 395 Cpenal de 1973.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS de 9 de Febrero de 1996, 22 de Abril de 1997, 24 de Septiembre de 1998, 9 de Marzo de 1999 ó 654/99 de 27 de Abril. Más recientemente, se puede citar la STS 1564/2005 de 4 de Enero. En relación a la malversación impropia por omisión STS nº 1362/02 de 2 de Febrero.

Como señala la STS 654/99 ya citada, el delito de malversación impropia descansa sobre dos ficciones:

a) La de que el depositario nombrado, en virtud de dicho nombramiento quede asimilado a la condición de funcionario público, y

b) Que de igual forma, los bienes depositados aún siendo privados queden, también, asimilados a bienes o caudales públicos.

Como de esta doble asimilación se derivan graves consecuencias para el depositario, se exige que cuando preste su consentimiento para la aceptación del cargo, (pues no es de obligada aceptación), debe tener un consentimiento informado al respecto, es decir debe saber las obligaciones en que incurre derivadas de la doble ficción que se deriva de su condición de depositario.

El punto esencial del debate propuesto por el recurrente se refiere al ámbito y extensión de las obligaciones en que incurre, y muy en concreto si debe ser instruido de las responsabilidades de índole penal que le podrían acarrear en caso de incumplimiento. Sin desconocer que existen algunas sentencias que se inclinan por la expresa constancia documental de que fue instruido de incurrir en responsabilidades penales en caso de incumplimiento -- SSTS de 6 de Febrero de 2003 y 4 de Enero de 2005--, otras no exigen tal precisión, bastando, al respecto con la expresa cita de poder incurrir en las responsabilidades derivadas del quebrantamiento de su obligación de conservar los bienes embargados de los que es depositario, los que están afectos al resultado del procedimiento en el que se han embargado.

Es en este aspecto donde la extensión de éste "*consentimiento informado*" puede relacionarse con el error de prohibición al que se refiere el recurrente.

El error de prohibición supone la ausencia de responsabilidad en el sujeto concernido porque ignora el carácter antijurídico de su actuar, supone un error

sobre la antijuridicidad de su acción, evidentemente el conocimiento de la ilicitud de su actuar no exige un cabal y completo conocimiento de todas y cada una de las consecuencias en que podía incurrir, bastando con que como consecuencia de formar parte de la ciudadanía, siendo partícipe de la comunidad de cultura en la que ha surgido la norma jurídica concreta como expresión de la voluntad colectiva formada en sede parlamentaria, participe de la misma convicción social de que dicha norma debe ser obedecida, y por tanto, asumiendo la sanción en caso de incumplimiento». (F. J. 2º)

### **PENALIDAD. Fijación de la multa.**

Recurso: Casación nº 716/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«3. 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. 19º)

### **PENALIDAD. Individualización. Falta de motivación. Subsanación en casación.**

Recurso: Casación nº 11098/2006 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 322/2007 de fecha 10/04/2007

«...Conocida es de todos la reiterada doctrina de esta sala que exige una motivación concreta, en justificación de la pena impuesta, cuando esta se separa del mínimo legalmente previsto por el legislador, en aplicación de lo que de

modo genérico exige ahora el art. 72 CP y en particular las diferentes reglas del art. 66 y otras.

Hay ciertamente infracción de ley denunciable en casación cuando se omite la mencionada motivación, a lo que equivale el utilizar, como aquí se hizo, expresiones de carácter genérico, esto es, aplicables a cualquier caso. Se trata de individualizar la pena, esto es, de ajustarla a las particularidades concretas del hecho a sancionar.

En el supuesto presente nos hallamos ante un delito en el que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que es aplicable la mencionada regla 6ª del art. 66 CP, que permite aplicar la pena establecida por la ley en la extensión que se estime adecuada “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

La ley no solo nos dice que hay que razonar sobre la cuantía o duración específica de la pena, sino que nos concreta los criterios que hemos de seguir al respecto. Nada de esto cumple la sentencia recurrida. Existió ciertamente la aquí denunciada infracción de ley.

En tales casos esta sala del Tribunal Supremo puede devolver las actuaciones al órgano de la instancia para que dicte una nueva sentencia a fin de subsanar la citada omisión. No obstante, lo habitual es que nosotros, en aras de las exigencias propias del principio de economía procesal y para evitar dilaciones, procedamos a determinar aquí la pena a imponer, máxime en un supuesto como este en el que uno de los condenados se encuentra en situación de prisión provisional.

Veamos qué pena de prisión acordamos al respecto.

Nos encontramos ante un delito relativo a tráfico de drogas en el que la policía ocupó sustancias de las dos clases previstas en el art. 368: a) hachís en cantidad total de 1666 gramos, que pertenece al grupo de las que no causan grave daño a la salud; y b) cocaína en cantidad de 32 gramos y 112 miligramos de una pureza del 27,9%, que es de los estupefacientes que causan grave daño a la salud.

Con relación al hachís, se trata de una cuantía importante, aunque no alcance los 2,5 kilogramos necesarios para aplicar el tipo cualificado de la notoria importancia. En todo caso el máximo de pena de prisión a imponer conforme al inciso 2º de tal art. 368 habría de ser el de tres años.

Con referencia a la cocaína, la prisión correspondiente (inciso 1º) es la de tres a nueve años. Una cantidad tan pequeña, sin circunstancia agravatoria alguna, habría de merecer, si no el mínimo, sí una pena próxima a ese mínimo.

Cuando en una misma intervención policial se ocupan drogas de las que causan grave daño junto a otras que no lo causan, es obvio que ha de sancionarse el hecho por el tipo más grave de los dos (art. 8.4ª CP). Es decir,

aquí habríamos de imponer, en consideración a la cocaína aprehendida, una privación de libertad cercana a tales tres años.

Pero es claro que también hay que tener en cuenta esa otra cantidad de 1666 gramos de hachís, lo que justifica el que acordemos sancionar estos hechos con una privación de libertad de 4 años.

Esto utilizando solo el 2º de los dos criterios de la referida regla 6ª del art. 66, la mayor o menor gravedad del hecho, pues las circunstancias personales que conocemos de cada uno de los dos acusados han de considerarse irrelevantes a la hora de individualizar la pena de prisión

En cuanto a la pena de multa, nada nos dicen los recurrentes. Sin duda porque se impuso casi en el mínimo legalmente permitido (del tanto al triplo del valor de la droga).

Se valoró lo ocupado en 8030 euros y se sancionó con 10.000». (F. J. 5º)

### **PENALIDAD. Una pena más grave –procedente- sería un obstáculo para la atención a la víctima.**

Recurso: Casación nº 476/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1/2007 de fecha 02/01/2007

«...entiende este Tribunal que, en el presente caso, la principal exigencia de la justicia debe ser, sin la menor duda, la atención a la víctima (el resarcimiento económico de Doña Visitación), para lo cual podría constituir un obstáculo la imposición al acusado de una pena más grave, en cuanto ello pudiera afectar negativamente a las posibilidades de hacer frente el mismo a su obligación de indemnizar a la víctima (v. art. 80 C. Penal). De ahí que se estime procedente la desestimación de este motivo, exclusivamente, con la finalidad indicada, con objeto de no limitar las facultades del Tribunal que ha de llevar a cabo la ejecución de la sentencia (v. art. 985 y 986 LECrim.), el cual deberá tomar las decisiones oportunas, desde la perspectiva indicada, ponderando a tal fin el conjunto de circunstancias concurrentes». (F. J. 3º)

### **PRESCRIPCIÓN. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 1155/2006

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 25/2007 de fecha 26/01/2007

«Esta sala, en STS 672/2006, de 19 de junio, ha declarado que “los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS 138/1999, de 8 de octubre). Así se ha confirmado que si los hechos constituyen definitivamente una falta, el

plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, es el señalado por la ley a las faltas (STS 1444/2003, de 6 de noviembre)». (F. J. 1º)

## **PRESCRIPCIÓN. En contrabando.**

Recurso: Casación nº 98/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1146/2006 de fecha 22/11/2006

«...la calificación jurídica efectuada en la sentencia recurrida, delito contrabando, previsto y penado en los arts. 2.1 d, 2.1 h), 2.3b, 3 y 5 LO. 12/95 de 12.12, correspondientes a los arts. 1.8, 2.1 y 2 y concordantes LO. 7/82 de 13.7, vigente en la fecha de los hechos, le corresponde una pena de 6 meses a tres años, al establecerse en la Disposición Transitoria única de la Lo. 12/95 la retroactividad de la Ley penal más favorable y preverse en la Disposición Transitoria Undécima CP. 1995, la sustitución de la pena de prisión menor por la de prisión de 6 meses a tres años, el plazo prescriptivo será de tres años, conforme el art. 131.1 en relación a los arts. 13.2 y 33.3 a) CP. plazo que habría transcurrido con exceso entre el auto de la Audiencia Provincial de 17.3.94, hasta la providencia de 3.2.99, señalando el juicio oral para el 1.7.99, por cuanto la única resolución judicial dictada fue el auto de 31.1.96, que declaró no haber lugar a la enajenación del barco intervenido, e incluso entre la providencia de 16.4.2002.

Cierto es que la paralización de la causa ha de ser seguida o continuada durante el periodo temporal normativamente establecido y que cada nueva interrupción hace nacer el termino inicial, en tanto no determine su suspensión, pero no es menos cierto que esta Sala ha venido interpretando el termino paralización en términos extensivos por reo y en este sentido ha de tenerse en cuenta que solo tienen virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladores de que la investigación o el tramite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis Unicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción (STS. 8.2.95). El cómputo de la prescripción, no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. Las SSTS. de 10 de julio de 1993 y 644/97 de 9.5, advierten que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de la prescripción.

En conclusión, aquellas decisiones judiciales que no constituyen efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables no producen efecto interruptor alguno (STS. 758/97 de 30.5). Por ello las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil o relacionadas con ella carecen de virtud interruptora respecto de la acción penal. Cualesquiera que sean las responsabilidades pecuniarias a que en la pieza separada se provea resulte evidente que tales diligencias, accesorias de las genuinamente penales, no

integran propiamente el ejercicio de la acción penal contra el culpable. Según las SS. 21.9.87 y 10.2.89, las diligencias efectuadas en la pieza de responsabilidad civil no obstaculizan el hecho básico de la paralización en cuanto a la persecución de los hechos delictivos, lo que sería de aplicación al auto de 31.1.96, sin olvidar que entre esta fecha y la providencia de 3.2.96, señalando juicio oral para el 1.7.99, en todo caso, habrían transcurrido, los tres años del plazo prescriptivo. (F. J. 2º)

...En efecto la jurisprudencia que se recoge en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia recurrida en orden a que la paralización del juicio debido a necesidad de guardar turno por el señalamiento no se computa a efectos de prescripción porque no hay situación propiamente dicha de paralización, sino una dilación exigida por la necesidad de ordenar el trabajo de un determinado órgano judicial, la prescripción no opera, pues, cuando la paralización del procedimiento se debe a que las actuaciones se hallan pendientes de señalamiento, considerándolo en relación al volumen de trabajo del Juzgado (SSTS. 19.1.81, 7.2.91, 5.10.92, 6.6.92, 18.12.92, 1135/2002 de 17.6 y SSTC. 29.11.90, 28.1.91, 25.11.91), que establecen la doctrina relativa a que la paralización del procedimiento, o su retraso en la tramitación, no es tal paralización a efectos de prescripción cuando no es imputable al Juzgado por exceso de asuntos pendientes, no resulta de aplicación al caso presente, por cuanto debe interpretarse en el sentido de que resolución acordando esa espera para el señalamiento tiene efectos interruptores del plazo prescriptivo pero lo que no resulta admisible es que el nuevo plazo prescriptivo transcurra en su totalidad desde aquella resolución sin que durante dicho lapso de tiempo -no olvidemos 5 años- por la Audiencia se haga referencia alguna a la subsistencia de las necesidades de la Sala de ordenar los distintos señalamientos pendientes, a lo que podría añadirse incluso en cuanto a entender prescrito el delito el plazo transcurrido entre la providencia -del Juzgado de Instrucción de Noya- de fecha 16.4.2002, remitiendo la causa de nuevo a la Audiencia y la celebración del juicio el día 26.9.2005, por cuanto la providencia inicial de la Sala de 2.2.2005, y las sucesivas de 16.3 y 12.5.2005, señalando fecha para la celebración del juicio oral, que tuvo lugar el 26.9.2005, podrían considerarse diligencias inocuas a efectos de la interrupción del plazo preceptivo.

La estimación del motivo conlleva que como el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal, la estimación de una causa extintiva de la responsabilidad penal, cual es la prescripción del delito, impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los Tribunales ordinarios». (F. J. 3º)

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Acceso a material clasificado como secreto.**

Recurso: Casación nº 1414/2005  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 921/2006 de fecha 26/09/2006

«...Por lo tanto, ha de decirse que, con carácter general, el Juez de instrucción está obligado a investigar los delitos que se le denuncien en función de los datos que lleguen a su conocimiento. En segundo lugar, que para incorporar al proceso datos desconocidos hasta entonces o para acreditar los ya conocidos, no puede acceder directamente a material clasificado como secreto sin obtener previamente un acuerdo de desclasificación, sin perjuicio de la posibilidad de revisión jurisdiccional de la decisión que lo deniegue. En tercer lugar, que, en este caso, el material utilizado en la sentencia condenatoria no puede considerarse incluido dentro del clasificado como secreto, pues se refiere, en lo que interesa, solamente a la ejecución de una conducta delictiva que excede las funciones encomendadas y a la persona del responsable, que además ha confesado los hechos. Y en cuarto lugar, que en el caso, la utilización de esos datos, en la medida en que han sido relevantes para el dictado de la sentencia que se impugna, por las mismas razones ya apuntadas no puede causar la nulidad de lo actuado». (F. J. 1º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Deber de motivación fáctica.**

Recurso: Casación nº 715/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1200/2006 de fecha 11/12/2006

«...En el caso que nos ocupa no puede cuestionarse el proceso valorativo, por cuanto, como bien apunta el Mº Fiscal, no existió. El tribunal de instancia no ha analizado ni conmensurado el alcance probatorio del material legítimo de este orden con el que contó, por lo que no puede calificarse de arbitrario, provisional o erróneo tal juicio que "no emitió" sobre la capacidad de las probanzas que deben acreditar cada uno de los elementos tipológicos de carácter objetivo del delito imputado y de la participación en él del acusado.

Este juicio sobre la prueba, presupuesto para calibrar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, no debe alcanzar a los contenidos de conciencia, en nuestro caso al dolo, cuya concurrencia ha de provenir de un juicio inferencial emitido en la fundamentación jurídica, aunque también deben reseñarse los datos fácticos de carácter objetivo de los que se ha partido para obtener una determinada conclusión sobre el propósito o intencionalidad del sujeto agente.

En la causa se hace referencia en el fundamento jurídico segundo que "*es autor de dicho delito Francisco Julio de Castro Lobato por su participación voluntaria, material y directa en los hechos. La testifical, pericial y documental practicada acreditan tal autoría*".

A pesar de tal afirmación, más propia de una frase exteriorizada, ni se desarrolla ni se alude, como impone el art. 120-3 C.E., a los aspectos probatorios que acreditaron los hechos (motivación o juicio sobre la prueba) a excepción de unas inconcretas referencias, más bien descriptivas, a determinadas facturas existentes. La prueba testifical, podría hacer referencia al

testimonio del perjudicado y la pericial sería la que cuantifica los perjuicios sufridos.

4. Ante tal situación deficitaria en la imperativa motivación que deben contener las sentencias, el M<sup>o</sup> Fiscal se plantea la alternativa sobre las formas de estimación de la pretensión impugnativa, distinguiendo situaciones, por un lado, aquéllas en las que se acredite la concurrencia de prueba legítima de cargo para sustentar una condena o que la prueba existente ha sido arbitrariamente valorada, y por aquéllas en las que no se efectúa una valoración de la prueba.

En nuestro caso, el tribunal de origen se extiende y argumenta adecuadamente sobre el juicio subsuntivo o aspectos jurídicos del proceso, pero omite un valoración probatoria justificativa de que los elementos del delito y la participación del autor tiene su soporte en pruebas legítimas, capaces de justificar el tenor de la sentencia.

Ello no significa que no hayan existido tales pruebas, como puede colegirse del acta del juicio.

De ahí que la opción del M<sup>o</sup> Fiscal de apoyo al motivo se inclina por la vulneración del derecho, como un déficit motivacional de la sentencia, que integra un quebrantamiento de forma, puesto que se ha sustraído a las partes y a este Tribunal de casación la posibilidad de ponderar si las pruebas existentes (contenido y valor probatorio) han sido correctamente valoradas en un juicio crítico, no contrario a las reglas de la lógica y del criterio humano.

El motivo examinado habrá de estimarse, decretando la nulidad de la sentencia, para que el mismo tribunal que la dictó y partiendo de los hechos probados redacte de nuevo los fundamentos jurídicos, incluya el juicio sobre la prueba analizada, explique el valor probatorio de las existentes y haga las inferencias oportunas al objeto de posibilitar a las partes el control casacional del derecho a la presunción de inocencia, absolviendo o condenando según proceda». (F. J. 2<sup>o</sup>)

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración de víctima menor que se retracta en el juicio. Posibilidad de valorar el primer testimonio incriminatorio para fundar la condena.**

Recurso: Casación n<sup>o</sup> 1954/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: n<sup>o</sup> 303/2007 de fecha 10/04/2007

«..Para enervar la presunción de inocencia del acusado, la Sala sentenciadora de instancia analizó la declaración de la víctima, con los ya clásicos parámetros de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud en la prestación del testimonio y persistencia en el mismo, dotándole de aspectos externos y objetivos que lo corroboran. En efecto, el Tribunal “a quo” escuchó la declaración de la víctima, de los testigos y se atuvo al dictamen pericial de los

peritos que comparecieron en el plenario. De tales datos, entresaca dicho Tribunal un aspecto de una solidez argumental indiscutible: queda probado en autos que la víctima padeció un contagio sexual de una enfermedad infecciosa que precisamente portaba el acusado: el aludido condiloma acuminado; condilomas del mismo tipo que los condilomas del acusado, enfermedad que solamente puede transmitirse manteniendo relaciones sexuales, dato éste proporcionado por los médicos forenses. A ello, se unen las sucesivas manifestaciones de la menor, tanto a presencia de las peritos psicólogas, como ante la médico forense, así como ante el juez de instrucción, en todas las cuales se detecta claridad, coincidencia y persistencia en la incriminación. Únicamente se retracta en el acto del juicio oral, y ante ello, la Audiencia Provincial no le otorga credibilidad, retractación que descansa en una especie de venganza por haber golpeado el acusado a su madre (a la altura de la nariz), de la que no existe hasta ese momento mayor acreditación probatoria, y al hecho de imputar a un tercero los abusos, cuando no se ofreció el más mínimo dato que determinara una cierta verosimilitud de tal imputación sorpresiva, con respecto a la identificación del mismo. Además, el Tribunal de instancia, descansa su convicción en el hecho de haber reconocido la menor que había hablado con su madre antes de entrar al juicio, y que “ésta le había entregado dinero y un [teléfono] móvil”. Dicho Tribunal es crítico con las declaraciones incriminatorias de la menor, y no le otorga, sin embargo, credibilidad a otro aspecto acusatorio, como es de ver en la resolución judicial recurrida.

En suma, de los datos obrantes en autos, queda patente el Atestado con la denuncia, en concurso con el Centro de Atención a la Mujer de la Txantrea-Andraize, de Pamplona, los informes periciales psicológicos, la declaración (exploración) judicial de la menor de edad (folios 55 y siguientes), en donde declara que no ha tenido relaciones sexuales con amigos, el informe pericial del la médico forense (folio 26), el informe médico forense correspondiente al acusado (folio 28), en donde se analiza el condiloma que padece, el contundente informe pericial sobre anatomopatología del condiloma acuminado, el informe psicológico sobre la credibilidad de la menor (folios 60 y siguientes), en donde arroja un “probablemente creíble”, la comparación de los condilomas acuminados entre los que porta el acusado José Augusto Padrao Afonso y la menor Lucía Sofía (folios 77 y 78), en donde se aprecia la transmisión sexual y la fundada sospecha de abusos sexuales en el ámbito familiar.

La doctrina de esta Sala Casacional acerca de la retractación (como es de ver, entre otras, en STS 75/2006, de 3 de febrero), en orden a la valoración probatoria, la STS de 16 de octubre de 2001, ya declaró que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y el Tribunal puede contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia. Lo que se ratifica en la STS 332/2004, de 11 de marzo, referida ésta a un procedimiento por Jurado, declarando que es de aplicación a éste lo que con carácter general se dispone en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También es el caso de la STS 106/2004, de 29 de enero, en donde el acusado reconoció el

hecho por carta remitida a la autoridad judicial (en el caso, el recurrente), en la cual reconocía que la droga intervenida en el lugar de autos era de su propiedad, tratando de exculpar a los otros acusados, «y, si bien en el juicio oral en el que esta prueba fue objeto de debate contradictorio manifestó haber firmado dicha misiva bajo amenazas de Cecilia –que rechazó en su declaración esta afirmación–, la valoración de unas y otras manifestaciones corresponden en exclusiva al Tribunal sentenciador ante el que se efectúan al tratarse de la ponderación de la credibilidad como elemento esencial para formar la convicción sobre el punto fáctico debatido». En el mismo sentido, la STS 722/2002, de 26 de abril, razona a estos efectos: «es cierto que en el acto del juicio oral este acusado, aunque admitió haber sacado la navaja, negó haber pinchado con ella al lesionado, pero no lo es menos que el Tribunal, contrastando lo que oyó en aquel acto con lo anteriormente manifestado, pudo sacar la conclusión de que la verdad estaba en las primeras declaraciones –producidas con las debidas garantías– y no en la última, sin que a ello fuese óbice que el lesionado no reconociese en la instrucción a su agresor, ni en las fichas fotográficas que le fueron exhibidas en la Comisaría ni en la diligencia de reconocimiento en rueda que se practicó en el Juzgado, a causa –según honradamente manifestó– de la rapidez con que se sucedieron los hechos que sólo le permitió apreciar la cicatriz que el mismo tenía en la frente».

En suma, la Jurisprudencia de esta Sala, tiene declarado reiteradamente que el ámbito del conocimiento de la Sala de Casación en relación al derecho a la presunción de inocencia, se centra exclusivamente en la constatación de prueba de cargo, esto es, en los aspectos fácticos relativos al delito imputado y a la participación en ellos del acusado, quedando extramuros de la casación la valoración que haya efectuado la Sala sentenciadora, valoración que en exclusiva sólo le corresponde a aquella virtud de la inmediación y contradicción que tuvo, como se recuerda en el artículo 741 LECrim (STS de 10 de mayo de 1999). La presunción de inocencia sólo puede aceptarse cuando de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, bien por falta de pruebas, bien por haber sido obtenidas éstas de manera ilícita, o irracionalmente valoradas, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas de cargo o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria (STS de 25 de mayo de 1999). También se ha dicho que no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del derecho penal (Sentencia citada: 75/2006). El Derecho penal no es disponible por la víctima (art. 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por las razones expuestas, procede la desestimación del motivo, pues la retractación de la víctima puede ser considerada, y a menudo lo es por la jurisprudencia de esta Sala, como un intento de exculpación, que tendrá el efecto probatorio que los jueces «a quibus», con la garantía de la inmediación, hayan concedido a la misma, siempre que su discurso se encuentre suficientemente razonado». (F. J. 2º)

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Insuficiencia de testimonio de la víctima no ratificado en el juicio y no introducido en plenario mediante su lectura.**

Recurso: Casación nº 1813/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 306/2007 de fecha 18/04/2007

«...El Tribunal sentenciador expone en la motivación fáctica de la sentencia los elementos de prueba que han formado su convicción sobre la cuestión. Señala a tal efecto la declaración en el juicio oral de la novia del agredido, Raquel, que afirmó que su novio recibió tal patada por parte de Diego Gómez. Sin embargo, es el mismo Tribunal quien reduce la eficacia incriminatoria de este testimonio al reseñar que el mismo "pudiera ser interesado", lo que refleja un severo déficit de la credibilidad que la declarante merece al Tribunal y que se traduce necesariamente en una clara insuficiencia de esa prueba para declarar acreditado el hecho. Menciona también la sentencia la declaración de uno de los partícipes en la reyerta colectiva, el cual manifiesta que vio al acusado en ademán de propinar una patada a Diego Sanz, pero que no vio que impactara en éste ni dónde. Se trata también de un elemento probatorio de muy dudosa relevancia como prueba de cargo cuando el escenario de los hechos nos muestra una confusa pelea entre varios jóvenes con puñetazos, patadas y golpes variados recíprocamente propinados y recibidos, siendo, además especialmente significativo que el gesto apreciado por el testigo no viniera seguido de la reacción propia de quien sufre un fuerte golpe en la zona testicular -tan fuerte como el causante de los resultados lesivos acaecidos-, como caer al suelo, quejarse, etc.

De hecho, la insuficiencia de estas dos pruebas testificales es tan manifiesta, que el Tribunal constituye en la prueba de cargo fundamental la declaración de la víctima prestada en fase de instrucción (F. 7) en la que señala al ahora recurrente como el que le propinó la patada. Esta manifestación podría haber sido suficiente para vencer el derecho a la presunción de inocencia del así imputado si el deponente la hubiera ratificado en el acto del juicio oral, pero lo cierto es que no lo hizo, pues en dicho acto se limitó a no declarar nada.

Es importante señalar que con respecto a lo que constituye el objeto de este recurso, la víctima de la concreta agresión determinante de las lesiones sufridas tiene la condición de testigo y que en dicha calidad tiene la obligación de declarar y responder a las preguntas que se le formulen en el juicio oral, a diferencia del que declara en condición de acusado. En cualquier caso, el silencio de uno u otro no puede ser interpretado como una ratificación de las manifestaciones incriminatorias efectuadas en fase sumarial. Para poder ser valoradas como prueba de cargo, es imprescindible que se reproduzcan en el plenario por la vía del art. 714 L.E.Cr., de manera que tales manifestaciones puedan ser objeto del debate procesal, de la controversia y contradicción propias de una prueba inculpatoria. Pero esta exigencia no se cumplimentó en el caso que examinamos, dado que la propia sentencia expresamente deja constancia de que "su declaración durante la instrucción tampoco se leyó", tal y como requiere el citado art. 714 L.E.Cr.

Es verdad que la doctrina de esta Sala permite la aplicación de este precepto -y, por ende, la valoración como prueba de cargo de la declaración incriminatoria realizada en la instrucción- no sólo en los estrictos términos establecidos en la disposición legal (mediante la lectura de ésta a petición de

cualquiera de las partes), sino también cuando, de algún modo se incorpore al debate del plenario, normalmente a través del interrogatorio de quien declaró sobre el contenido de aquellas manifestaciones, pero también ha establecido que ello tiene que estar debidamente acreditado en el acta del juicio (véanse, entre otras, SS.T.S. de 11 de febrero y 4 de abril de 1.992, 24 de marzo de 1.994, 4 y 8 de febrero de 1.997 y 3 de octubre de 1.998).

Pues bien, en nuestro caso, ni hubo lectura ni consta en el acta del juicio la más mínima referencia o mención a las declaraciones de la víctima efectuadas en fase sumarial.

De las consideraciones expuestas no cabe inferir otra conclusión que la de que la autoría de la acción delictiva que la sentencia atribuye al ahora recurrente no está fundamentada en prueba de cargo válidamente obtenida y con suficiente carga incriminatoria, por lo que el motivo debe ser estimado, casándose y anulándose la sentencia impugnada y dictándose por esta Sala una segunda en la que se declare la absolución del recurrente». (F. J. 2º)

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante policía. Pleno no jurisdiccional de 28-11-2006. Testimonio de referencia de los policías y del letrado.**

Recurso: Casación nº 10248/2006 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1215/2006 de fecha 04/12/2006

«...el reciente **Pleno no jurisdiccional** de esta Sala, celebrado en **28-11-06**, acordó: "*admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*".

**E)** Además de lo dicho, cabe añadir, saliendo al paso de las **objeciones** que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva *imparcialidad*, ante la imposibilidad -que se apunta- de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable *presunción* de generalizado *perjurio* y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración.

Y, en segundo lugar, que los mencionados testigos de referencia *no suplantán* al autor de la declaración, si este se encuentra a disposición del Tribunal (en el sentido de las STS nº 829/06, de 20 de julio; nº 640/2006, de 9 de junio; o nº 332/2006, de 14 de marzo), pues el órgano de instancia no deja de valorar, mediante la percepción inmediata del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado, las manifestaciones del procesado, aunque fueran parcial o totalmente evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido.

El acceso al juicio oral de las declaraciones de referencia trata de no cercenar las posibilidades valorativas que el art. 117.3 CE y el art. 741 LECr. atribuyen al Tribunal de instancia, de modo que, como señala la STS nº 1091/2006, de 19 de octubre “conviene recordar que el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás”, siempre que -añadiríamos nosotros- se ajusten a las exigencias constitucionales y legales, descartando toda indefensión. Lo que es el caso que nos ocupa». (F. J. 2º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Acto secreto.**

Recurso: Casación nº 626/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1276/2006 de fecha 20/12/2006

«..Criterio reiterado en SS. 14.11.2005 y 830/2006 de 21.7, "la negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2.001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes". Y en STS. 126/2005 de 31.10, "el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio». (F. J. 6º)

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Acto valorable.**

Recurso: Casación nº 10153/2006 P  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1208/2006 de fecha 18/12/2006

«...Ha de tenerse en cuenta, además, la trascendencia que ostenta el hecho de que los acusados no se retractasen de sus anteriores declaraciones en

el acto del Juicio oral, sino que tan sólo se acogieran a su derecho constitucional a guardar silencio.

Y es que, en modo alguno puede convertirse el ejercicio de un derecho constitucional en medio para la autoincriminación de quien lo ejercita, pero sí que conviene matizar que, mientras que en la fase de investigación del delito, ese derecho a no declarar actúa con plenos efectos y de su ejercicio, en ese momento, no cabe extraer consecuencia probatoria alguna, salvo en los casos y con las circunstancias referidos con anterioridad, cuando el silencio se produce en el Plenario, ante el Tribunal de Enjuiciamiento, que ya dispone de pruebas de cargo aportadas por la Acusación y que, en una u otra medida o eficacia, inculpan al acusado, el silencio de éste, plenamente subsistente en el sentido de que en modo alguno puede ser obligado a romperlo, sí que cabe, no obstante, que sea valorado cuando menos como una ausencia de versión exculpatoria que el propio acusado, en uso de su derecho y por las razones que considere convenientes, decide hurtar a quien le juzga.

De forma, por tanto, muy significativa, en supuestos como el presente en el que, como hemos dicho, no se trata propiamente de identificar unos elementos acreditativos autosuficientes para fundamentar válidamente la condena, sino de apreciar corroboraciones objetivas que complementen y otorguen confianza de verosimilitud a la verdadera prueba de cargo, que en este caso y como hemos visto no es otra que las declaraciones de los coimputados, actúa la precedente matización, abriendo la vía al examen, a los indicados efectos, de la declaración inicial, que no fue expresamente rectificada en el Juicio.

Proclama la STS de 14 de Noviembre de 2005:

*“La negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes.*

*En este sentido, esta Sala ha reiterado que "no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas ya practicadas ..." (Vid STEDH Caso Murray de 8.6.96 y Caso Condrom de 2.5.2000 y STC 137/98, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio).*

*En definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una*

*explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas (véase SSTS de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002).*

*Este criterio se sustenta también en la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas presentadas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria (TC 220/1998, FJ 4, por todas) o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio. Por lo demás, sin perjuicio de la razonabilidad de la valoración de la negativa inicial a prestar declaración, la condena se ha fundamentado en otras pruebas de cargo válidas que el demandante no ha cuestionado y a cuya valoración judicial, por no ser arbitraria ni irrazonable, nada cabe oponer en amparo (véase STC de 24 de julio de 2000).”*

En este sentido, hemos de traer de nuevo también aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citada en la Sentencia de esta Sala de 8 de Mayo de 2003, al afirmar:

*“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Murray contra el Reino Unido, de 08/02/96, ya señaló que la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna, es decir, ello equivale no sólo a valorar las alegaciones exculpatorias sino también el silencio del acusado como un elemento o indicio corroborador o periférico (S.S.T.S. 918/99, 554 y 1755/00 o 45/03). Lo que evidentemente no es posible es construir el método indiciario sólo a base de las manifestaciones autoexculpatorias del acusado, aún entendidas como inverosímiles o ilógicas, lo mismo que el silencio, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos aquéllas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar éstos. La S.T.S. 1443/00 ha señalado, con cita del referido caso Murray y caso Condrom de 02/05/00, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S.T.C. 202/00), "en definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas"». (F. J. 2º)*

## **PREVARICACIÓN. Actuar “a sabiendas”.**

Recurso: Casación nº 1973/2005

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1091/2006 de fecha 19/10/2006

«20.- Las decisiones tomadas por el Alcalde acusado en este procedimiento se pueden considerar absolutamente arbitrarias y deliberadamente injustas, tanto por acción como por omisión. Como dato relevante se nos dice que la empresa, durante su mandato, solicita la preceptiva autorización municipal y que después de varias vicisitudes, comenzó a funcionar sin obtenerla. En relación con la fuente de ruido "*central de cogeneración*" se tramita en la Agencia del Medioambiente que declara el impacto como aceptable a los solos efectos ambientales, si bien condicionándola a que cumplieran las condiciones que establecía. Añade el hecho y citamos textualmente: "*sin que las referidas correcciones fueran llevadas a cabo y sin haber obtenido por tanto, según lo ya expuesto-, la correspondiente licencia municipal*".

21.- Resulta incomprensible que ante la avalancha de quejas, el Alcalde no tome en consideración este precedente y de forma reiterada se limite a enviar agentes de la Policía Municipal con sonímetros cuyas características no constan pero tampoco se dice que fueran inservibles. Finalmente, el trámite se reduce, una y otra vez, a dejar el asunto sobre la mesa hasta que llegase una nueva oleada de protestas.

22.- Consideramos que se conjugan el elemento subjetivo de actuar a sabiendas, despreciando la normativa y sin tener en cuenta sus obligaciones como Alcalde. Decide, de forma directa, porque conocía, en todo caso, que se había enviado a la Policía municipal con aparatos inútiles. La consecuencia sabida y buscada el archivo, bajo la eufemística expresión de "dejar sobre la mesa", las flagrantes irregularidades que se venían denunciando. Por ello estimamos que ha cometido un delito de prevaricación especial del artículo 329 del Código Penal en relación con el artículo 404 del mismo texto legal que contiene, además de la preceptiva inhabilitación, una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses que se individualizará en la segunda sentencia». (F. J. 3º)

## **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Comisión por omisión.**

Recurso: Casación nº 2177/2005

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1093/2006 de fecha 18/10/2006

«...El vigente Código Penal contiene en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general. La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala con anterioridad al Código Penal de 1995 (cfr., entre otras muchas, sentencia de 19 de enero de 1994) no se ve desautorizada por el artículo 11 del Código Penal. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado artículo 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: "a) cuando exista una específica

obligación legal o contractual de actuar" y "b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido.

La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que no convocó el pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura. Se tomó el Acuerdo de que tal conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por omisión.

Posición que ha sido recogida en numerosas sentencias de esta Sala como son exponentes las Sentencias 784/1997, de 2 de julio y 965/1999, de 14 de junio.

Pues bien, la capacidad de realizar la acción determinada que le era exigida, que es uno de los elementos que integran la estructura de los delitos de omisión, puede afirmarse con toda evidencia, en contra de lo que se defiende en el presente motivo, respecto al ahora recurrente.

Nada impedía, ni siquiera esa alegada insuficiencia de personal, iniciar el procedimiento de baja de oficio de unos empadronamientos indebidos, que tenían una importante incidencia en el Censo electoral a utilizar en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2005, como se declara probado, lo que le había sido requerido por la Delegación Provincial de Navarra de la Oficina del Censo Electoral, como se puede comprobar en el oficio de 19 de febrero de 2003 que, meses antes de celebrarse las elecciones, recibió el acusado, en su condición de Alcalde, en el que se le decía que con arreglo a lo acordado por la Junta Electoral Central informase explicando "las causas del incremento experimentado en el número de personas inscritas en el Padrón municipal, indicando si se ha verificado la residencia efectiva de los nuevos residentes en el municipio así como el parecer de esa Corporación sobre las altas producidas", se pedía la remisión de "copia de todas las hojas de inscripciones del Padrón municipal relativas a estos ciudadanos.." y concluía textualmente: "En el supuesto de que el Ayuntamiento considere que las altas dadas en su Padrón corresponden a personas que no residen en el municipio, deberán (sic) iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento de Población y apartado II.1.c.2) de la Instrucción de 9 de abril de 1997, comunicándolo a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral a los efectos procedentes". El acusado, ahora recurrente, en su condición de Alcalde-Presidente del

Ayuntamiento de Pitillas contestó al referido oficio mediante otro, fechado el día 6 de marzo de 2003, en el que, entre otros extremos, se decía que “este Ayuntamiento no considera necesario realizar tal comprobación, puesto que no existe indicios de una falsa residencia en la forma establecida en la legislación vigente para determinar el empadronamiento...” (F. J. 2º R. De R.E.F)

.....  
Y ese no hacer lo que le venía legalmente obligado constituyó una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales, que es lo que caracteriza el delito de prevaricación que le ha sido aplicado.

Así las cosas, puede afirmarse la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de prevaricación del que fue acusado el recurrente cuya conducta omisiva, a sabiendas de su injusticia, supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, al haberse negado a iniciar el procedimiento de baja de oficio de los empadronamientos correspondientes a personas que no residían en el municipio, lo que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante. (F. J. 3º de R.E.F.)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Inmediación. Valor.**

Recurso: Casación nº 10764/2006 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 227/2007 de fecha 15/03/2007

«..Por lo tanto es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que *“...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...”* --STS de 12 de Febrero de 1993--.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena

impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citados. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional». (F. J. 1º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Derecho a no ser acusado de algo que había sido sobreseído y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral.**

Recurso: Casación nº 357/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 156/2007 de fecha 25/01/2007

«...lo que vincula posteriormente en el juicio oral, son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y que pueden ser asumidos como tales por las acusaciones, y la persona del imputado. Las calificaciones jurídicas, sin embargo, no vinculan al órgano sentenciador, que no parte de tal resolución judicial, sino de los escritos de acusación y defensa, en donde se delimita el objeto del proceso penal. Ni siquiera tiene que existir un ajuste exacto entre aquellos hechos y los hechos sometidos a consideración del Tribunal por las acusaciones, pero lo que no puede suceder, como aquí ocurre, es que los hechos por los que se acusan sean, no solamente totalmente distintos, sino que hayan sido expresamente excluidos en resolución judicial precedente, por parte del Tribunal de instancia, incurriendo en manifiesta contradicción.

A la vista, pues, de esta doctrina, es evidente que la Sala sentenciadora de instancia no pudo juzgar unos hechos por los que expresamente había denegado la apertura del juicio oral, toda vez que, precisamente por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, exclusivamente se continuaban las diligencias (Auto de Transformación en Procedimiento Abreviado), por los hechos relativos a la Residencia de Ancianos de Aldeadávila, no por otros hechos.

Ciertamente, como antes razonábamos, la vinculación al mencionado principio, nunca se produce con las calificaciones, sino con los hechos exclusivamente. Pero, en este caso, los hechos venían perfectamente perfilados en el Auto de 28 de abril de 2004, de donde no debió salirse la Sala sentenciadora de instancia, so pena de vulnerar tal principio y el de defensa y congruencia, de contenido constitucional. Y del propio modo que no admitió los hechos que fundamentaban el delito de prevaricación administrativa, porque previamente ya se había pronunciado en sentido negativo, denegando la apertura del juicio oral, tampoco debió tolerar la acusación por unos hechos que habían sido expresamente excluidos en el Auto de Transformación. En suma, el Tribunal “a quo” debió ser consecuente con su previa resolución judicial, y admitir exclusivamente la acusación por los hechos b) y d) del mencionado Auto, que constituían precisamente el objeto del proceso penal que dicha Sala había previamente diseñado con anterioridad.

Al no hacerlo así, se ha conculcado el derecho constitucional del recurrente a no ser acusado de algo que había sido firmemente sobreseído, y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral, lo que supone la estimación del motivo». (F. J. 2º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. El Tribunal no puede imponer mayor pena a la solicitada con carácter concreto por las acusaciones.**

Recurso: Casación nº 235/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 504/2007 de fecha 28/05/2007

«...en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: *“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”*.

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. Así, la STS 393/2007, 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio.

....

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como consecuencia de este reproche casacional.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: *“... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...”* Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a

imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTS 159/2007, 21 de febrero, 424/2007, 18 de mayo y 20/2007, 22 de enero, han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público». (F. J. 3º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Se vulnera al imponer el Tribunal pena más grave que la solicitada por la acusación. Acuerdo del Pleno.**

Recurso: Casación nº 2152/2006

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 393/2007 de fecha 27/04/2007

«..Sobre este particular es de recoger la reciente doctrina de esta Sala, tras el pleno no jurisdiccional celebrado el 20 de diciembre de 2006, de la que es exponente la sentencia 1319/2006, de 12 de enero de 2007, en la que se expresa que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en

suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa. Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como consecuencia de este reproche casacional, se

debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: **“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”**. Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el *ámbito del procedimiento abreviado*, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer *pena* más grave de la *solicitada* por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la *pena a imponer* la cuantificación *solicitada* por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más *acusatorio* que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear *la tesis* a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Acorde con la doctrina de esta Sala que se ha dejado expresada, el Tribunal sentenciador no debió superar la pena de prisión solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora respecto al delito de detención ilegal, por lo que debe reducirse la pena de privación de libertad por ese delito a un año de prisión, que fue la solicitada por el Ministerio público». (F.J. 1º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006.**

Recurso: Casación nº 10457/2006 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1319/2006 de fecha 12/01/2006

«...El primer motivo del recurso de Francisco Arqués Ginard plantea, como vulneración constitucional, por el cauce previsto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del principio acusatorio, al habersele impuesto mayor pena que la solicitada concretamente para él por el Ministerio fiscal, alegando que mientras la petición fiscal fue de 4 años de prisión (para uno de los delitos en que incurrió: delito de robo en casa habitada), la Sala sentenciadora de instancia impuso la pena de 5 años (máxima imponible), agregando un razonamiento para dicha elevación del umbral de la petición del Ministerio Público.

Al efecto, invoca como infringido el art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece:

*“... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...”*

Este ha sido el punto nuclear de su queja casacional, y el que ha merecido la atención de la Sala Plenaria en funciones de unificación de doctrina, como luego trataremos.

La doctrina tradicional de esta Sala, hasta este momento, de la que es exponente, entre otras muchas, la STS 1426/2005, de 7 de diciembre, nos dice que esta cuestión ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas (en concreto) por las acusaciones. Un sector doctrinal entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la aludida línea mayoritaria y tradicional de esta Sala y del Tribunal Constitucional, permite que el tribunal pueda imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones *siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos*, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS 21.10.1988, 16.11.1989, 18.6.1994, 22.5.95, y STC 43/1997, entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el

que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum», «que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia», aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC 163/2004 de 4.10, que la imposición de la pena 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 motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, en el extremo que ahora interesa, *y con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario (se decía en tal resolución judicial)*, una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, 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.

Cierto es que en el caso ahora enjuiciado, el procedimiento seguido no es el ordinario sino efectivamente el abreviado. Pero ello no es lo importante, como veremos, sino la esencia misma del principio, su fundamento y su vinculación con el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento del asunto.

Digamos ya de este momento, que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más “acusatorio” que otro.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

**“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.**

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el *ámbito del procedimiento abreviado*, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer *pena* más grave de la *solicitada* por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la *pena a imponer* la cuantificación *solicitada* por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”, “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Manuel Alonso Martínez. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha “arena”, frustrar fundadas expectativas basadas en el

derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más *acusatorio* que otro.

Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear *la tesis* a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia». (F. J. 1º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006. Matizaciones.**

Recurso: Casación nº 235/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 504/2007 de fecha 28/05/2007

«...la STC 347/2006, 11 de diciembre –con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002, 9 de diciembre-, ya había incluido la vinculación al *quantum* de la pena entre las exigencias del principio acusatorio: “...hemos afirmado –razona el Tribunal Constitucional- que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado”.

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: “*El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*”.

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. Así, la STS 393/2007, 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007, se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina – sigue razonando la STS 1319/2006-, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo

que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como consecuencia de este reproche casacional.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: “... *la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...*” Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTS 159/2007, 21 de febrero, 424/2007, 18 de mayo y 20/2007, 22 de enero, han proclamado como principio general la

vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público. (F.J. 3º)

... Este es, en fin, el actual estado del debate y a la solución mayoritaria de la Sala hemos de atenernos. Con ello nuestra jurisprudencia, a partir del tantas veces mencionado Acuerdo de 20 de diciembre 2006, ha ganado en fijeza, eliminando algunas dudas nada favorables a la vigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Se ha logrado, además, la coincidencia, siempre deseable, con alguno de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que sugerían similar criterio a la tesis ahora proclamada por la Sala Segunda.

No es, desde luego, el único entendimiento posible del principio acusatorio. Su vigencia mira de modo preferente a la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo y, al propio tiempo, a la indispensable y nítida separación funcional entre la tarea de acusar y la labor decisoria. Son estos pilares básicos, concebidos como presupuestos inderogables para eliminar cualquier riesgo de indefensión, los que han de servir de referencia para deducir los enunciados inherentes al principio acusatorio. Y resulta más que conveniente que los postulados que luego se revisten de carácter axiomático, presentados como obligada consecuencia de aquel principio, no sean, en realidad, el resultado de una interpretación extensiva ajena a su verdadero significado histórico e innecesaria desde el punto de vista estrictamente constitucional. La vinculación del Tribunal a los términos en que el objeto del proceso ha sido definido por las partes no se establece para mantener al órgano decisorio en el reducido espacio que le reserve la voluntad de las partes, sino para asegurar una posición de neutralidad e independencia respecto de las respectivas posiciones de la acusación y defensa. Y es que, admitido que el objeto del proceso es un *factum*, no un *crimen*, tan grave para el justiciable es que el Juez se convierta en Fiscal, difuminando su estatuto constitucional de imparcialidad, como que el Fiscal se convierta en Juez, asumiendo el ejercicio de funciones decisorias que deberían seguir siendo estrictamente jurisdiccionales. Desde este punto de vista, sería perfectamente razonable entender que la individualización de la pena, siempre que los presupuestos fácticos sobre los que aquélla ha de apoyarse –las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, ex art. 66.6 CP-, sean objeto de debate y están abarcados en la motivación judicial, debería reservarse a la tarea jurisdiccional. La decisión acerca de la *pena procedente* no tiene por qué generar una coincidencia valorativa entre el Ministerio Fiscal –órgano constitucional cuyo espacio funcional y principios rectores define el art. 124 de la CE- y los Jueces y Tribunales que ejercen la genuina función jurisdiccional. Lo contrario implica imponer a estos últimos la resignada aceptación de un desenlace punitivo que, dentro del margen posible, puede estar inspirado en coyunturales razones de política criminal, tan legítimas como ajenas a los parámetros valorativos que, conforme a las reglas de individualización de la pena, han de ponderar los órganos jurisdiccionales». (F. J. 4º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración. Falta de homogeneidad entre delito de lesiones y de violencia doméstica.**

Recurso: Casación nº 858/2006  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 1203/2006 de fecha 11/12/2006

«Por una parte, no debemos olvidar que el principio acusatorio deriva del derecho a la tutela judicial efectiva sin causar indefensión, del derecho a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías, lo que implica que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido ocasión de defenderse de manera contradictoria.

La doctrina de esta Sala en sintonía con la del Tribunal Constitucional viene exigiendo dos requisitos para que un acusado pueda ser condenado por un delito distinto del que se acusó, sin quebrantar el principio acusatorio: identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica.

En orden a la identidad del hecho es patente, como la propia sentencia reconoce, que la misma parte acusadora que imputa al acusado las lesiones del art. 147 no cita la relación convivencial o de pareja de hecho que éste pudiera mantener con la ofendida.

El Fiscal que sí la cita, la referencia no posee más valor que el de una circunstancia integradora de la relación de hechos que ilustran sobre el contexto de confianza existente entre agresor y víctima en el que se desarrollaron las secuencias delictivas. El acusado, como quiera que no es consciente de que tal circunstancia va a elevarse a presupuesto de un delito (por el que no se acusa) la admite pacíficamente, en la confianza de que no provocará consecuencias desfavorables, ya que con proyección jurídica ni siquiera se menciona en su condición de circunstancia mixta con efectos agravatorios la del art. 23 C.P.

Así pues, como elemento de hecho imputado al acusado, con virtualidad para integrar uno de los presupuestos típicos del delito, nunca las acusaciones se refirieron a la existencia entre agresor y víctima de una relación de análoga significación a la del matrimonio. Aunque justo es decirlo la circunstancia fue objeto de contradicción en el plenario, cuando acusador y acusado pretendían acreditar cuál de los dos fue el que provocó la ruptura convivencial.

5. Respecto al segundo elemento que debe observarse para no vulnerar el principio acusatorio (homogeneidad de la calificación jurídica) la Audiencia Provincial nos dice que la identidad entre el art. 147 y 153, es clara en cuanto a las lesiones de uno y otro tipo sólo las diferencia la necesidad de asistencia facultativa, que no se exige en las del art. 153.

Pero añada textualmente: *"la relación víctima-agresor, que determina la aplicación de ese tipo (art. 153 C.P.) ha sido reconocida y asumida por el acusado y la defensa"*.

Fácilmente se advierte de que en trance de establecer la simetría estructural de ambos tipos penales, el tribunal de origen desprecia el elemento típico de las relaciones convivenciales análogas a la del matrimonio, y se remite

a una cuestión de hecho reconocida. Lo cierto es que no contiene tal presupuesto típico el art. 147 C.P., y por ende de él no habría podido defenderse el acusado. Su reconocimiento fáctico teóricamente no debería traerle consecuencias jurídicas desfavorables.

De todas formas la Audiencia nos habla de que mantenía ofensor y ofendida relaciones de noviazgo o eran pareja de hecho, vivían juntos y mantenían relaciones sexuales, aunque no se refiera exactamente a que la situación fuera plenamente asimilable a una relación matrimonial.

Los implicados agresor y agredida, amigos indiscutibles, pudieron decidir vivir juntos, porque a ambos les animara la idea de abandonar el domicilio familiar para alcanzar cotas de independencia personal, a la vez que viviendo juntos podrían colaborar a satisfacer los gastos domésticos, independientemente de que mantuvieran relaciones sexuales, que no es insólito que existan en el contexto social actual entre jóvenes amigos con convivencia o sin ella, con relaciones de noviazgo o sin ellas.

Al acusado debió dársele la oportunidad de acreditar los presupuestos del concepto de estar ligado a la joven por "análoga relación de afectividad a la de cónyuge", esto es, con posibilidad de demostrar el carácter estable o transitorio de la unión, voluntad de convivir como verdaderos cónyuges, con posibilidad de tener descendencia y demás obligaciones parentales que se establecen en el matrimonio, etc.

Debió, en suma, tener la oportunidad de probar la concurrencia de la antijuricidad material o lesión del bien jurídico, que integra el delito del art. 153 C.P., más allá del leve ataque a la integridad física, concretamente la concurrencia de la relación de análoga significación a la del matrimonio.

**6.** Sin embargo, no solo fue la no imputación de tal circunstancia, sino que faltó otro elemento típico que el art. 147 C.P. no contiene y cuya concurrencia es necesaria para que nazca a la vida jurídica el delito de lesiones por el que se condena. Nos referimos a la habitualidad, que tanto la sentencia, como el recurrente y el Fiscal han pasado por alto, y que este Tribunal de casación en respeto al principio de legalidad (voluntad impugnativa del recurrente) debe hacer prevalecer. Tampoco del requisito típico de la habitualidad pudo defenderse el acusado, rompiéndose así cualquier homogeneidad delictiva.

En el caso de autos, ofensor y ofendida durante y después de la relación de pareja mantuvieron relaciones de amistad y nunca se ha acreditado que la ofendida fuera objeto de malos tratos o lesiones no delictivas, en otras ocasiones. No se imputó tal hecho y por tanto tampoco se recogió en el relato probatorio de la sentencia.

La redacción actual del art. 153 C.P. se produjo por Ley Orgánica nº 1 de 28-diciembre-2004, suprimiendo la nota de la habitualidad en el ocasionamiento de lesiones no definidas como delito. Por su parte los hechos sucedieron el 1 de agosto del 2004, fecha en que se hallaba vigente la redacción del 153 dada por

L.O. 14/99 de 9 de septiembre, en la que el tipo delictivo contenía el elemento de la habitualidad, que persistía cuando los hechos ocurrieron y en cuyo extremo no reparó el tribunal inferior.

No es un problema ya de vulneración del principio acusatorio, al condenar por un delito por el que no se acusa (art. 153 C.P.), sino que los hechos declarados probados no constituyen tal delito por falta de tipicidad. Es entonces el principio de legalidad el que se quebranta (arts. 25, 9-3 C.E. y art. 1-1º C.Penal).

7. Conforme a todo lo razonado esta Sala entiende que se ha violado tanto el principio acusatorio en su proyección del derecho de defensa, como el principio de legalidad por indebida aplicación del art. 153 C.P.

En el caso que nos concierne si la propia sentencia explica que es difícil determinar en qué términos entiende la acusación particular aplicable el art. 147 C.P., imputación a la que ya de por sí es difícil contradecir, con mayor razón se puede afirmar que, aprovechándose de la simple mención formal del art. 147 se pueda condenar por el art. 153, que protege un bien jurídico complejo». (F. J. 5º)

#### **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción.**

Recurso: Casación nº 2143/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 964/2006 de fecha 10/10/2006

«La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada y además, aun así, han de reconocérsele algunas consecuencias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, “sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo

que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)". Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario»

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que "conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE (interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger c. Austria*, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovsky c. Holanda*, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgro c. Italia*, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso *Saïdi c. Francia*, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 40). (STC nº 57/2002, de 11 de marzo).

No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran algunas precisiones, recogidas entre otras en la STC 1/2006. En primer lugar, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatória "pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. «Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial» (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4)", (STC 1/2006).

Y en segundo lugar se recuerda que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4). En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la

LECrim, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras).

No obstante, no puede ignorarse que en estos casos la defensa no ha podido interrogar al testigo de cargo, de manera que, cuando ha existido una inicial ausencia de contradicción, no imputable al órgano jurisdiccional ni tampoco al acusado, sino debida a las propias circunstancias del proceso concreto, que no ha podido ser corregida en el juicio oral, si la sentencia se basa en la declaración del testigo incomparecido como única prueba, es preciso que ésta venga dotada de una garantía reforzada respecto a la veracidad de lo afirmado por aquél. Es decir, en definitiva, puede establecerse que en estos casos es necesario que la versión del testigo encuentre en la causa algún elemento que la refuerce, para suplir con ello el déficit de contradicción y asegurar objetivamente la valoración de la prueba, extremos a los que deberá referirse suficientemente la sentencia condenatoria». (F. J. 1º)

### **PROCESO PENAL. Legitimación. Acción popular.**

Recurso: Casación nº 626/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1276/2006 de fecha 20/12/2006

«...Sin olvidar que esta Sala viene manteniendo (SSTS. 18.3.92, 22.5.93, 3.6.95, 4.2.97), que el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela y fianza, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECriminal, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela. La existencia de fianza, impuesta por el art. 280, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del proceso penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece razonable». (F. J. 8º)

### **PROCESO PENAL. Sobreseimiento cuando hay acusación.**

Recurso: Casación nº 2122/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 301/2007 de fecha 24/04/2007

«La inexistencia de indicios racionales de criminalidad, como situación contraria a la prevista en el art. 384, supone la primera causa de sobreseimiento libre, al haberse evidenciado a lo largo del sumario que no hubo nunca tales indicios (se precisó indebidamente) o bien, que si los hubo, pruebas posteriores los desvirtuaron. Si ni siquiera hay sospechoso, nunca podrá haber culpable, bastando para ello con ausencia de indicios, no precisándose por tanto prueba de inexistencia del delito (STC. 39/83 de 6.5).

El segundo motivo de sobreseimiento libre se concreta en que "el hecho no sea constitutivo de delito". Que este supuesto concurre cuando la conducta constituye falta o es claramente atípica al no encajar en ningún precepto de la legislación penal parece incuestionable, puede, en cambio resultar problemático como resolver la procedencia o improcedencia de sobreseimiento libre por este mismo cuando existan dudas fundadas de atipicidad, si debe resolverse la duda en este momento procesal o abrir el juicio oral y resolverla en sentencia.

Puede entenderse que si se trata de un problema estrictamente jurídico, - es decir no relativo a los hechos cuya clarificación sí puede y debe acaecer en el acto del juicio oral-, y si el Tribunal considerase tras examen y debate que la duda se resuelve en favor de la tipicidad, debiera proseguir el procedimiento no acordando el sobreseimiento libre, pero si mantuviera la duda parece que el principio in dubio libertas o pro libertate (arts. 1.1, 9.3 y 10 CE), exige optar por el sobreseimiento si en la sentencia se va a seguir la tesis absolutoria.

Consecuente con ello, el Tribunal tiene facultad para acordar el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2, a pesar de la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal o del acusador particular, tal como se previene en el art. 645.1, pues al tratarse de una cuestión de derecho y no de hecho, que no puede variar a lo largo del acto del juicio oral, la economía procesal y la protección de los derechos fundamentales del proceso exigen la existencia de esta facultad del Tribunal, siendo la resolución de éste susceptible de recurso de casación en base al art. 848.2 LECrim.

Sin embargo, la vigencia del principio acusatorio obliga en cambio en el supuesto del art. 637.1, y a tenor de lo previsto en el párrafo 2º del art. 645, a proseguir el procedimiento abriendo el juicio oral, si se mantiene la acusación pública o particular, resultando conculcador del derecho a la tutela judicial efectiva, al no existir recurso de casación, cualquier resolución contraria a tal precepto legal (SSTC. 171/88 de 30.9, 297 y 314/94; SSTS. 20.1.92 y 14.2.95)». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. ADN. Recogida de muestras biológicas sin necesidad de autorización judicial.**

Recurso: Casación nº 1352/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1267/2006 de fecha 20/12/2006

«...La sentencia fundamenta su convicción en base a la prueba pericial genética practicada por los funcionarios de Policía Científica nº 52453 y 52454 (informes IP 04/134t.02 y nº IP 04/2023/01 obrantes a los folios 36 y 40 de las actuaciones, ratificados en el juicio oral) sobre los restos biológicos obtenidos de los sellos con los que se franquean los tres sobres manuscritos que contenían el texto amenazante y sobre los restos biológicos obtenidos de una colilla de tabaco perteneciente a la acusada, dictámenes que concluyen categóricamente que existe una identidad penal entre el perfil genético de las cuatro muestras (los

tres sobres y la colilla) y que la probabilidad de coincidencia con otra persona es de 1,03 billones sobre el conjunto estadístico de la población española.

Por su parte, la recurrente niega la validez de la prueba alegando que en la obtención de la misma que acordó el Juez de Instrucción por Auto de 1 de marzo de 2.005 no concurren los requisitos de proporcionalidad y necesidad exigibles para la práctica del análisis de los perfiles genéticos del investigado. Lo que ocurre, sin embargo, es que la prueba valorada por el Tribunal a quo no fue la que autorizaba el mencionado Auto mediante la obtención de restos biológicos de la acusada, a cuya donación se negó ésta y no llegó a practicarse, sino en el análisis científico de las muestras biológicas de una colilla de cigarrillo abandonada por la acusada y que fue recogida inmediatamente por un funcionario policial que realizaba labores de seguimiento de la misma dentro de la investigación desarrollada por el envío de cartas amenazantes.

La prueba de ADN se practicó sobre esa colilla desechada por la acusada, dato éste sobre el que se practicó prueba testifical del agente que la recogió, y por consiguiente resulta de plena aplicación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2.006, que menciona la sentencia recurrida, en orden a que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial (doctrina ratificada en las sentencias de 14.02.06 y 20.03.06), plenamente aplicable aquí por cuanto conforme lo expuesto, la muestra biológica sobre la que se obtiene el ADN de la acusada se encuentra en una colilla voluntariamente abandonada en la calle, comprándose con el obtenido en el examen pericial del cuerpo del delito: las cartas amenazantes; prueba pericial pues plenamente válida y así valorable por la Sala ya que en nada le afecta al auto del Instructor de 1 de marzo de 2.005». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Autoinculporia en fase procesal. Prueba de coimputado voto particular.**

Recurso: Casación nº 10102/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 927/2006 de fecha 04/10/2006

«...En el caso de Letona, hay constancia de que se autoinculpó al declarar a la Guardia Civil y de que, luego, ante el instructor se acogió a su derecho a guardar silencio, para, en el juicio oral, sostener que esa manifestación había sido realizada bajo el efecto de la tortura. Algo que, en vista de la ausencia de síntomas médicamente constatables y de lo declarado en juicio por el instructor del atestado, que acredita la regularidad del interrogatorio, no es creíble. A esto debe sumarse la inculpación de que le hizo objeto el también acusado Echániz ante el instructor, con la expresiva circunstancia de que ambos pertenecían a la organización terrorista ETA, y, precisamente, al llamado “comando Vizcaya” (STS 830/2006, de 21 de julio), del que igualmente formaban parte el otro condenado.

Pues bien, siendo así, la sala de instancia pudo contar con la autoinculpación aludida, que, por lo expuesto, se produjo de forma voluntaria y no se limitó a una simple afirmación, pues aportó a la Guardia Civil datos muy concretos. Verdad es que no fue mantenida después, pero tampoco desmentida, ya que, como figura en la sentencia impugnada, Letona, en el Juzgado, se limitó a guardar silencio, y ante el Tribunal, simplemente sugirió torturas, sin el menor fundamento, como se ha visto.

Esta sala ha entendido (SSTS de 14 de noviembre de 2005 y 830/2006, de 21 de julio) que el silencio o las manifestaciones meramente evasivas del acusado que se hubiera autoinculpado en declaraciones producidas en un momento anterior del trámite son datos a los que cabe legítimamente atribuir valor probatorio de cargo en el contexto de los restantes elementos de prueba existentes en la causa. Y que pese al silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas (SSTS de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002, en la línea de lo resuelto por el TEDH en el caso Murray –8 de junio de 1996- y caso Condrom –2 de mayo de 2000- y STC 137/1998, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio).

De este modo resulta que a las propias manifestaciones de este inculcado, tratadas por la sala de instancia conforme autoriza el art. 714 Lecrim, se une la atribución de responsabilidad en el hecho enjuiciado, debida al acusado Echániz, y la inserción de ambos en el mismo grupo criminal. Un conjunto de datos avalan la condena impuesta.

Por lo que se refiere a Borde, hay constancia de que ante la Guardia Civil admitió expresamente su intervención en el hecho de esta causa. Luego, en una primera declaración en el Juzgado se acogió a su derecho a guardar silencio. Y en un segundo momento dijo tener constancia de los hechos, si bien explicando que él no participó, limitándose a salir corriendo.

Pues bien, en vista de ello, hay que tener en cuenta que Borde aparece inculcado por Echániz, tanto ante la policía como en el Juzgado y que él mismo reconoce haber estado en el escenario de los hechos. Ciertamente, dice que allí se limitó a salir huyendo, pero también consta, como se lee en la sentencia, que en sus manifestaciones a la policía, ofreció datos hasta entonces desconocidos e informó sobre particularidades del intento de huída que concuerdan con las manifestaciones del testigo propietario del automóvil “Mercedes”, que no llegó a ser sustraído, y con las del empleado del quiosco, que relató la forma en que se produjo la huída de tres participantes en la acción criminal, en el auto Seat 131.

En consecuencia, se impone la conclusión de que la declaración incriminatoria de Echániz halla corroboración en la del propio Borde, cuya presencia –por él admitida- en el escenario de los hechos no tiene ninguna otra explicación plausible que no sea, precisamente, la intervención en ellos. Y todos estos elementos de juicio resultan avalados en su significación incriminatoria por los precedentes de los dos últimos testigos aludidos. (F. J. 1º del R. J.A.B.G y E.L.V)

....  
***Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia nº 927/06, de fecha 4/10/2006, dictada para decidir el recurso nº10102/06-P.***

Mi discrepancia tiene sólo que ver con lo resuelto en relación con el acusado Letona, debido a que el núcleo de la información probatoria valorada en la sentencia como de cargo procede exclusivamente: a) de su autoinculpación ante la Guardia Civil; y b) de lo declarado por el también acusado Echaniz.

Por lo que hace a), es de advertir que, tanto en el tratamiento dado a esa declaración por la Audiencia Nacional en la sentencia a examen, como por la mayoría en la de casación, se observa un uso inadecuado del art. 714 de la Lecrim que autoriza –si alguna parte lo solicita- la lectura de la declaración prestada en el sumario, es decir, producida ante el Juez de Instrucción, con objeto de poner de relieve eventuales contradicciones y en demanda de una explicación para las mismas, como medio de evaluar la credibilidad de lo que estuviera siendo manifestado en el juicio.

Pues bien, dado el tenor de la disposición aludida y el valor de mera denuncia que la ley atribuye al atestado, es patente que sólo lo declarado ante el instructor puede ser usado al objeto de contrastar la veracidad de la deposición de un testigo o de un imputado. De este modo, resulta claro que el contenido de las diligencias policiales no puede acceder al juicio por la vía de lectura del citado precepto y tampoco por la del art. 730 Lecrim (STC de 23 de febrero de 1995, entre otras; y STS de 20 de septiembre de 1993).

A propósito de b), hay que decir que los datos tomados en consideración proceden del propio círculo de los coimputados, y, por tanto, carecen de validez a los efectos de corroboración de informaciones de cargo de esa misma procedencia (como las autoinculpatorias de Letona).

Al respecto, es bien conocida la jurisprudencia relativa al valor probatorio de las declaraciones del coimputado y a las cautelas con que deben tomarse los elementos incriminatorios de esa fuente debido a que podrían estar contaminados por razón de intereses parciales. Y, además, por la circunstancia de que, dado el estatuto procesal del declarante, el principio de contradicción opera de forma muy limitada en tal clase de supuestos (por todas, STC 297/2002, de 11 de noviembre y STS 658/2002, de 12 de abril).

Es a lo que se debe la exigencia de valorar con particular prudencia las aportaciones procedentes del imputado y atípico testigo, cuidando, muy especialmente, de comprobar que las mismas cuenten siempre con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra fuente (por todas, SSTC de 14 de octubre de 2002 y de 13 de mayo de 2003).

En este punto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional –entre otras, la sentencia 65/2003, de 7 de abril- es sumamente rigurosa: “las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la

presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido”. De esta manera, se niega aptitud constitucional para ser valorada a la declaración del coimputado que no goce de alguna corroboración externa. O lo que es lo mismo, se sitúa en este punto el umbral de un eficaz acceso al cuadro probatorio para los elementos de juicio de tal procedencia que, en principio, pudieran operar como de cargo.

Por otra parte, esa misma instancia ha precisado en diversidad de ocasiones (así, STC 65/2003, de 7 de abril, que hace referencia a otras) “que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancia externos a las mismas, [pues] la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos de la declaración de otro coimputado”.

De las anteriores consideraciones se desprende, en primer término, que la declaración de Letona a la Guardia Civil, por lo dispuesto en el art. 714 Lecrim, carece de aptitud objetiva para ser objeto de corroboración en juicio. Y, en segundo lugar, que las manifestaciones de Echániz, por su estatuto de coimputado, tampoco gozan de eficacia probatoria.

Siendo así, quedarían en pie, como objeto de posible valoración, la pertenencia de Letona a ETA y al mismo comando que los otros dos implicados. Se ha entendido que esta doble circunstancia aportaría un elemento de convicción relativo a su intervención personal en el atentado. Pero lo que se sigue de tales premisas es sólo una posibilidad al respecto, porque no consta entre los elementos de prueba que el número de componentes de ese grupo fuera tan limitado como para concluir de ello que cualquier acción terrorista de su autoría tendría que haber contado, con el más alto grado de probabilidad, con la intervención de todos sus integrantes.

En este caso, puede darse por acreditado en virtud de sentencia firme, que Letona formaba parte de ETA y del mismo comando que los otros acusados. Ahora bien, esto permitiría aventurar que *pudiera* haber realizado la acción a que se refiere la causa, pero no le sitúa en el escenario de los hechos: ésta es una conclusión que no se sigue con certeza práctica de esos únicos antecedentes. Y lo cierto es que, procesalmente, no se cuenta con más argumentos, por lo ya expuesto sobre la falta de aptitud probatoria —e incluso para la corroboración— de la declaración del atestado y por la falta de eficacia convictiva de la declaración del coimputado Echániz.

En fin, creo que hay también algo que decir acerca del tratamiento del silencio del inculpado que se hace en alguna jurisprudencia a la que alude la mayoría en la sentencia.

Es bien conocido que, por influencia ilustrada, el derecho del imputado al silencio –o sea, a no declarar e incluso a mentir, como relevado del deber de decir verdad- consagrado en la máxima *nemo tenetur se detegere*, es uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática. Y así se encuentra consagrado en el art. 24,2 CE.

En la doctrina se ha señalado que esto obedece a la asunción del “carácter *contra naturam* de toda declaración auto-incriminatoria”. Y –en vista de una elocuente y durísima experiencia en la materia, histórica e incluso actual- responde asimismo al interés por dejar a los sujetos oficiales -los diversos agentes del *ius puniendi*- que se relacionan con el imputado, a salvo de la tentación de hacerle objeto de cualquier forma de constricción. Incluida la de carácter moral que pudiera representar el propio juramento.

El principio de referencia ha sido tradicional y pacíficamente interpretado en el sentido de que el silencio del imputado *no significa nada a los fines de la decisión* y de que hacerlo pesar sobre él equivaldría a *imponerle la carga de una prueba negativa*. Tal es, en rigor, la única clave de lectura posible de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el asunto, como la nº 202/2000, de 24 de agosto (inspirada en la del TEDH en el caso *Murray*), de la que resulta que sólo “puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”. En realidad, un aserto banal: porque las consecuencias incriminatorias se extraerían, *no del silencio del acusado* en sí mismo considerado, esto es, no de lo que *no dice*, y tampoco del hecho de que *no diga*, que es un dato neutro, sino *de lo que hay en su contra*, a partir de otras fuentes de prueba.

Así, por callar, el imputado no aporta *nada* en favor de su condena. Y sólo ocurre que la conclusión inculpatória del tribunal, obtenida a través de otros medios de prueba, se verá confortada por la circunstancia de que la hipótesis de la acusación, dotada de sustrato probatorio bastante, no resulta menoscabada en lo más mínimo por la concurrencia de alguna explicación plausible de lo sucedido, favorable a aquél. Caso éste en el que sólo cabría absolver.

Operar de otro modo, o sea, con el argumento de que cuando el imputado calla en presencia de consistentes indicios que le señalan como autor del delito, es que es culpable, equivale a hacer *que el silencio valga como confesión*, por eso de que “el que calla otorga”. Es decir, en virtud de una simple receta del llamado sentido común, que, al fin, prevalecería sobre el derecho procesal de carácter fundamental del imputado a no declarar contra sí mismo; o, dicho de otro modo, a no brindarse como fuente de prueba de la acusación. Y, por tanto, atribuir a esa actitud el carácter de lo que impropriamente se llama un “contraindicio” -*rectius*: un indicio desfavorable-, es, pura y simplemente, valorizar el silencio como declaración de cargo.

Es por lo que tengo que discrepar también de la afirmación de algunas sentencias de esta sala citadas en la de la mayoría, donde se sostiene que el silencio del imputado *corrobor*a, lo que no es cierto.

Según se lee en STS nº 944/2003, de 23 de junio, relativa a hechos de naturaleza similar a los de esta causa, “corroborar es dar fuerza a una imputación con datos de distinta fuente que los que prestaron soporte a la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en su fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar la convicción de que el segundo se habría producido realmente”. Y, en efecto, sólo tiene aptitud para corroborar el dato que -por ser contextual de los que forman la imputación y por apuntar en idéntico sentido- avale la afirmación de que éstos efectivamente tuvieron lugar en la forma que postula la acusación. Se tratará, pues, de una afirmación relativa a lo acontecido en su día en la realidad extraprocesal, que haya ingresado en el cuadro probatorio de un modo regular, por alguno de los medios utilizados en el juicio.

El silencio del imputado, en cambio, no es un dato de esa clase *sino una actitud procesal* en la que se expresa el ejercicio de un derecho fundamental, que, como tal, no puede verse menoscabado. Una actitud que, por imperativo constitucional, *juega* en el ámbito de la presunción de inocencia y no aporta nada que pueda beneficiar a la acusación; que deberá operar, única y exclusivamente, con la información probatoria de cualquier otra procedencia llevada a la causa, que sea legítimamente valorable».

**PRUEBA. Confesión del inculpado en fase sumarial. Lectura de declaración en plenario ante silencio acusado. Conexión de antijuricidad con intervención telefónica ilícita.**

Recurso: Casación nº 2243/2005

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 926/2006 de fecha 06/10/2006

«Desde la sentencia T.C. nº 86 de 6 de junio de 1995 es posible la valoración como pruebas aptas de carácter incriminatorio y por tanto capaces de enervar el derecho a la presunción de inocencia, aquéllas cuyo origen último o causa natural se halle en una diligencia de investigación, vulneradora de un derecho fundamental, cuando entre aquéllas y ésta no se aprecia "conexión de antijuricidad".

Esta doctrina se reafirma y concreta en la sentencia 81/98, en relación a la prueba de confesión del acusado, posterior y derivada de una diligencia inicial ilícita, por considerar el origen de tal confesión una fuente independiente.

Son abundantes las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala que admiten la prueba de confesión como autónoma e independiente de la prueba declarada nula, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) que dicha declaración se practique ante el juez previa información del inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar

silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

b) que se halle asistido del letrado correspondiente.

c) que se trate de una declaración voluntaria sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.

4. A su vez es oportuno poner de manifiesto otro de los puntos que la sentencia de origen toma en consideración para otorgar validez probatoria a la prueba de confesión, como desconectada jurídicamente de las intervenciones telefónicas que descubren el delito.

Se trata de una pauta interpretativa del Tribunal Constitucional (vale, por todas, la S. nº 161 de 27 de septiembre de 1999) según la cual el hallazgo de la droga consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fuera hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no se hubiera producido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parte de su existencia. Precisamente el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles.

Nos dice el T. Constitucional que el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (en nuestro caso secreto de las comunicaciones) no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que "no fue hallada droga" o que la misma "no existe, porque no está en los autos". Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

5. Dicho lo anterior la doctrina de esta Sala ha venido admitiendo que ante la legítima decisión del acusado de negarse a declarar en el acto del juicio, se puede proceder a dar lectura de lo declarado por aquél de forma regular en fase sumarial, por aplicación de la regla general del art. 730 L.E.Cr. Este criterio, como muy bien expone la combatida ha sido confirmado por el T. Constitucional (verbigracia S. nº 80 de 28-abril-2003), en los siguientes términos: "lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y puedan ser contradichas por las partes, lo que tiene lugar tanto si se leen expresamente como si a través de las preguntas formuladas se pone en evidencia y se debate su contenido".

El silencio del acusado y su negativa a declarar fueron evidentes y tal negativa debe entenderse, a pesar de lo afirmado por el recurrente, a responder cualquier pregunta, incluso la genérica de reconocer lo previamente declarado o rechazar su veracidad.

El silencio constituye un derecho, pero cuando es esperable una respuesta razonable y ésta no existe, no se descarta que tal silencio pueda ser interpretado por el Tribunal en el plano probatorio en los términos que estime conveniente.

6. En definitiva, en nuestro caso no se puede cuestionar la voluntariedad de la declaración realizada el 2 de marzo de 2001, distante temporalmente del momento del hallazgo de la droga y después de una declaración exculpatoria, sin que pueda afirmarse cualquier influencia inmediata por la seducción originada por el descubrimiento de la droga.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha venido reafirmando que la confesión en determinadas condiciones (en nuestro caso se cumplen) se halla desconectada de cualquier diligencia ilícita que constituya el antecedente de aquélla. Confesó a su instancia mucho tiempo después de ser sorprendido en posesión de una importante cantidad de hachís, se le informó de sus derechos y estuvo presente para asesorarle el letrado.

Durante tanto tiempo transcurrido el acusado y su letrado pudieron imaginarse -dentro de la lógica más elemental- que su detención y el descubrimiento de la droga no fue mera casualidad, y si no se descubrió el delito por el azar, es indudable que debió mediar un confidente, un delator o una intervención de conversaciones telefónicas como hipótesis más usuales.

7. Por otra parte la admisión de la confesión como desconectada de otras pruebas ilícitas precedentes, se va afianzando como doctrina del Tribunal Constitucional, que la admite con gran amplitud.

Muestra de ello es la reciente sentencia del T. Constitucional nº 136/2006, de 8 de mayo, que confirma *"la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a que las declaraciones se presten con la asistencia letrada, son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de conexión o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida..."*

Si lo definitivo es ponderar la libertad y voluntariedad del acusado a la hora de emitir su declaración, en el caso que nos ocupa no existe posibilidad de recurrir al art. 5-1º L.O.P.J., reputando nula la confesión, como prueba refleja de una ilicitud insubsanable de las intervenciones telefónicas.

En particular y descendiendo a nuestra hipótesis el desconocimiento de la existencia de intervenciones telefónicas era compartido, en el principio de la investigación y mientras las diligencias penales del juzgado nº 4 de Almería se mantuvieran secretas, tanto por el juez de Castellón como por el Mº Fiscal y por la fuerza policial instructora, que no podían conocer la existencia de las mismas.

8. La valoración probatoria de la autoinculpación debe hacerse de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes. De éstas no se deriva cuál hubiera sido el testimonio del inculcado de conocer que la droga descubierta en su coche fue fruto de ciertas intervenciones telefónicas, ordenadas por un juez de Almería en el correspondiente auto habilitante.

En cualquier caso ni el acusado ni su defensa, como puntualiza perfectamente la sentencia de instancia, ha apuntado la posibilidad de que el recurrente actuara de otro modo. Se dice que ante la evidencia del descubrimiento pretendía con la confesión beneficiarse de la aplicación del art. 376 C.P., previsto para los arrepentidos. El argumento carece del menor apoyo jurídico, porque el acusado no acudió a la policía a confesar su infracción, sino que fue detenido mientras realizaba un transporte de droga, lo que excluye cualquier posibilidad de aplicación de tal precepto.

9. Por último, la validez probatoria de la confesión se reafirma si la consideramos, como con acierto hace la Audiencia Provincial, desde la óptica del principio de proporcionalidad.

En tal sentido el vicio originario de las escuchas es la insuficiencia de datos objetivos sospechosos de criminalidad y su expresión en el auto habilitante.

Por consiguiente no es lo mismo, según explica la Audiencia, dentro de las posibilidades lesivas de un derecho fundamental, que la vulneración producida se provoque sin intervención de la autoridad judicial que con la intervención de la misma, y de igual modo no cabe equiparar un auto carente de motivación con el que posee una motivación insuficiente.

Por todo ello y siendo válida la prueba de confesión, tal probanza en relación a la droga intervenida destruye eficazmente el derecho a la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Contraindicios.**

Recurso: Casación nº 10354/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«...En efecto, es cierto que el contraindicio no puede ir aislado y debe ir, unido al menos, a un indicio por cuanto la primera de las exigencias de la prueba indiciaria, esto es, la necesaria relación directa entre indicio y resultado, comporta una consecuencia evidente: el indicio debe probar directamente el hecho inmediato, es decir, no cabe intercalar entre indicio y resultado otra presunción, entendida ésta en su conjunto u otro indicio. La consecuencia que se extraiga del hecho indirecto debe ser directa.

Por ello se sostiene que no es posible valorar el contraindicio o coartada como elemento base o interpuesto de la presunción o de extraer una

consecuencia indirecta de un hecho inmediato o, lo que es lo mismo, no inferida del hecho probado. Se estima, en definitiva, que la falsedad de la coartada no puede ser en buena lógica un indicio de culpabilidad y ello por faltar los elementos que tipificar el indicio y, en especial, por no responder el elemento racional que es común a toda prueba indiciaria.

Así, y en tanto, el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas objetos en poder del acusado, etc...) que sirve para probar directamente la autoría del delito, el contraindicio o coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional, falta de base causal, al menos, por si sólo, pero también es cierto que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, *cuando existen otros indicios relevantes de cargo*. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su total ausencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS. 29.10.2001).

En definitiva, si el acusado que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tal importante dato, la STS. 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que "los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por si solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Por ello la falta de credibilidad de la coartada y la ausencia de explicación alternativa de la presencia de sus huellas en el manual de instalación del mismo programa con que fueron elaborados los archivos del disquete intervenido al recurrente "Clarix Woks" puede ser valorada por la Sala para reforzar su convicción, por cuanto, aun siendo cierto, se insiste, que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, cuando existen pruebas de cargo serias de la realización o participación en un hecho delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna (STS. 15-3-2002)». (F. J. 5º)

**PRUEBA. Declaración como testigo protegido e imputado con información de derechos y asistencia letrada, prestando juramento: nulidad.**

Recurso: Casación nº 1293/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1076/2006 de fecha 27/10/2006

«El primero y segundo motivo de su recurso, denuncia la vulneración constitucional de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y de tutela judicial efectiva, alegando que es nula su declaración como **testigo protegido y a su vez imputado, encontrándose detenido, por lo que le fue dada lectura a sus derechos constitucionales**, y previo juramento, con sus efectos irradiantes de conexión de antijuridicidad.

Señala también el recurrente que le ofrecieron “ventajas” en reuniones previas para llegar esta declaración, y que se produjo tanto “desconcierto procesal” por dicha intervención en la indicada doble condición, que incluso el propio Ministerio fiscal le llamó a declarar como testigo protegido número 1, debiendo adoptar su posición de acusado en el plenario, una vez que se aclaró su verdadera posición procesal.

Ya ante el Tribunal de instancia, se planteó la nulidad de dicho testimonio, pero la sentencia recurrida dice exclusivamente al respecto que la declaración de M. P. V. A. es plenamente válida, aunque figure identificado formalmente como “testigo protegido”, y ello porque fue prestada “materialmente” en concepto de imputado, con lectura de derechos y asistencia letrada.

La Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y a Peritos en Causas Criminales, no admite en su artículo primero otra protección que la correspondiente a los testigos o a los peritos. Así, el art.1º.1 de la misma, dispone literalmente que: “*las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales*”. No pueden arbitrarse tales medidas, de modo alguno, a los imputados, por falta de previsión legal, y porque la situación de éstos es radicalmente diferente a la de un testigo o un perito.

Así, tanto en el atestado policial, como en la propia sede judicial, se le toma declaración en condición de testigo protegido, pero, a su vez, se le informa de sus derechos constitucionales, y le asiste un letrado, y todo ello se adereza con la prestación de “juramento” antes de tomarle declaración. En suma, estas declaraciones **son completamente nulas**, por infringir las más elementales normas a un proceso con todas las garantías, e irradian su conexión de antijuridicidad a cualquiera otra declaración que haya prestado el propio acusado, aun en el acto del plenario.

Esta nulidad, junto al dato igualmente afectante a otros acusados, de no constar expresamente conocer el origen ilícito del dinero en el “factum” de la sentencia recurrida, debe producir la absolución del mismo, por vulneración de sus derechos fundamentales, y particularmente su derecho constitucional a la

presunción de inocencia (motivo cuarto), una vez que se ha expulsado del material probatorio tales declaraciones en concepto de *testigo protegido*, sin que sea ya preciso el estudio de sus restantes motivos casacionales». (F. J. 21º)

### **PRUEBA. Declaración del coimputado. Doctrina del Tribunal Constitucional. Corroboración externa.**

Recurso: Casación nº 10339/2006 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1021/2006 de fecha 16/10/2006

«. Es conocida de todos la doctrina del TC relativa a la validez de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo, iniciada en dos sentencias, las números 153/1997 y 49/1998, y ahora ya consolidada (Ss. 68, 72 y 182/2001, y 2, 57, 181 y 233/2002, entre otras muchas), doctrina que podemos resumir en los términos siguientes:

1º. Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de guardar silencio que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE, que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo cual constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación (STC 57/2002).

2º. La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

3º. Tal corroboración aparece definida en nuestro TC como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dicho coacusado.

4º. Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

5º. Respecto al otro calificativo de "mínima" referido al concepto de corroboración, reconoce el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

6º. No sirve como elemento corroborador la declaración de otro coimputado. El que haya manifestaciones de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo.

Particularmente queremos referirnos aquí a una sentencia reciente de dicho TC la nº 55/2005, de 14 de marzo, luego reproducida en otra, la nº

286/2005, de 7 de noviembre, en cuyo fundamento de derecho 1º podemos leer lo siguiente:

*<<Debe añadirse que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.>>*

Añade después, en ese mismo fundamento de derecho 1º, que:

*<<...los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4; 65/2003, de 7 de abril, F.6).>>*

Con lo dicho en estas dos últimas sentencias del TC, 55 y 86 ambas de 2005, queda aclarado que este requisito de la corroboración externa, concreción objetiva y singularmente eficaz del contenido del derecho a la presunción de inocencia, ha de ser individualizado respecto de cada acusado en concreto y, asimismo, con relación a cada uno de los hechos que se atribuyen a cada uno de los coimputados.

Si son varios los procesados y estos aparecen implicados, a su vez, en diferentes hechos delictivos, no cabe valorar de modo global como creíble la declaración del imputado (o imputados) por existencia de alguna corroboración externa para, a partir de aquí, considerar que todo lo dicho en tal declaración ha de reputarse válido para cuantas coimputaciones aparezcan en la misma.

Véase la sentencia de esta sala 1/2006 de 9 de enero en su fundamento de derecho 4º». (F. J. 3º)

**PRUEBA. Declaración efectuada en el atestado: primero como testigo y luego como imputado. La primera no puede introducirse a través de los agentes policiales ante los que prestó.**

Recurso: Casación nº 2142/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1048/2006 de fecha 25/10/2006

«...Como antes se ha razonado, se estima que no puede rescatarse por la vía indirecta del testigo de referencia o testigo "de oídas" la declaración inculpativa en el atestado de quién luego no lo ratifica en presencia judicial, siendo el único dato inculpativo existente, y ello porque no cabe la figura del testigo de referencia --art. 710-- allí donde está disponible para el Tribunal el autor de la manifestación concernida. Pero resulta, que, en el presente caso ni siquiera por la interpretación que la doctrina del Tribunal Constitucional ha efectuado esta Sala como se acaba de hacer referencia, puede tener acceso al inventario de pruebas la declaración del agente porque al recurrente se le recibió en un primer momento declaración en condición de testigo y fue en esa conclusión cuando alegó que había acompañado a sus amigos en ventas

anteriores, y por tanto, sin instrucción de derechos ni asistencia de letrado -- véase folio 15 del atestado--, al final de la declaración, es cuando se acuerda que el agente instructor la detención e instrucción de sus derechos, a las 5'45 horas del día 29 --folio 17--, debiéndose consignar que la declaración en calidad de testigo concluyó a las 5'37 h. Seguidamente a las 12'44 horas del mismo día 29 de Agosto, se le recibió, ya como imputado y con asistencia de letrado nueva declaración --folio 18--. En dicha declaración no efectuó manifestación alguna, con lo que resulta que los elementos autoincriminatorios se hicieron cuando declaró como testigo, y en este estado, es claro que bajo ningún concepto puede introducirse esta declaración a través de los agentes policiales ante los que se prestó, por lo que hay que concluir que a efectos de actividad probatoria la misma es inexistente». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Declaraciones en sede policial.**

Recurso: Casación nº 11212/2006

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 541/2006 de fecha 14/06/2007

«Esta Sala se ha planteado en ocasiones la eficacia probatoria de las declaraciones realizadas en sede policial. La doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional han entendido que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, pues no puede negarse todo valor probatorio para cualquier caso a las diligencias sumariales. Sin embargo, como tales excepciones, han de ser interpretadas restrictivamente.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 714 y 730 de la LECrim permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Bien entendido que como expresa rotundamente la STC 206/2003, “debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim «se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara conclusa la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía»”. Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. La misma doctrina ha entendido que en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias “que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías” (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 7/1999, de 8 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre).

En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de éstas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo; y en segundo lugar porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían sostener otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas de forma tan amplia que dejen sin efecto las constantes exigencias relativas a la presencia del Juez en la declaración para que pueda considerarse prueba preconstituida, o la doctrina consolidada del mismo Tribunal acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos de referencia.

Cuando se trata de declaraciones de imputados la cuestión no es muy diferente. Esta Sala ha admitido la aplicación del artículo 714 de la LECrim en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral. Asimismo ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración conjunta de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el Juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción. 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”.

Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que “las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”. Acuerdo que fue seguido de las STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre.

En estos casos, aun cuando la declaración sea valorable, la prueba de cargo no viene constituida, en realidad, por el contenido de la declaración policial considerado en sí mismo y aislado de cualquier otro elemento, sino por el dato objetivo de carácter incriminatorio ya aportado en esa declaración, cuya realidad ha sido posteriormente comprobada por otros medios, siempre que haya sido

incorporado válidamente al juicio oral. Asimismo, nada impide que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan.

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal debe proceder a la valoración de los datos objetivos contenidos en aquella declaración cuya realidad haya sido comprobada, una vez incorporados debidamente al plenario por cualquiera de los medios admitidos por la jurisprudencia, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas en función de la valoración conjunta de la prueba». (F. J. 2º)

#### **PRUEBA. Dispensa de declarar: testigo víctima. Equiparación de la pareja de hecho al matrimonio.**

Recurso: Casación nº 10712/2006 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 134/2007 de fecha 22/02/2007

«...La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.

En el presente caso, como ya se ha dicho, actuó correctamente la Audiencia cuando le permitía a la víctima el derecho a no declarar una vez verificado por la propia declaración de la víctima en el Plenario, que la connivencia continuaba.

La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal que se refiere

junto a la relación conyugal a la de que la persona "esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad"». (F. J. 1º)

**PRUEBA. Entrada y registro. Entrada judicialmente autorizada y registro amparado por la flagrancia delictiva.**

Recurso: Casación nº 1449/2006  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 171/2007 de fecha 26/02/2007

«...La ley procesal distingue entre la entrada y el registro. No cabe duda que los policías que accedieron a la vivienda tenían un mandamiento judicial que amparaba la entrada en la misma, y que para el registro era necesaria la presencia del Secretario Judicial. Además, en el caso, la autorización judicial contemplaba la práctica sucesiva de tres registros domiciliarios. Lo más conforme a la legalidad ordinaria sería la habilitación de funcionarios judiciales para que pudiera practicarse el registro de forma simultánea en todos los casos, con objeto de asegurar la diligencia. Pero lo trascendente aquí lo constituye el hecho de verificar una entrada para la que la policía judicial cuenta con la habilitación judicial correspondiente, no, por el contrario, para verificar el registro por propia autoridad, si no es con la asistencia y el concurso del fedatario judicial. Y a su vez, la ley procesal permite la adopción de las llamadas medidas preventivas que disciplina en el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por ello, que en un caso que guarda similitudes con el actual, concretamente el decidido en la STS 14-3-2000, se consideró válida la entrada, ante el temor de resultar fallida la diligencia, ordenando el Jefe del Grupo Policial (que venía de camino con el Secretario Judicial) a sus fuerzas, *la entrada*, reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del Secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente.

Del propio modo, en este caso, los funcionarios policiales, portando el mandamiento judicial, pretendían el aseguramiento del registro, y ante la flagrancia delictiva que suponía el desprenderse de una ingente cantidad de sustancia estupefaciente, ya arrojada al inodoro, pudieron recuperar las papelinas citadas (por la fuerza actuante), lo que no produjo en los moradores vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de nuestra Carta Magna), pues *la entrada* en el mismo había sido previamente autorizada judicialmente, en condiciones de regularidad procesal, y lo sucedido después estaba cubierto constitucionalmente ante la flagrancia delictiva observada». (F. J. 2º)

**PRUEBA. Entrada y registro. Inexistencia de delito flagrante.**

Recurso: Casación nº 10134/2006 P  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia: nº 879/2006 de fecha 20/09/2006

«Pues bien, a tenor de estas consideraciones no puede ser más claro que en el supuesto a examen no existió delito flagrante, por lo que el registro policial de la vivienda careció abiertamente de justificación. Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo y tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad.

Invoca la sala la doctrina del hallazgo casual, tratando de dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación descrita. Pero la evocación no puede ser menos pertinente, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular, que es, justamente, lo que aquí falta. Pues, si hubiera sido legítima la constatación por la policía municipal de ciertos indicios de delito, y éstos idóneos para fundar un registro judicial; no lo fue en cambio el de carácter exclusivamente policial llevado a cabo, que es el contexto en el que se produjo la incautación de la cocaína y demás objetos.

Siendo así, la conclusión sólo puede ser una: el derecho fundamental que consagra el art. 18,2 CE se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la única base de la sentencia impugnada, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma y, en general, de las actuaciones. Es por lo que el conocimiento obtenido de ese modo tendría que haber sido tratado de la forma que impone el art. 11,1 LOPJ, que lo hace rigurosamente inutilizable». (F. J. 7º)

**PRUEBA. Entrada y registro. “Interesado”. Presencia del titular del domicilio, presencia del imputado.**

Recurso: Casación nº 1816/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 181/2007 de fecha 07/03/2007

«...Respecto a la no intervención de la interesada o propietaria del domicilio disponible al estar detenida y la no constancia de los testigos que asistieron al registro, la STS. 183/2005 de 18.2, nos explica que el interesado, cuya presencia exige el art. 569 LECrim. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostente con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalismo o la intimidad, que corresponde a quien

por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad.

El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim.". Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 566 y 570 LECrim. Por lo que en definitiva, el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y el que debe recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal de intervenir en la diligencia de registro. Son numerosas las sentencias de esta Sala en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presente el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado (SSTS. 12.3.96, 19.1.99, 11.2.2000).

Es cierto que es ya uniforme la jurisprudencia exigiendo en todo caso la presencia del interesado -persona investigada- en la realización del registro en aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o éste se halle presente. Tal presencia, se dice, si es posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe de rodearse toda diligencia de prueba.

El Tribunal Constitucional sin embargo para los supuestos en que el acusado no estuvo presente en la diligencia de registro del domicilio en que fue localizada la droga, pero si lo estuvo su compañera sentimental la titular del domicilio, vino a declarar que aquella ausencia es constitucionalmente irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC. 171/99 de 27.9)». (F. J. 9º)

#### **PRUEBA. Entrada y registro en buque con bandera extranjera.**

Recurso: Casación nº 10048/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 55/2007 de fecha 23/01/2007

«...Respecto de la primera de tales alegaciones, baste recordar, insistiendo en lo ya suficientemente razonado, con pleno acierto, por la Sala de instancia en su Sentencia, que nos encontramos ante una nave que no puede reclamar para sí el amparo de los Convenios que regulan la navegación, especialmente el suscrito en Montego Bay, en 1982, toda vez que el Rapa Nui utilizaba un doble abanderamiento, habiendo dispuesto, en el inicio de su travesía, de bandera chilena para, posteriormente, izar la hondureña, con clara intención de ocultar su verdadera identidad, llegando a ostentar en su casco la referida denominación Rapa Nui, que tampoco se corresponde con su nombre real, como exhaustivamente demuestran los atinados fundamentos contenidos,

respecto de este extremo, en la Resolución recurrida, tras un pormenorizado examen de las pruebas documentales obrantes al respecto en las actuaciones. Argumentos a los que nos remitimos para rechazar la alegada necesidad de contar con dicha autorización de las autoridades de la República de Honduras». (F. J. 1º.4)

**PRUEBA. Falta de notificación al Ministerio Fiscal de los autos acordando restricción de los Derechos Fundamentales.**

Recurso: Casación nº 19/2006  
Ponente: Sr. Granados Pérez  
Sentencia: nº 1202/2006 de fecha 23/11/2006

«Se alega falta renotificación al MF de los autos que autorizaron las intervenciones telefónicas y los registros.

Al rechazar esta misma invocación realizada por el anterior recurrente se razonó ese rechazo expresándose que no puede compartirse la afirmación que se hace, en defensa del motivo, de que esas resoluciones judiciales no hubiesen sido puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal, ya que consta en los Autos mencionados, con firma del Juez y dación de cuenta por el Secretario judicial, que las resoluciones se comuniquen al Ministerio Fiscal, es decir que se ha dado cumplimiento a esa exigencia de notificación, como se declara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2006, de 8 de mayo, al existir la orden que así lo acuerda, sin que pueda exigirse acuse de recibo de esa notificación. Y no debe olvidarse que el Fiscal está constituido en las actuaciones, como se establece en el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no existe dato alguno de que esa ordenada notificación no se hubiese efectuado». (F. J. 2º del R.FLR)

**PRUEBA. Intervención telefónica. Audición de cintas en juicio. Doble naturaleza de las cintas: documental y pieza de convicción. Basta solicitar tal diligencia como complemento de la prueba documental interesada.**

Recurso: Casación nº 10381/2006 P  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 1186/2006 de fecha 01/12/2006

«...En extracto la razón de la protesta radica en la admisión y práctica en juicio de una prueba no solicitada en tiempo y forma por el Mº Fiscal, ni por ninguna de las partes, cual fue, la audición directa de una parte de las cintas originales incorporadas al plenario.

Se soporta argumentalmente tal impugnación en el tenor del art. 728 L.E.Cr., según el cual, no podrán practicarse en el acto del juicio oral ninguna otra prueba que las solicitadas por las partes. A su vez ninguna de las excepciones que establece el art. 729 de dicha Ley resultan aplicables al caso.

El Tribunal realmente tan sólo solicitó para el acto de la vista la incorporación como documental de las transcripciones pero no la adveración de su contenido mediante la audición, ante cuya circunstancia tampoco la defensa articuló medio de prueba alguno para poder acreditar la autenticidad de las mismas.

Incluso sostiene que tampoco tendría posibilidades el tribunal de instancia de dar cabida a la audición de las cintas por el cauce del art. 726 L.E.Cr. ya que no fue ésta la vía a la que se acogió el Fiscal para proceder a la audición.

Con todo ello la parte recurrente considera que la actuación de la Audiencia vino a incidir de forma directa en el desequilibrio de las posiciones de acusación y defensa con la introducción extemporánea de un elemento probatorio no previsto.

## 2. Al recurrente no le asiste razón.

Por una parte el art. 726 L.E.Cr. siempre le brinda posibilidades al tribunal sentenciador de tomar contacto directo, a efectos de evaluar los elementos probatorios que se contengan en documentos, piezas de convicción, libros, papeles, etc. que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

En nuestro caso las cintas grabadas integran claramente un documento de conformidad a los términos definitorios del art. 26 del C.Penal: "todo soporte material que exprese e incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

## 3. Por otra parte, también las cintas grabadas integran una pieza de convicción en cuanto constituye un instrumento que incorpora datos que acreditan la posible comisión de un delito.

Partiendo de su dúplice naturaleza documental y de pieza de convicción, el Ministerio Fiscal para el acto del juicio solicitó la lectura de determinadas transcripciones atribuidas al procesado Alberto Contreras, pero al negarse este procesado haciendo uso de su derecho a no declarar interesó la audición directa de las mismas. La Audiencia tras deliberar sobre la admisión de la prueba acuerda que:

1) las piezas de convicción es obligado tenerlas en la Sala -el art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que en el día señalado para la celebración del juicio oral y al dar principio a las sesiones se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieran recogido, y las cintas donde consta la grabación de las conversaciones lo son-.

2) que se puede proceder a la lectura de un documento y a la audición de las cintas que estén a disposición del Tribunal como pieza de convicción, y por ello se procede a la audición haciendo constar su protesta los letrados y en concreto el del recurrente que manifiesta que las cintas no constituyen prueba documental al ser éstas los folios transcritos.

Los demás procesados se comportaron de la misma guisa cuando llegó el turno de su interrogatorio, procediéndose de igual modo.

4. En conclusión podemos afirmar que, aportadas las cintas originales a la causa, debidamente transcritas por la fuerza policial, como le fue ordenado judicialmente, la parte recurrente tuvo dentro de su posibilidades defensivas, si entendía que la autoría o contenido de las mismas no se ajustaba a la realidad, solicitar prueba fonológica o el cotejo de las cintas por el secretario judicial o su audición directa en el juicio y ninguna de esas posibilidades utilizaron.

Con la audición directa de las grabaciones se tenía la posibilidad de subsanar presuntas irregularidades que pudieran presentar y en cualquier caso se ofreció a las partes la posibilidad de contradecirlas. Por si fuera poco el contenido grabado fue corroborado por los policías que lo efectuaron, que como testigos pudieron dar completo detalle de su desarrollo y resultados, con posibilidad de ser interrogados por todas las partes procesales. La prueba fué legítimamente practicada.

El motivo debe ser rechazado». (F. J. 6º)

#### **PRUEBA. Intervención telefónica. Captura de datos externos. Se extiende el ámbito de protección del derecho fundamental.**

Recurso: Casación nº 1351/2005 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 130/2007 de fecha 19/02/2007

«...En vista de lo expuesto, hay que establecer dos conclusiones. Una acerca de lo efectivamente sucedido en la obtención de los números de Emilio Andrés Parra, por parte de la policía; la otra tiene que ver con la caracterización jurídica de ese modo de operar.

En cuanto a lo primero, existe base para afirmar —a los solos efectos de esta resolución— que la policía, antes de acudir al juzgado en demanda de una autorización para intervenir los teléfonos de referencia, habría procedido por sus propios medios técnicos a injerirse en el curso de algunas comunicaciones telefónicas, consiguiendo así los números de los correspondientes a un determinado usuario. Es lo que resulta del oficio que abre la causa en relación con la afirmación testifical antes transcrita, en la que el funcionario declarante precisó que el ingenio técnico utilizado permite la detección de “los números de teléfono que se están utilizando”. Esto es, los que son objeto de un uso actual, obviamente, para el diálogo entre personas, como es lo propio de tales medios. De donde se sigue que la pesquisa policial afectó de forma jurídicamente irregular a un acto de comunicación telefónica con objeto de desvelar un dato amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones del art.18,3 CE.

En efecto, el Reglamento antes citado, en su art. 84, apartado a) requiere, para que la “interceptación [sea] legal”, que la “medida” [haya sido] establecida

por la ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la interceptación a los agentes facultados”. Y, en el apartado e), considera “agente facultado al efecto” al “policía judicial o personal del Centro Nacional de Inteligencia habilitado por una autoridad judicial para materializar una interceptación legal”.

Por otro lado, la misma disposición considera “información relativa a la interceptación”, entre otras, la “identidad o identidades —en la acepción definida en el art. 84 i—”. Y éste define la “identidad” como “etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificables mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso”.

Por tanto, también la captura de los llamados “datos externos” al contenido de la comunicación, del tipo de los que acaban de indicarse, tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación, a efectos constitucionales y legales, y está sujeta al mismo régimen, tanto en el plano de los requisitos como en el de las consecuencias asociadas a la infracción de éstos. Es lo que asimismo se desprende, según se ha visto, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la línea de lo establecido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Malone*, ya citada, conforme a la cual, “los números marcados” en un teléfono son también “parte de las comunicaciones telefónicas”.

En los datos obtenidos en este caso concurre, además, otra particularidad. Y es que, al corresponder a teléfonos de los conocidos como de “prepago”, sus números estaban sujetos a un régimen comercial que otorga *de facto* un plus de reserva, pues la relación de pertenencia a un determinado titular resulta desconocida incluso para el propio operador que dispensa el servicio. Así, la información constituida por la identidad del comunicante sólo pudo obtenerse incidiendo sobre él y, precisamente, en el momento de la comunicación.

Todas estas referencias constitucionales y legales ponen de manifiesto algo esencial en la materia. Esto es, que el umbral de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones tiene carácter rigurosamente preceptivo. Por tanto, es el ordenamiento el que establece sus términos y su alcance mismo. Así, como espacio de intimidad garantizado al máximo nivel normativo, no podría quedar, y no queda, a expensas de la evolución de los avances de la técnica, lo que supondría un riesgo permanente de eventual relativización, con la consiguiente degradación de lo que es una relevante cuestión de derecho a mero dato fáctico. De modo que importa poco la clase de recursos que pudieran utilizarse, el grado de sofisticación de éstos y las modalidades de aplicación, si, en supuestos como el contemplado, lo que al final resulta es la intervención de comunicaciones que son proyección de la intimidad personal, en cualquiera de los aspectos de las mismas dotados de tutela constitucional. Tal es lo que

resulta también del tenor del art. 197 Cpenal, que, para proteger el derecho del art. 18,3 CE, criminaliza el empleo —para los fines que describe— de “cualquiera otra señal de comunicación”, además de las que expresamente menciona. Esto confirma de la manera más elocuente que en nuestro orden legal vigente el derecho fundamental de referencia goza del máximo de protección, que se extiende no sólo al contenido de la conversación sino, igualmente, a los datos técnicos reservados, mediante cuyo conocimiento podría llegarse a saber de la existencia de la misma como tal. Lo que, en el caso de las comunicaciones por teléfono móvil o celular, comprende tanto la captura del número de abonado (si el acceso al servicio es por contrato) o de usuario (en el supuesto de tarjetas de “prepago”, que es el de esta causa) como la del código del terminal, que, por una vía más indirecta, permite obtener el mismo efecto de invasión del ámbito del secreto.

La afirmación que da sustento a los motivos que se examinan, además de constituir un argumento de impugnación, comporta la imputación de una conducta penalmente relevante a los efectos de los arts. 197 y 198 Cpenal. Por eso, en rigor, su veracidad sólo podría afirmarse con fundamento en la existencia de verdadera prueba de cargo, tratada de forma contradictoria en un juicio. Algo que no se ha dado y que tampoco cabe en esta causa». (F. J. 1º)

**PRUEBA. Intervención telefónica. La falta de notificación al Ministerio Fiscal no afecta al derecho de defensa del acusado.**

Recurso: Casación nº 422/2006  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1187/2006 de fecha 30/11/2006

«c) Y, finalmente, la inexistencia de notificación al Fiscal de la realización de las “escuchas”.

A este respecto, es sobradamente sabido que el Ministerio Público se encuentra permanentemente personado en las actuaciones, con capacidad propia para tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación a la que se refiere el Recurso, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, siendo el Juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte». (F. J. 1º)

**PRUEBA. Justificación de la incomparecencia a declarar en plenario de víctima menor. Superior interés del menor. Suficiencia de la exploración anticipada grabada y reproducida en el juicio.**

Recurso: Casación nº 1181/2006  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 151/2007 de fecha 28/02/2007

«...En el presente caso el problema que se plantea es el de la necesidad de la prueba en el juicio oral. Para su examen hemos de atender no sólo a las normas procesales y al contenido esencial del derecho de defensa, también a los derechos del menor en el proceso penal que como víctima es llamado a proporcionar los datos del hecho enjuiciado.

En la valoración sobre la necesidad, como hemos expuesto, ha de ponderarse, de una parte, el derecho del acusado a interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta) y el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. En los términos de la STS 429/2002, de 8 de marzo, "La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra". El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Esta jurisprudencia, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando éstos son testigos del hecho criminal, compaginando las exigencias que su específica protección con las que en el derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3.d del CEDH), obliga a una búsqueda de un equilibrio, una ponderación entre los intereses descritos, ponderación que ha de ser racional y explicitada en la motivación de la resolución que se dicte.

El tribunal de instancia ha justificado la ausencia en el juicio oral de la víctima, se recuerda de tres años al tiempo de los hechos objeto del enjuiciamiento en el hecho de que esa declaración, y el sometimiento a nuevas pericias, había sido desaconsejado por los profesionales que la trataban bajo

pena de agravar las secuelas derivadas de su condición de víctima, y en resultar ello de los principios básicos recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 3 de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España el 30-11-90, y tuvo en cuenta que la exploración fue llevada a cabo de forma anticipada, con presencia de las partes del enjuiciamiento y su práctica fue grabada para su reproducción en el juicio.

Señalado lo anterior, esto es, el marco de decisión, analizamos la impugnación del recurrente, esto es la indefensión por la denegación de la exploración de la menor. En el juicio oral se vio y escuchó la grabación videográfica de la exploración de la menor a la que asistieron, además de médicos y psicólogos, la Juez, el Fiscal y los abogados de las partes personadas. En esa grabación se practicó el interrogatorio cruzado de las partes, con la intervención directa de la Juez para preservar los derechos de la menor y efectuando las preguntas a través de la psicóloga que atendía la situación de la menor, para evitar que la diligencia de averiguación de los hechos pudiera suponer un riesgo en la menor que deponía. En este sentido, el tribunal de instancia decide la denegación de la prueba que apoya en el tiempo transcurrido desde los hechos, la edad de la víctima, la consideración de prueba preconstituída de la grabación videográfica de la exploración de la menor y innecesariedad de esa exploración en el juicio oral, pues obraba la grabación de la exploración sumarial con todas las partes presentes, sin poner en riesgo a la menor.

En el juicio oral, tras el visionado de la cinta de grabación reproduce la protesta, esta vez con un contenido que expresa en el hecho de la existencia de dos cortes en la grabación. El primero, cuando el Letrado del acusado quiere realizar preguntas a la menor y la Juez la atiende pero, en ejercicio de las facultades de dirección del proceso, con observancia de los principios anteriormente señalados, dispone que esas preguntas no sean directas a la menor sino que se efectúen a través de la psicóloga, medida de ordenamiento de la exploración y lógica desde los bienes afectados. Manifiesta el Letrado en el recurso que no constan las preguntas que él quiso realizar, sin embargo a la única que se refiere en el escrito de formalización es para indagar si la menor había sido influenciada por la madre para que su declaración fuera en el sentido incriminatorio, pregunta que consta haber sido realizada y contestada. Refiere que hubo otras preguntas que, ahora, no expone por lo que no puede valorarse el contenido material de la indefensión que denuncia. El segundo corte en la grabación se refiere a que la cinta acaba en la hora 12.59.57, en tanto que la diligencia escrita la detalla al final de la diligencia a las 13 horas. La diferencia es de apenas tres segundos y por importante que fuera la diligencia no grabada, en tan corto espacio de tiempo sería irrelevante el material dejado de grabar. Arguye el recurrente que ese corte es superior, que cifra en 42 segundos, tiempo igualmente exiguo, máxime en una exploración de una menor y cuyo contenido, en el supuesto de que la interrupción fuera como el recurrente expone, no concreta, por lo que tampoco puede declararse la existencia de una indefensión material.

Desde la perspectiva expuesta ninguna indefensión se ha producido por la denegación de una prueba cuando ésta fue practicada en el juicio oral, mediante la grabación de la exploración como prueba preconstituida. Las alegaciones de indefensión se desvanecen ante los fundamentos opuestos por el recurrente, limitados a dos cortes en la grabación cuyo contenido carece de relevancia a los efectos de perjudicar el derecho de defensa.

Ciertamente, existen pronunciamientos jurisprudenciales en un sentido contrario al expuesto, considerando esencial para el enjuiciamiento penal la exploración de los testigos de cargo contra el acusado, como la STS 1494/2002, de 20 de septiembre, pronunciamiento dictado para un supuesto absolutamente distinto del presente. En este antecedente se trataba de unas menores que debían declarar contra su padre en unas diligencias que habían sido archivadas con anterioridad y en cuya tramitación nunca llegaron a declarar, por lo que el acusado fue absuelto y se pretendió la revocación, a manera de presunción de inocencia invertida, con apoyo en testimonios referenciales. Se trata de un supuesto muy distinto al que es objeto de la presente casación, en el que el tribunal de instancia ha ponderado, con criterios de lógica, los intereses en juego, particularmente la protección de la menor sin restricción material del derecho de defensa». (F. J. 1.1º)

#### **PRUEBA. Pericial toxicológica. “Doctrina sobre la mera impugnación”.**

Recurso: Casación nº 1864/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 901/2006 de fecha 27/09/2006

«Interpretación ésta asentada en la jurisprudencia, tras la entrada en vigor de la LO. 9/2002 de 10.12, cuya disposición adicional 3ª modificó la Ley 38/2002 de 24.10, añadiendo un segundo párrafo al art. 788.2 LECrim. a cuyo tenor: *"En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas."* Como ya ha anticipado la STS. 97/2004 de 27.1, en relación con en relación con este nuevo precepto "no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de este tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho proscrito por el art.11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines".

En igual sentido la STS. 27.9.2005, que recuerda que no de otra forma se ha pronunciado esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005 que en relación al art. 788 LECrim. adoptó el siguiente acuerdo:

"La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el Art. 788.2 LECrim" ». (F. J. 5º)

### **PRUEBA. Pericial toxicológica. Incomparecencia de los peritos al plenario pese a impugnar la defensa el contenido del informe.**

Recurso: Casación nº 628/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1287/2006 de fecha 26/01/2007

«..Pasamos a dar respuesta a la denuncia a) del primer submotivo en el que se denuncia la nulidad de los Informes Periciales sobre la droga ocupada y la falta de comparecencia al Plenario de sus autores no obstante haber sido impugnados temporáneamente con quiebra del derecho a contradecir.

Existe al respecto una sólida doctrina jurisprudencial de esta Sala que tiene su origen en los Plenos no jurisdiccionales de 21 de Mayo de 1999 y ratificado en el de 23 de Febrero de 2001.

En el primero de los Plenos citados se adoptó el siguiente acuerdo:

*"...siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio oral rechazando la propuesta que mantiene que si la impugnación no se refiere al contenido esencial de la pericial sino que se refiere a presupuestos objetivos de validez que se constata que concurrieron, no sería causa de impugnación...."*

En el segundo Pleno, se ratificó el contenido del primero, con la sola modulación --que no afecta al núcleo de lo decidido--, que si se diese un motivo que lo justificara, el Tribunal podría aplicar el art. 11-1º LOPJ --peticiones fundadas en manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal-- que es derecho vigente, también desde la óptica de la defensa del acusado.

Realmente el Acuerdo que exige la presencia de los peritos en el Plenario en caso de previa impugnación de los informes emitidos en fase de instrucción es consecuencia del carácter preparatorio que tiene la instrucción ¿habrá que recordar, una vez más, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la cual? *"...el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal..."* previamente se dice *"...de hoy más las investigaciones del Juez Instructor no serán sino simple preparación del juicio...."*

Ciertamente la justicia en el marco de un proceso penal sólo es posible desde el previo conocimiento de lo ocurrido, pero ello debe efectuarse a través del doble cedazo que supone la verificación de la legalidad de las pruebas de cargo y que la decisión alcanzada por el Tribunal se haya obtenido dentro de la contradicción que constituye la esencia de todo juicio. Este se define por un decir y un contradecir --SSTS 2207/2001 de 19 de Noviembre, 500/2004 de 20 de Abril, 410/2006 de 5 de Abril, 875/2006 de 6 de Septiembre, entre otras--, lo que por otra parte forma parte del núcleo mínimo de derechos de todo imputado como se reconoce expresamente en el art. 6-1º del Convenio Europeo de 1950 y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pues bien desde estos precedentes, pasamos a estudiar la denuncia efectuada que ciertamente tiene calado, y es relevante de verificarse la realidad de lo que se afirma.

Un examen directo de las actuaciones pone de manifiesto que a los folios 1051,1227 y 1262, de los tomos VI y VII de la Instrucción, se encuentran los informes de los técnicos de la Delegación del Gobierno de Cantabria, Area de Sanidad y de la Subdelegación de Gobierno de Alava, Area de Sanidad, según los cuales las sustancias analizadas son las que se dice en los mismos. A los folios 451 y siguientes del Tomo II del Rollo de la Audiencia se encuentra el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal de 18 de Febrero de 2004 en el que no se interesa la comparecencia de los expertos para ratificar el informe y someterlo a la contradicción propio del Plenario. Al folio 497 del mismo Tomo II del Rollo de la Audiencia se encuentra el escrito de calificación provisional del recurrente de 26 de Marzo de 2004, en cuyo segundo otrosí se dice *"...esta parte impugna expresamente todos los informes de la droga intervenida en esta causa..."*.

En esta situación hay que declarar expresamente que desde el punto de vista de la defensa se exteriorizó, adecuadamente, su voluntad de impugnar la analítica de la sustancia intervenida. Respecto de esta impugnación hay que decir que:

Primero, fue suficiente la clara e inequívoca manifestación de voluntad de no estar de acuerdo y no aceptar la pericial, lo que exigía ineludiblemente la presencia de los autores de los informes o del responsable del equipo, (ya que se trata en todo caso de centros oficiales, no siendo necesario tampoco el requisito de que sean dos peritos como se acuerda en el Procedimiento Ordinario), en tal sentido, SSTS de 5 de Octubre de 2001, 1365/2003 de 17 de Octubre, 779/2004 de 15 de Junio ó 385/2006 de 22 de Marzo. La ausencia de ellos en el Plenario impidió el derecho a contradecir tal prueba, y esta falta de contradicción constituyó una indefensión efectiva en su derecho a la defensa.

Segundo, no se exige especial motivación de la impugnación por ello mismo no es necesario que la defensa explique las razones de la impugnación.

La estrategia de la defensa se desarrolla en el Plenario, no antes, y por tanto le es suficiente que claramente impugne los informes sin que se le exija

justificación de su actuar, en otro caso se ofrecería la tentación para el Tribunal de valorar y sopesar tal impugnación en orden a tenerla por suficiente o no, lo que supone o podría suponer adelantar un debate cuyo escenario propio es el Plenario y no extramuros de él. En tal sentido, SSTs 806/99 de 10 de Junio, 311/2001 de 2 de Marzo, 1906/2002 de 14 de Noviembre ó 290/2003 de 23 de Septiembre.

Tercero, fue efectuada en el momento oportuno, el momento propio de la exteriorización por parte de la defensa de su posición frente a la pericial es, precisamente, el de las conclusiones provisionales. Si como antes se ha dicho, el verdadero juicio comienza con la calificación provisional, es ese momento donde la defensa debe enumerar la batería de las pruebas de descargo de que intenta valerse en el Plenario, y paralelamente, donde debe posicionarse respecto de las de cargo enumeradas por la Acusación, bastando en caso de desacuerdo la simple impugnación.

En esta situación, es claro que corresponde a la Acusación el cargo de justificar y acreditar la concurrencia de todo elemento típico vertebrador del delito del que se acusa al imputado, y tratándose de un supuesto de tráfico de drogas, el presupuesto de toda la acusación es acreditar en el Plenario que la sustancia aprehendida es, precisamente, droga o sustancia estupefaciente de la clase y tipo que se dice en el escrito de acusación, y obviamente, esta actividad no pueda derivarse a la defensa, que actuando con una lógica estrategia defensiva, impugnó el contenido de la analítica de la sustancia ocupada.

Se afirma en el f.jdco. décimo de la sentencia --que efectúa una correcta cita jurisprudencial, pero yerra en su aplicación al caso concreto-- que como la impugnación de los informes periciales sobre la droga se efectuó por la defensa del recurrente en el escrito de calificación provisional y por tratarse el caso presente, de un Sumario ordinario donde no es posible la proposición de prueba fuera del preciso momento del escrito de conclusiones provisionales, tal impugnación dejó sin posibilidad de respuesta al Ministerio Fiscal. Por ello se concluye en la sentencia que la impugnación debe ser estimada como una manifestación de abuso de derecho o fraude de ley, y por tanto la rechaza de acuerdo con lo prevenido en el art. 11-1º LOPJ "*....al no haber sido impugnados por las defensas en el momento procesal hábil....*". Significativamente, en la sentencia se estima inhábil el escrito de conclusiones provisionales, pero se silencia cual es el momento procesal que el Tribunal sentenciador consideraría hábil.

No podemos estar de acuerdo con este razonamiento.

Reiteramos que el momento procesal hábil para impugnar por la defensa los informes periciales, es, precisamente, el del escrito de conclusiones provisionales --no sería momento la Audiencia Preliminar del art. 786 LECriminal si lo efectuase sorpresivamente y *ex novo*, después de haber guardado silencio en su escrito de conclusiones provisionales--.

Por ello, como el Ministerio Fiscal califica en primer lugar, una prudente estrategia previsor que conjuraría, en gran medida, la presencia constante de los peritos en el juicio oral, lo que ocasiona no pocos desajustes y problemas en la buena marcha de la actividad de tales facultativos --a lo que es sensible esta Sala Casacional--, pudiera estar constituida por la citación por parte del Ministerio Fiscal ad cautelam de los peritos o responsables del Gabinete concernido que hubiese efectuado la analítica de drogas, sólo en el caso de que la defensa en su escrito de conclusiones provisionales impugnase el resultado de los dictámenes. De este modo, se evitaría la sistemática impugnación por la defensa de los informes de los peritos sobre la droga aprehendida lo que exigiría su presencia en el Plenario, para, seguidamente, verificada su presencia, renunciar a su informe, lo que, como se ha dicho, perjudica severamente la buena marcha de estos Laboratorios Oficiales por la presencia de los técnicos o responsables en los Juzgados o Tribunales de forma casi constante sin ninguna efectividad. De esta manera se pondría fin a esta obstruccionista estrategia que se agota en sí misma.

No se le escapa a esta Sala la reciente modificación del art. 788 de la LECriminal dada por la L.O. 9/2002 de 10 de Diciembre que añadió un nuevo párrafo segundo a dicho artículo, según el cual "*....en el ámbito de este procedimiento (abreviado), tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellas conste y no se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas....*".

Al respecto hay que decir que tan sorprendente novación de la naturaleza jurídica de un tipo de prueba pericial --la relativa a drogas-- que *ex lege* queda convertida en documental, parece tener como única explicación la eliminación de la presencia de los expertos en el Plenario, pero ello sólo opera con dos limitaciones conjuntas que ponen en severo entredicho la razonabilidad de la norma legal:

- a) Sólo en relación al Procedimiento Abreviado, no al Sumario.
- b) Sólo en relación a la analítica de drogas.

Realmente el principio de unidad del ordenamiento queda roto con esta norma, y roto sin expresa causa que justifique esta discriminatoria novación de la naturaleza jurídica de la prueba pericial.

Pero, además, y para cerrar la argumentación de la Sala, debemos añadir que tampoco es admisible la razón esgrimida en la sentencia sometida a este trance casacional en el sentido de que en el Sumario Ordinario, no es posible la proposición de prueba tras la evocación del escrito de conclusiones provisionales. Se trata de una cuestión que ya ha sido tratada por la Sala con anterioridad, la última es la reciente sentencia 1060/2006 de 11 de Octubre, y siempre con la misma conclusión de ser posible también en el Sumario Ordinario la proposición de prueba en momento posterior al de conclusiones provisionales y antes del Plenario.

De la indicada sentencia acotamos la parte que sigue:

*"Una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al a calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio Oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos --obvios--, de que esta nueva proposición de prueba no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes. En tal sentido, la STS de 14 de Diciembre de 1966 prevé esta posibilidad en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.*

*En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:*

- a) Esté justificada de forma razonada.*
- b) No suponga un fraude procesal y*
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.*

*Se trata, se insiste, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la LECriminal, actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.*

*En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de Enero de 1999:*

*"...El art. 793-2º de la LECriminal permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:*

- a) Competencia del órgano judicial.*
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.*
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.*
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.*

e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral...."

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

*¿Es aplicable esta posibilidad al Procedimiento Ordinario por Sumario?*

*Sin duda, y ello por las siguientes razones:*

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882.

b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento --sobre todo en material criminal-- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

A la misma conclusión se llega dada la perspectiva del elenco de derechos fundamentales que se estiman vulnerados por el recurrente.

No existió vulneración a un derecho con todas las garantías, ni quiebra del derecho de defensa, ni indefensión porque para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional es preciso que se sitúe a la persona concernida en una situación que le impida alegar y defender sus derechos -- SSTC 106/93 y 366/93, 137/99 y de esta Sala 705/2005 de 6 de Junio, entre otras--".

En el presente caso, con el examen directo del acta, singularmente en su versión mecanografiada --folio 854, Tomo II de la Audiencia-- prudente prevención que es preciso valorar positivamente, comprobamos que incluso tratándose de Sumario Ordinario se injertó la Audiencia Preliminar del art. 793-2º

de la LECriminal, hoy 786 inicialmente sólo previsto para el Sumario de Urgencia.

La conclusión de todo lo razonado hasta aquí, lleva inexorablemente a la estimación de la denuncia efectuada por el recurrente, en la medida que impugnado el informe pericial en tiempo hábil, y no presentes los responsables en el Plenario, se le privó al recurrente del derecho de contradecir una prueba de cargo esencial para la condena que se le ha impuesto.

Obviamente, eliminado el informe sobre substancia aprehendida del abanico probatorio de cargo nos encontramos con un vacío probatorio que impide la condena por el delito de tráfico de drogas, lo que, obviamente, afecta no sólo respecto al recurrente F. G., sino también a V. M. F., A. V. y L. F. C., lo que así se acordará en la segunda sentencia, todo ello, de conformidad con lo prevenido en el art. 903 L. E .Criminal». (F. J. 2º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad. Interpretación de la causalidad entre la prueba ilícita y la derivada.**

Recurso: Casación nº 10461/2006 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 119/2007 de fecha 16/02/2007

«...hay que recordar que Sentencias como la del Tribunal Constitucional nº 8/2000, de 17 de enero, y la de esta misma Sala nº 550/2001, de 3 de abril, entre otras, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración de derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración, afirman que no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca, de forma automática la transmisión inhabilitante, pues debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando hoy como «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». (F. J. 4º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita. Confesión del imputado.**

Recurso: Casación nº 1233/2005 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1129/2006 de fecha 15/11/2006

«...En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita.

No ocurre lo mismo generalmente cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporada su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita. Ruptura de conexión de antijuricidad.**

Recurso: Casación nº 2435/2005

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 812/2006 de fecha 19/07/2006

«A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero) y de esta sala (por todas, 416/2005, de 31 de marzo) ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse *jurídicamente* independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad *material*. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al

conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiéndose que "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental' (STC 161/1999, FJ 4)". (F. J. 3º R. De M.E.P)

## **PRUEBA. Prueba pericial geológica.**

Recurso: Casación nº 1185/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 875/2006 de fecha 06/09/2006

«...b) También se refiere al informe del geólogo que dirigió los trabajos de la Consultora IDOM, efectuados sobre el terreno de la cantera en el año 2001 que expuso a la Sala el resultado de sus hallazgos. Vale la pena recoger al respecto lo que dice la sentencia "*....hallazgos de vertidos de carburantes y aceites minerales, todos de depuradoras reconocibles por el olor y por la textura del material.... existencia de cubas con aceites industriales con derramas de esta última sustancia en el suelo de la cantera, explicando igualmente el origen de la concentración de materiales contaminantes hallados en el subsuelo y en el agua subterránea tras las analíticas realizadas....*". Es evidente que con la declaración del geólogo que dirigió los estudios de IDOM, se cumplió con el requisito de someter a contradicción el Informe, sin que sea necesario que todas las personas que colaboraron en el Informe tengan que acudir, como se afirma en el motivo. Es obvio que con las modernas técnicas de racionalización del trabajo en laboratorios de análisis, no se requiere que todos y cada uno de los que en una fase o en otra intervinieron en el Informe, comparezcan al Plenario. Basta con que lo haga quien ostente la dirección de la analítica. Otra solución sería apostar por la obstaculización de la normal actividad tales laboratorios. En el caso de autos, el geólogo que compareció fue el que dirigió los trabajos de IDOM». (F. J. 2º R. P.B.R)

**PRUEBA. Testifical en delitos de violencia de género. Víctima-testigo no cuenta con dispensa del art. 416 LECrim. Condena por prueba indiciaria.**

Recurso: Casación nº 10015/2007 P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 625/2007 de fecha 12/07/2007

«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. Por lo tanto, no corresponde invalidar todo el proceso, como pretende la Defensa, por incumplimiento de la advertencia a la víctima del derecho de negar un testimonio que no le fue requerido.

Por lo tanto, la cuestión que se plantea es la de si, habiendo invalidado el Tribunal a quo la declaración de la denunciante y no existiendo recurso de la acusación contra ese aspecto de la sentencia, el juicio de la Audiencia sobre los hechos es suficientemente consistente. El recurrente lo niega. En la sentencia, es preciso señalar, no se ha tomado tampoco en cuenta que la denunciante hizo también manifestaciones inculpantes del recurrente ante el médico que expidió el certificado de las lesiones que obra al folio 13 de las diligencias. Estas manifestaciones extrajudiciales existen en la causa y al no haber sido prestadas ante la policía, sino también espontáneamente ante un particular, no están afectadas por una prohibición absoluta de valoración, dado que no han sido obtenidas por la Policía. Su valoración dependería de si han sido introducidas en el juicio de acuerdo con los principios del derecho probatorio. La Sala, de todas maneras, tampoco puede considerarlas pues no han sido tenidas en cuenta por el Tribunal a quo y no haber sido presentado, como se dijo, un recurso de la acusación en tal sentido.

2. La segunda cuestión planteada se refiere, entonces, a la consistencia del razonamiento del Tribunal a quo sobre la prueba de los hechos. La Audiencia ha considerado que los testimonios de las personas que ayudaron a la denunciante en su huida y que intervinieron en la recepción de la denuncia y en su remisión al Servicio de Urgencias son testigos de referencias (art. 710 LECr). Los testigos de referencias son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no

comparecen como testigos. En este sentido es preciso aclarar que es errónea la apreciación de la Audiencia al considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia. Esas personas son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos. En todo caso, sólo serán testigos de referencia en lo referido a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden, además, constituir la base de la prueba indiciaria.

Sin perjuicio de lo dicho, la cuestión de la autoría del recurrente ha sido correctamente establecida en la sentencia, a pesar de los errores técnico-terminológicos en los que la Audiencia incurrió. En efecto: si el razonamiento del Tribunal a quo se analiza ordenadamente, se comprueba que los indicios de la autoría de las lesiones no determina ninguna reserva respecto de la misma. En efecto, la prueba testifical permite configurar un horizonte indiciario jurídicamente no objetable. El Tribunal a quo estimó que las declaraciones testificales probaron la huída de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados, como dijimos, por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste.

Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y de su privación de libertad y, sobre esta base, inculpar al acusado por las siguientes razones: a) no hubo solución de continuidad entre la estancia en el domicilio del acusado y la búsqueda desesperada de auxilio, b) en el momento de salir de ese lugar la víctima presentaba un grave y manifiesto deterioro físico y c) no existe la menor sospecha de que las lesiones pudieran ser explicadas por otras causas. Estas circunstancias constituyen indicios fuertes, cuya conexión lógica es indudable, de que las lesiones sólo puede haberlas causado el acusado y de que la víctima se vio obligada a escapar pues se encontraba privada de su libertad.

Con este apoyo indiciario no ofrece duda alguna que la decisión del Tribunal a quo no ha infringido ni las reglas de la lógica ni se ha apartado de las máximas de experiencia. El derecho aplicado, no impugnado por el recurrente sino como consecuencia de una modificación de los hechos probados, tampoco resulta censurable». (F. J. Único)

#### **PRUEBA. Testigos de referencia.**

Recurso: Casación nº 11007/2006 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 161/2007 de fecha 27/02/2007

«...La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro

contra Italia, 10 de febrero de 1991), por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral.

Con carácter general, ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). Esta clase de prueba, por lo tanto, no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en los casos referidos, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.

En el caso, se ha acreditado la imposibilidad de acudir a la testifical del testigo directo, la víctima de los hechos, habida cuenta de su negativa a declarar acerca de los hechos. Según relata su madre, la menor se niega a hablar de la cuestión, lo cual ha sido ratificado por el psicólogo que intentó el reconocimiento profesional, habiendo constatado la negativa radical de la niña a manifestar cualquier cosa sobre el particular de que se trata.

Es claro que las normas sobre protección de menores impiden realizar sobre la menor cualquier acto de coerción encaminado a lograr su testimonio, aun cuando pudiera considerarse legítimo dentro de los límites derivados de la obligación legal de declarar que incumbe a los testigos de un hecho delictivo. En cualquier caso, y siempre dentro de esos límites, probablemente la menor sería inmune a dicha coerción a causa de su limitada capacidad de comprender sus obligaciones legales y las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Por otra parte, dada su edad, ninguna consecuencia penal se podría derivar de su negativa a prestar declaración.

En los delitos de naturaleza sexual sobre menores, a la clandestinidad que ordinariamente les acompaña, han de añadirse nuevas dificultades en su investigación y prueba derivadas de la edad de la víctima que en ocasiones puede dificultar enormemente la obtención de un testimonio con las suficientes garantías como para enervar la presunción de inocencia. La dificultad para valorar adecuadamente determinados actos o actitudes; el rechazo de la víctima de corta edad a confiarse a terceros desconocidos; la sugestionabilidad de esta

clase de víctimas a causa de la intervención de otras personas cercanas, a pesar de su indudable buena voluntad en la mayoría de las ocasiones; la tendencia al mutismo ante actos y situaciones que no entienden aunque perciban el rechazo de los demás, son, entre otras, dificultades añadidas a estos casos.

Ello obliga, de un lado, a profundizar en la investigación primero y en la valoración de la prueba después, compatibilizando en la medida de lo posible los derechos de las víctimas, especialmente si se trata de menores de edad, con los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal, especialmente los derivados de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso justo, un proceso con todas las garantías, en términos del artículo 24.2 de la Constitución. A estos efectos puede resultar de utilidad la grabación del interrogatorio efectuado en la instrucción con asistencia técnica de psicólogos especializados, procediendo a su visionado en el juicio oral en presencia de las partes.

Por lo tanto, como consecuencia de lo dicho, en el caso hemos de estimar que la concurrencia de la víctima de los hechos al juicio oral para declarar como testigo resultaba imposible o extremadamente difícil, lo que permitiría acudir a los testigos de referencia. (F. J. 1º)

...en el caso del testigo de referencia su fiabilidad se proyecta solamente sobre su afirmación respecto a haber oído de otro el relato acerca de un determinado hecho, pero nada aporta respecto a la realidad de este último, que es precisamente el que interesa a efectos del enjuiciamiento. De esta forma, el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Ni tampoco de la credibilidad de quien se lo ha relatado. Y esto dificulta la declaración como hecho probado de aquel hecho relatado al testigo que depone ante el Tribunal, cuando solo se puede operar sobre la base del testimonio de referencia, hasta el extremo de hacer siempre aconsejable, y necesario en ocasiones, algún elemento de corroboración (STS nº 24/2003, de 17 de enero) que refuerce objetivamente la versión inculpatória. En este sentido, la STC nº 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993, señala que “aunque «sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia»”.

Exigencia que no es preciso llevar en todos los casos a la necesidad de la constatación de otra prueba de cargo diferente, pero, cuando se trata de prueba única, implica la existencia de algún elemento objetivo y externo de corroboración. (F. J. 2º)

**PRUEBA. Valor probatorio de las diligencias policiales. Recogida de muestras de vertidos industriales. No indefensión.**

Recurso: Casación nº 1523/2006  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 45/2007 de fecha 29/01/2007

«...**Como regla general las diligencias policiales carecen en sí mismas de valor probatorio alguno**, tanto las que se practican en el ámbito de un proceso judicial penal como las que se realizan con anterioridad a su apertura, para la prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos, o de infracciones administrativas de las que posteriormente la Administración deducirá el tanto de culpa a los Tribunales penales por poder revestir caracteres delictivos. Esta ausencia de valor probatorio se deriva de su propia naturaleza, al no constituir pruebas sino meras diligencias de investigación o prevención, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial o en un acta de infracción o de ocupación de efectos o toma de muestras. Para que puedan ser valorados los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse (ocupación de armas o efectos de un delito, o recogida de muestras o vestigios, por ejemplo) deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. (S.S.T.S. 64/2000 y 756/2000, entre otras muchas, o STC 303/1993 ).

**Las diligencias policiales no pueden constituir ordinariamente pruebas preconstituidas** porque como señala una reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional, las pruebas preconstituidas son aquellas que reúnen cuatro requisitos: el material (que se trate de pruebas de imposible reproducción en el juicio oral), el objetivo (cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas), el formal (que sean reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 L.E.Criminal), y el subjetivo (practicadas ante el Juez de Instrucción), no cumpliendo las diligencias policiales este último requisito.

Excepcionalmente el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre, por ejemplo), ha admitido la posibilidad de que un acta policial pudiese tener el valor de prueba preconstituida, reproducible en el juicio a través del art. 730 de la L.E.Criminal con valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales. **Pero "para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza (probatoria) se hace preciso que la policía judicial haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad Judicial (art. 284 de la L.E.Criminal )"**, según señala expresamente la STC 303/1993.

En consecuencia, estos requisitos de "estricta urgencia y necesidad" no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad, o de constitucionalidad, de las diligencias policiales de investigación o de prevención de los hechos delictivos -que sólo requieren el cumplimiento de los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión- sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial como prueba de cargo. (Ver STS 756/2000, de 5 de mayo, y STS núm. 193/2001, de 14 de

febrero). Utilización que en el caso actual no se ha producido, pues las circunstancias de la toma de muestras y la identificación de las mismas, se han acreditado en este supuesto mediante la comparecencia personal y declaración testifical en el juicio de los agentes que la practicaron, declaración testifical sometida a contradicción y valorable con inmediatez como prueba directa por el propio Tribunal.

Partiendo de estas consideraciones, podemos resolver ya la cuestión planteada, en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar la recogida de las muestras de los vertidos por los servicios policiales para su análisis por los Laboratorios oficiales no constituye una *prueba preconstituida*, por lo que dicha toma de muestras no necesitaba practicarse en condiciones similares de contradicción a las exigibles para la práctica de la prueba en el procedimiento judicial.

La norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal, y con independencia de la normativa administrativa que disciplina específicamente estas actuaciones, es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo, (arts. 334 y 336 de la LECriminal), **que únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que será firmada por la persona en cuyo poder fuesen hallados**, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se hubiese dictado previamente, pudiendo acordarse el reconocimiento pericial de los referidos efectos si fuera conveniente.

Como ha señalado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (STS 30 de mayo de 2000, núm. 996/2000, por todas), estas diligencias pueden practicarse a prevención por la propia policía judicial, tal y como se establece en el art. 282 de la LECriminal que autoriza expresamente a la policía judicial a "recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiese peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad Judicial".

Los preceptos de la LECriminal relativos a la recogida de pruebas materiales de la realización del delito en el lugar de los hechos (art. 326, inspección ocular; 334, cuerpo del delito, etc.), deben ponerse en relación con los arts. 282 y 286.2º de la misma ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional y actualizada de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, pero sin necesidad de su intervención personal. (Sentencias 267/99, de 24 de febrero, 715/2000, de 27 de abril y núm. 873/2001, de 18 de mayo).

En el caso actual se extendió un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se tomaron las muestras, describiéndolas minuciosamente así como las circunstancias de su hallazgo, acta que fue firmada por una persona responsable del Ayuntamiento, por lo que se han cumplido los requisitos legales indispensables de la recogida de muestras o vestigios, desde la perspectiva del carácter meramente policial que tiene esta diligencia, y sin perjuicio de su necesaria acreditación en el juicio mediante comparecencia personal de los agentes policiales.

En segundo lugar el hecho de que a los interesados se les comunique o no expresamente esta actuación policial previa no constituye infracción legal alguna pues en este inicial momento de la investigación policial preprocesal no solo no está legalmente prevista dicha específica información, sino que a la investigación de una infracción administrativa ambiental, no necesariamente penal.

No puede derivarse de esta omisión indefensión alguna pues es manifiesto que la toma de muestras de unos vertidos industriales por los agentes policiales tiene como obvia finalidad la investigación o acreditación de una infracción medioambiental, delictiva o no según la gravedad que resulte del análisis de los vertidos. En cualquier caso, al comienzo del proceso penal, cuando el implicado declaró en calidad de imputado, fue debidamente informado de los hechos que se le imputaban, y en el momento procesal legalmente prevenido para ello, también de su calificación jurídica, que no compete realizar a los agentes policiales.

Ha de tenerse en cuenta que la indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española ha de ser algo **real, efectivo y actual**, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso, en materia de derechos fundamentales, ha de hablarse siempre de **indefensión material y no formal**, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, - transgresión que, además, no concurre en este caso- no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (SSTC 181/1994, de 20 de junio, 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre y 105/1999, de 14 de junio, y STS núm. 243/2001 de 21 de febrero, entre otras) (véase STS de 23 de noviembre de 2.001, STS de 19 de enero de 2.002, 3 de octubre de 2.003 y 24 de octubre de 2.003).

En el mismo sentido se reitera la STS de 24 de octubre de 2.003 que, a modo de recapitulación señala que la jurisprudencia de esta Sala Casacional ya se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta cuestión, para desestimarla. La Sentencia 215/2003, de 11 de febrero, con cita de las Sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 2000 y 23 de noviembre de 2001, y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre, ya declaró que «la

recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial, que no tiene la naturaleza de prueba constituida, y que en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial practicado en el juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron, como así se ha hecho, sin que le sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituida pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión».

Como se dice en la citada Sentencia 2184/2001, de 23 de noviembre, es preciso distinguir entre pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el juicio oral, con contadas excepciones, y las diligencias de investigación que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que luego se practicarán las pruebas.

En principio, las diligencias policiales no constituyen pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el Tribunal de forma inmediata.

Añade la Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre, que las diligencias efectuadas por la Policía Judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral. Como hemos señalado en nuestra jurisprudencia, por todas STS 724/2002, de 24 de abril, es claro que la Policía Judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical. En definitiva, no se trata de una pericial preconstituida sino de una diligencia policial de investigación que adquiere relevancia probatoria, como prueba testifical, cuando los agentes comparecen en el juicio oral para deponer sobre lo que sensorialmente apreciaron. Y también, como veremos, la pericial fue practicada en el juicio oral con declaración de los peritos intervinientes en su realización (Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre, ya citada)». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Valor probatorio de los informes de inteligencia policial.**

Recurso: Casación nº 10989/2006 P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 655/2007 de fecha 25/06/2007

«...La jurisprudencia -véanse sentencias de 4.12.2006 y 7.6.2007- admite *in genere* la prueba de “inteligencia policial”, que sirva para ilustrar

sobre una realidad no directamente constatable por el Juez, sean los autores de los informes considerados como testigos, incluso de referencia, o peritos, y que queda sometida a la valoración crítica, debidamente explicada y justificada en los términos del art. 741 LECr, incluida la comprobación de las circunstancias de proposición, admisión y posible quebranto para la defensa». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Valoración conjunta.**

Recurso: Casación nº 1281/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«...Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la verdad material o la evidencia; fuente de prueba a aquellos medios que en abstracto se utilizan en un proceso (tal testigo, perito o documento); y prueba o elemento probatorio al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o destruirlo, declaración concreta de un testigo (o dictamen de un perito o contenido del documento) esto es, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia, podemos entender que los medios de prueba, por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación ni por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen, entendido como iniciativa, a propuesta de la acusación, de la defensa, por decisión judicial, pero no por su resultado -el testigo propuesto por la defensa hace declaraciones que no le favorezcan-; y en fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado, cualquiera que sea su origen, y así serán pruebas de defensa las que sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo; esto es, hay que distinguir pruebas de la defensa (o de la acusación) de prueba de defensa o descargo (o prueba acusatoria o incriminatoria). Por ello la prueba de defensa puede ser aportada o no a la defensa y lo mismo puede suceder con la prueba de cargo.

Siendo así el principio de libre valoración de la prueba recogido en el art. 741 LECrim. supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, con independencia de que parte, acusación o defensa, sea la que los haya aportado». (F. J. 9º)

### **PRUEBA. Valoración de declaraciones prestadas en sede policial. Doctrina sobre el art. 714 LECrim. Pleno 28/11/06.**

Recurso: Casación nº 1281/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«..Por tanto, las declaraciones de Azurmendi en las condiciones de haber sido prestadas previa información de sus derechos constitucionales -entre ellos el de no declarar y hacerlo, en su caso, ante el Juez Instructor- y en presencia de letrado, complementadas por las de los Guardias Civiles intervinientes en el atestado, no en concepto de meros testigos de referencia en sentido propio, sino en concepto de quienes han 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 cual fue su contenido, permite la superación de los requisitos de legalidad ordinaria y, por tanto, su incorporación al proceso.

En este sentido pueden citarse las SSTC. 303/93, 51/95, 153/97, 206/2003, de esta Sala 1079/2000 de 18.7, 349/2002 de 22.2, 428/2005 de 6.4, 1106/2005 de 30.9. En concreto la STC. 51/95 de 23 de febrero, sostuvo las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no ratificadas sino desmentidas en presencia judicial no podían ser consideradas prueba de cargo, por no cumplir las condiciones del art. 714 LECrim., que se refiere exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en fase instructora propiamente dicha y no ostentar eficacia probatoria anticipada o preconstituida alguna "Para que tal declaración hubiera podido incorporarse al juicio oral, adquiriendo así el valor de prueba de cargo, hubiera sido imprescindible, bien que el coimputado se ratificara en ella ante el Juez de Instrucción -posibilitando así la utilización del cauce previsto en el art. 714 LECrim.- bien que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediatez".

Posibilidad que ha sido reafirmada en el muy reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28.11.2006, que adoptó el siguiente acuerdo:

*"Las declaraciones prestadas validamente ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".*

Bien entendido que la contradicción entre las declaraciones policiales y las posteriores en fase instructora y en el juicio oral, no constituye -como se ha señalado en las SSTC. 82/98, 161/90 y 80/91, sino un elemento de juicio que el Tribunal Penal puede ponderar en conciencia, en relación con los restantes motivos de prueba y en el ejercicio, en fin, de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde.

No se trata, por tanto de que la única prueba de cargo practicada en el proceso no integre por las declaraciones policiales, sino de que el Tribunal pueda valorar en conciencia un conjunto de pruebas sobre las que sin duda se encuentran las declaraciones en el acto del juicio, así como la reproducción en dicho acto de las anteriores declaraciones prestadas por los mismos sujetos en las dependencias policiales, y apreciar y valorar con inmediatez la rectificación que respecto en las primeras, se verificó en las segundas. Ello no significa tampoco, por decirlo en los términos que se recogen en la STC. 217/89 que "...la condena se base en el interrogatorio policial, sino que lo declarado en el juicio

oral y en las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en la vista oral, permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras".

En similar dirección la sentencia de esta Sala Segunda nº 179/2006 de 14.2 que tras recordar que la doctrina de esta Sala en un plano más garantista no incluye a los efectos del art. 714 LECrim. entre las diligencias declaratorias del sumario a la evacuada ante la policía, "admite que la atracción al plenario de lo declarado ante la policía se produciría:

1) porque en la declaración judicial evacuada en fase de investigación, la práctica diaria del foro nos enseña que el Juez instructor al tomar declaración, si el testigo también declaró ante la fuerza policial, se remita para su ratificación (o en su caso rectificación) a lo depuesto previamente, sin perjuicio de las preguntas complementarias que estime conveniente formular.

2) porque en todo caso asistiría un derecho a la parte (derecho al uso de los medios de defensa pertinentes) a interrogar sobre el contenido y pormenores constatados en la diligencia policial, atrayendo al plenario tales declaraciones. Si se puede preguntar sobre manifestaciones o declaraciones extraprocesales, con mayor razón puede hacerse sobre las procesales emitidas conforme a ley.

Por último y para no dejar resquicio alguno sobre la posibilidad de formar convicción sobre lo despuesto ante la policía, es oportuno recordar una jurisprudencia constitucional que nos dice *"si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los órganos de justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral, en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción"*. (S.T.C. 15 de abril de 1991, nº 80).

Esta misma sentencia concluye: *"Por ello, como se ha dicho en la S.T.C. 161/1990 <<..... lo que resulta determinante (a efectos de otorgar eficacia probatoria a las citadas diligencias) es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación para que explique las diferencias ....>>, en este supuesto el requisito fue escrupulosamente observado, porque la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura"*. En el mismo sentido S.T.C., nº 80 de 15 de abril de 1991; nº 365, de 3 de octubre de 1994; nº 155 de 22 de julio de 2002, etc".

Observamos en nuestra hipótesis que en su consideración autónoma la declaración realizada con mayores garantías ante el juez instructor era falaz,

mientras que la policial de menor garantía, se ajustaba a la verdad en lo esencial.

Pero insistimos, el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial aunque se presuma más espontáneo y menos aleccionado, sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, si no por la vía del art. 714 L.E.Cr., sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la policía en fase investigadora.

Ahora bien no podemos olvidar que incorporada al juicio oral aquellas declaraciones precedentes deben concurrir en la sentencia que las valora unas exigencias, para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

Así en la sentencia de 29.4.2005, decíamos; "en primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante». (F. J. 6º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Auto de sobreseimiento en procedimiento abreviado. Requisitos para ser recurrible en casación.**

Recurso: Casación nº 424/2006

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1247/2006 de fecha 19/12/2006

«...El art. 848 Lecrim dispone que contra los autos dictados en apelación por las Audiencias sólo cabe recurso de casación en los casos en que la ley lo autorice de modo expreso. Y, precisa, a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos cuando el mismo sea libre, por considerar que los hechos no serían constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

El art. 848 Lecrim, en su redacción original, se inscribe en el marco del proceso ordinario por delitos, y prevé que determinadas decisiones, particularmente relevantes para el curso de la pretensión punitiva, puedan ser objeto de recurso. Es claro que el legislador actuó con un criterio muy restrictivo, al limitar tal posibilidad a sólo algunas de aquéllas. Esto es, las de sobreseimiento libre del art. 637,2º Lecrim, y en los casos en que el instructor en algún momento hubiera valorado positivamente la existencia de indicios de delito, hasta el punto de acordar el procesamiento del concernido por ellos. (F. J. 2º)

...Esto sentado, hay que decir que existe consenso acerca de que, tratándose del procedimiento abreviado, el art. 848 Lecrim nunca sería aplicable si la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal, pues carecería de sentido abrir la casación a resoluciones distintas de las sentencias definitivas cuando tal vía permanece cerrada para éstas, únicamente recurribles en apelación ante la Audiencia.

Siendo así, la cuestión de la viabilidad de ese primer recurso ha de verse reducida, en principio, a los casos en que el conocimiento de la causa estuviera deferido en primera instancia a ese tribunal provincial. Y esto sólo cuando sobre el afectado por el proceso hubiera recaído una decisión de algún modo asimilable al auto de procesamiento. (F. J. 3º)

...Se trata, por tanto, de operar con un criterio analógico, que deberá tener en cuenta, sobre todo, la naturaleza del recurso de casación. Al respecto, es de señalar que en su modalidad más representativa está previsto para enjuiciar la regularidad de resoluciones definitivas de fondo, dictadas tras el pleno examen de la causa en régimen de juicio contradictorio.

Así, es patente que semejante previsión nada tiene que ver con el supuesto aquí contemplado, en el que la decisión a examen versa sobre otra adoptada a partir de la valoración de los datos ofrecidos en la denuncia, en el ámbito de las diligencias de investigación propias de la instrucción.

En este caso, además, tampoco aparecería satisfecha la primera exigencia del art. 848 Lecrim. Es decir, la de que la resolución inicialmente recaída se hiciera firme, sin más, de no arbitrarse para ella la posibilidad de acceso a la casación. Pues lo cierto es que la misma era apelable y fue apelada.

Por otra parte está ausente el requisito de que en la causa la posición de los denunciados tenga alguna similitud con la derivada del procesamiento. Exigencia en la que ha abundado este tribunal en el acuerdo de pleno de 9 de febrero de 2005, al entender que el precepto de referencia exige, además de sobreseimiento libre y de que éste hubiera sido dictado en procedimiento cuya sentencia fuera recurrible en casación, que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

Así las cosas, sucede que la resolución objeto de recurso no guarda ninguna analogía con aquéllas a las que la Ley de enjuiciamiento Criminal franquea el acceso a la casación. Pues, en efecto, no versa sobre el resultado de la prueba sino que se ubica en el marco de la investigación. No es de instancia sino de apelación, de manera que quienes discrepan de ella ya han gozado de la oportunidad de cuestionarla ante un órgano distinto del que la dictó. Y, por último, se ha pronunciado en una causa en la que, por el estado del trámite, no ha habido lugar a que nadie pudiera haber adquirido la condición de imputado en sentido formal.

De otra parte, y a efectos meramente discursivos, pues las consideraciones que preceden bastan por sí solas para excluir la posibilidad de acceso a la casación en este caso, vista la naturaleza de los delitos imputados (los de los arts. 392 y 248-249 Cpenal) tampoco sería descartable que, además (art. 14,3 Lecrim), la competencia para conocer de los mismos correspondiera al Juzgado de lo Penal, con lo que ni siquiera la sentencia definitiva sería susceptible de recurso ante esta instancia.

Y siendo así, es claro que están ausentes los presupuestos necesarios para que pueda operar el art. 848 Lecrim, según la más correcta interpretación contextual, recogida, entre otras muchas, en SSTS 828/2002, de 8 de mayo y 909/2003, de 3 de noviembre». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Error de hecho. Informes de auditoría: dudosa literosuficiencia.**

Recurso: Casación nº 716/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«**2.** La autarquía probatoria o literosuficiencia de una auditoría ofrece importantes dudas, pues su eficacia probatoria debe entenderse sólo desde el punto de vista formal o contable

Cualquier auditoría puede acreditar la constancia documental de determinados pagos, pero no su correspondencia con la realidad, esto es, nunca podrá asegurar el perito que ciertos apuntes responden a determinadas actividades que deben retribuirse.

En nuestro caso no se puede hacer derivar de los párrafos transcritos cuál fue el destino de la transferencia que se realiza y si realmente la causa del negocio jurídico que justifica la recepción del dinero existió, por el hecho de que así se afirme documentalmente. Tal reseña puede servir también para encubrir y dar una justificación aparente al acto dispositivo. (F. J. 3º)

Por igual vía procesal que el anterior (art. 849-2 L.E.Cr.) en el cuarto se aduce igualmente *error facti*.

1. Considera la parte recurrente que los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 1995 y 1996, elaborados por Coopers & Lybrand son la mejor muestra de la normalidad de la actuación del acusado. Además, todos los vales de caja a favor de aquél estaban debidamente apuntados, contabilizados, auditados e inscritos en el Registro.

Es imposible alegar desconocimiento por parte del otro socio acerca de la realidad de esos vales de caja y, precisamente por ello, estaríamos en presencia de una práctica de gestión de la administración muy extendida y ajena al derecho penal.

2. El motivo ofrece la misma caracterización que el precedente y por tanto ha de merecer igual respuesta.

Hemos de insistir en que un informe de auditoría revela una realidad formal, bajo cuya regular apariencia puede encerrar valoraciones alternativas, plenamente justificables, dependiendo de las demás pruebas concurrentes que hayan permitido al Tribunal formar una determinada convicción». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 1386/2005 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 881/2006 de fecha 14/09/2006

« El mencionado art. 851.3º nos habla de "puntos". "Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LEC derogado por la nueva Ley 1/2000, que también hablaba de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en esta sala del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que tratamos de decir lo mismo: los extremos concretos que deben resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte.

Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

Para concretar más tenemos que referirnos ya específicamente al Derecho penal. En los procesos de esta clase tanto las acusaciones como las

defensas piden las condenas o absoluciones correspondientes. Tales pronunciamientos los funda cada parte en unos hechos que se dicen ocurridos y que son el objeto de la prueba a practicar. Y se pretende que a tales hechos se les aplique una norma, o mejor una pluralidad de normas jurídicas. Las cuestiones que se plantean a propósito de la aplicación de estas normas a esos hechos son las cuestiones jurídicas o "puntos" que tiene que resolver el tribunal en su sentencia, y que han de motivarse si han sido objeto de controversia en el debate, "puntos litigiosos" en la terminología del citado art. 359 de la vieja LEC.

Si queremos concretar por vía de ejemplos, podemos decir para el proceso penal que son cuestiones jurídicas de preceptivo tratamiento en sentencia cuando son alegadas por las acusaciones o las defensas, las siguientes:

- Las relativas a la existencia del delito de que se trate, en relación con cada uno de los elementos que nos proporciona la llamada teoría del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad y las respectivas causas de absolución si no concurre alguno o algunos de estos elementos constitutivos.

- Todo lo concerniente a la materia de los concursos de delitos o de normas.

- Lo referido al grado de perfección del delito: consumación, tentativa, proposición, conspiración o provocación.

- También el grado de participación, autoría o participación necesaria o no necesaria (complicidad).

- La concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes y todas las relativas, en su caso, a la concreción de la pena o medida de seguridad a imponer.

- Asimismo todas las cuestiones planteadas en orden a la responsabilidad civil, con lo cual nos introducimos en una materia propia del derecho privado, a tratar con principios diferentes de los propios de la materia estrictamente penal.

- Aquellos temas que se hayan planteado con relación a la condena en costas.

- Etcétera.

Véanse en este sentido las sentencias de esta sala 678/2004, 1210/2005, 9/2006 y 549/2006». (F. J. 4º)

**REGISTRO DOMICILIARIO. Es requisito de validez de la prueba la presencia del Secretario judicial.**

Recurso: Casación nº 1237/2006

Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 296/2006 de fecha 15/03/2007

«...Es requisito que afecta a la validez de la prueba que en el registro domiciliario esté presente el Secretario judicial, cuya presencia, en principio y salvo prueba en contrario, acredita la legalidad de todas las actuaciones en las que interviene, de suerte que viene a ser un garante del derecho al proceso debido. Ello resulta de la mayor importancia en relación a los registros domiciliarios, prueba cuya naturaleza de cargo es clara cuando el resultado de la misma es positivo para la investigación criminal, y que dada su naturaleza de prueba no reproducible en el Plenario, y por tanto prueba anticipada, su validez está sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos que garantizan su validez, ya que se trata de una prueba cuya capacidad de contradicción en el Plenario es muy limitada. Por ello, su validez en juicio exige la presencia del Secretario judicial, como protagonista independiente a la policía interviniente y al afectado por el registro y tal validez se limita y circunscribe rigurosamente a lo que se derive de la propia acta levantada al efecto.

Dicho de otra manera, consecuencia de la presencia del Secretario como presupuesto para la validez del registro domiciliario, es que la fe pública judicial sólo se limita a lo que se derive de la propia acta judicial, de suerte que lo que no aparezca en ella, no existe procesalmente hablando y está extramuros del registro domiciliario sin que pueda ser reservado ni incorporado al activo probatorio a través de la declaración de los agentes policiales concernidos.

Es claro que puede existir un error u olvido en el momento de la redacción del acta, pero para tal supuesto es requisito imprescindible que el propio Secretario judicial salve el error u omisión producido, una vez sea advertido por él.

En el presente caso ni consta en el acta la aprehensión de los 123 gramos de droga que se dice tiró la recurrente Susana en un descuido, ni se salvó por el Secretario este hecho, lo que equivale a afirmar que no tuvo conocimiento de ello, y en tal situación no puede tenerse en cuenta este hallazgo. No se insinúa que tal hallazgo no existiera, pues la realidad de la ocupación es indiscutible, más limitadamente, lo que decimos es que esa ocupación se ha producido al margen del protocolo de garantías que permite valorar tal ocupación, y en tal sentido es procesalmente inexistente.

Procede la admisión de la denuncia con la consecuencia de que al habersele ocupado a la recurrente Susana diversos billetes --once mil ptas. en total y varias monedas--, así como una papelina de cocaína de 1'152 gramos con una concentración de 68'55%, pero apareciendo también en el relato histórico que Susana era adicta al consumo de cocaína, habiéndosele apreciado en la sentencia sometida al presente control casacional la atenuante de drogadicción, y a la vista de la cantidad que le fue ocupada sugerente de un exclusivo consumo, lo que unido a que no existe otro dato que permitiera afirmar en dedicación al tráfico de drogas junto con su esposo, el otro recurrente Jaime Gálvez, lleva a la conducción de la procedencia de la absolución de Susana Torres García, lo que así se acordará en la segunda sentencia». (F. J. 5º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Condena civil por participación a título lucrativo en ilícito penal cometido por otro (art.122 CP)**

Recurso: Casación nº 1925/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 368/2007 de fecha 09/05/2007

«...En el caso que examinamos la hoy recurrente fue absuelta de los delitos de que era acusada tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular y sin embargo, condenada como participe a título lucrativo del ilícito penal cometido por su marido, manteniéndose inalterables las consecuencias civiles del hecho imputado como delito y de las que tuvo oportunidad de defenderse dado que a la sanción penal por los delitos de que fue acusada -y finalmente absuelta- se le unió la petición de esa responsabilidad civil por haberse aprovechado de la conducta criminal que en sentencia se limitó exclusivamente a su marido, no produciéndose indefensión ni infracción del principio acusativo.

En esta dirección la STS. 142/2003 de 5.2, en un supuesto en que un acusado por estafa junto con su hermano, fue absuelto de este delito, recogiendo en los hechos probados que dicho acusado había ido gastando los tres millones de pesetas ingresados en su cuenta, aplicándolos en su beneficio, tras señalar que no cabría su condena por los posibles delitos de encubrimiento, receptación o apropiación indebida por la heterogeneidad respecto de una acusación sólo por estafa, declaró que no cabía decir lo mismo con relación a la petición de indemnización formulada por las dos acusaciones frente a los dos acusados, tal petición de indemnización se hizo y respecto de la misma si pudo defenderse el acusado absuelto, concluyendo que si bien no cabía condena penal, si podía aplicarse el art. 122 CP., concurriendo sus requisitos y que no se produce esa obligación de indemnizar como si fuera responsable penal, art. 116 CP., sino otra diferente e independiente: la restitución de la cosa objeto del delito o falta o el resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Criterio reiterado en el Auto de 27.10.2003, que no consideró incongruente y consiguiente vulneradora del derecho fundamental del art. 24.1 CE., que la sentencia declarase la responsabilidad civil ex art. 108 CP. 1973, hoy reproducido substancialmente en el art. 122 CP. vigente, en tanto que para el Abogado del Estado hacia ex arts. 19 y 101 CP. 1973 -arts. 109.1 y ss. CP. vigente- de la responsabilidad criminal que cada uno de los acusados había incurrido como autores de un delito, del que fueron absueltos, argumentando que el hecho en que se fundaba la responsabilidad civil de aquellos era el mismo en que el Abogado del Estado hizo descargar su petición y que a su juicio implicaba, para cada uno de ellos, un delito previsto en el art. 349 CP. 1973 y al fundar la sentencia en el art. 108 CP. 1973 -art. 122 CP. 1995- en lugar de hacerlo en los arts. 19 y 101 ss. CP. 1973- arts. 109.1 y ss. CP. 1995- invocados por el Abogado del Estado, no se había apartado de la causa de pedir ni por supuesto había introducido hechos de los que los acusados no se hubieran podido defender, "de suerte que carecen de fundamento tanto la pretensión de incongruencia que se quiere fundar en el art. 218.1 LEC. como la de infracción

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión reconocido en el art. 24.1 CE. En definitiva, como dice el Ministerio Fiscal, la participación en los efectos, del delito presupuesto de aplicación del art. 108 CP. 1973, deriva en el presente caso, exclusivamente de los hechos que para el Abogado del Estado son presupuesto de la aplicación de los arts. 19 y 101 ss. del mismo Cuero Legal". (F. J. 13º)

El art. 122 CP. recoge la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado 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.

Los requisitos necesarios para su apreciación son:

1º) que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiese participado a 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 receptacionis" en concepto de autor, cómplices y encubridor. La condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP. y no la del art. 122 CP.; 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 -SSTS. 532/2000 de 30.3, 142/2003 de 5.2, 1024/2004 de 24.9-». (F.J. 14º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Cuantificación del daño moral consecuencia de conductas defraudatorias.**

Recurso: Casación nº 302/2006

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1094/2006 de fecha 20/10/2006

«El Ministerio Fiscal apoya el segundo extremo del motivo en cuanto en los hechos que se declaran probados se recoge la afectación psíquica en el perjudicado a consecuencia de los hechos, y que ello debe reflejarse en la indemnización, ya que la sentencia, por ese concepto solo incluye el importe de los gastos por el tratamiento psiquiátrico que se fijó en 4.220 euros cuando la acusación particular había reclamado un total de 24.040 euros por ese concepto incluyendo los gastos de tratamiento.

El Tribunal de instancia reconoce que el perjudicado ha precisado de seguimiento psiquiátrico como consecuencia de la ansiedad y depresión que le

causó la conducta enjuiciada y añade que en la medida que han sido acreditados como algo distinto de la propia defraudación patrimonial, procede tenerlo en cuenta, declarando a continuación que a nadie se le oculta que tener que cerrar parte de la vivienda habitual para obtener la cédula de habitabilidad ocasiona un auténtico daño moral, y lo cuantifica en 4.220 euros, que es la cantidad que se justifica por la asistencia psiquiátrica, sin que se señale otra cantidad por el propio daño moral con independencia de los pagos efectuados por dicha asistencia.

No es sencillo cuantificar el daño moral padecido como consecuencia de una conducta defraudatoria, cuando ya se han indemnizado los perjuicios patrimoniales irrogados e incluso los gastos por el tratamiento de la depresión y ansiedad padecida, que es precisamente la razón de reclamar una indemnización por daño moral por la conducta delictiva, y del examen del relato fáctico se infiere que el perjudicado ya padecía de depresiones con anterioridad a los hechos enjuiciados, al señalarse que esa sintomatología, típicamente depresiva, se agrava debido a los problemas ocasionados por estos hechos, a fin de obtener la cédula de habitabilidad. Por todo ello y examinados otros precedentes de esta Sala, se considera ponderada cuantificar en cinco mil euros ese agravamiento, cantidad en la que se incrementará la indemnización civil en el apartado de los daños morales». (F. J. 2º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización por daño moral en delito de apropiación indebida.**

Recurso: Casación nº 476/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1/2007 de fecha 02/01/2007

«...La antijuricidad de la acción, desde el punto de vista de la tipicidad penal, debe encontrar la adecuada respuesta en el marco jurídico-penal, conforme a la correspondiente calificación jurídica, en tanto que la indemnización a la víctima, dentro del correspondiente marco jurídico, habrá de resolverse conforme a los oportunos criterios jurídico-privados, siendo de destacar, a este respecto, que, según se previene en el art. 110.3º del Código Penal, la responsabilidad civil “ex delicto” (v. arts. 1089 y 1092 del C. Civil) comprende “la indemnización de perjuicios materiales y morales”, precisándose, luego, en el art. 113 del Código Penal que dicha indemnización “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros”. Consiguientemente, la acción penal y la civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil “ex delicto”, cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (v. arts. 108 y 111 de la LECrim.) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por el delito o falta cometidos. Y, en este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó, el 20 de diciembre de 2006, el siguiente acuerdo: “Por regla

general, no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales, y es compatible con el artículo 250.1.6º del Código Penal"». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Interpretación del artículo 34 LH.**

Recurso: Casación nº 1649/2005

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 96/2007 de fecha 13/02/2007

«...la fe pública registral y el efecto sanador o convalidante de las adquisiciones *a non domino* que prevé el art. 34 L.Hipotecaria en este caso se redujo a la apariencia tubular (asiento de presentación) de una titularidad dominical perteneciente a una sociedad, que hacía nueva días que acababa de comprar el inmueble.

4. Las discrepancias sobre el momento en que el tribunal sitúa la ausencia de buena fe, en puridad interpretativa deben fijarse en el instante mismo en que la operación se realiza, aunque la seguridad incontestable de la mala fe se produce cuando el Sr.Gil y Gil declara ante la policía y quizás antes, dada la diligencia obrante en autos, y que debe surtir efectos probatorios, recogida en el fundamento jurídico 4º de la sentencia y que se expresa en los siguientes términos: *"al folio 86 del Tomo I de las actuaciones obra una diligencia en la que se deja constancia de que el día 17 de noviembre, Jesús Gil y Gil, quien había realizado la compra en representación de Club Financiero Inmobiliario, se pasaría el día 23 por la comisaria para ser oído, en relación a la compra efectuada en escritura del día 12, lo que, efectivamente, hizo el día 23, tomándosele declaración ese día sobre los hechos"*.

En el fundamento 4º, pag. 14 de la sentencia, se dice también que el proceder de D. Jesús Gil es incompatible con la operación de compraventa realizada el 12 de noviembre, por todo el devenir secuencial de los actos realizados, y en la página 15 se vuelve a insistir que lo hasta ahora expuesto "es indicativo de que esa falta de buena fe en la adquisición de la finca por Club Financiero.....".

5. Pero aunque dialécticamente entendieramos que la mala fe surge después del contrato adquisitivo y antes de la inscripción registral no puede reputarse inatacable la postura del recurrente ante la falta de una jurisprudencia interpretativa de la Sala 1ª concluyente o suficientemente consolidada (aunque no vincule a la Sala 2ª), ya que sólo en una sentencia de 5-diciembre-2002 (nº 1184, fundamento 3º) se señala que el momento decisivo para la buena fe es el de la adquisición y para alcanzar el carácter de tercero hipotecario la inscripción, declaración que no consideramos rotunda a la hora de entender si la buena fe localizada en el momento de la compra del inmueble debe persistir o por cuanto tiempo debe persistir.

De no ampliar la buena fe hasta el momento de la inscripción se estaría legitimando un comportamiento del adquirente, el cual, consciente de que su

adquisición había sido fruto de un engaño, a pesar de ello y ante la existencia de un titular dominical, en su día registral, expoliado, inscribe la finca privándole de todos los derechos y ventajas tabulares. Los rigurosos y devastadores efectos que puede ocasionar la convalidación de una adquisición a non dominio, exigiría, en una interpretación razonable del art. 34 L.H., que la buena fe del tercer adquirente persistiera hasta tanto no se hayan cumplido todos los condicionamientos impuestos por el precitado artículo para alcanzar la condición de tercero hipotecario, entre ellos la correspondiente inscripción registral del inmueble.

6. Todavía concurre una circunstancia más que no permitiría consolidar la adquisición del bien inmueble por parte del tercero. El art. 34 L.H. cuando señala que el efecto protector registral de la buena fe y el derecho a ser mantenido en la adquisición se consigue y reconoce *"aunque después se anule o resuelva el del otorgante (el derecho) por virtud de causas que no consten en el registro"*, quiere significar que, a efectos de la consolidación adquisitiva del inmueble por el tercero, amparado en el art. 34 L.Hipotecaria, resulta irrelevante la nulidad o resolución del título en virtud del cual adquirió el transmitente su derecho dominical, pero no ocurre lo mismo con el negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el art. 34 L.Hipotecaria), pues si se declara nulo tal acto de disposición, como lo ha declarado la sentencia combatida, nunca podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el art. 34 L.Hipotecaria, cuyo título se ha declarado nulo (véase art. 33 L.H.). El recurrente interesa que aunque se decrete la nulidad, a la que parece aquietarse, no se anude el efecto restitutorio que la misma lleva aparejado según se prevé en el art. 110-1º y 111 del C.Penal, dada su buena fe, lo que en el fondo encierra una contradicción.

En otras palabras podemos decir que si el contrato de compraventa en el que se instrumentó la estafa (causa ilícita) es nulo, conforme al art. 1305 del Código Civil y así se declara en sentencia, no se nos alcanza a comprender como puede consolidar tal título una inscripción eficaz a efectos de otorgar la condición de tercero hipotecario, por cuanto la inscripción última no estaría adornada de la condición jurídica de validez que la justificase y que el Registro no podría convalidar según el art. 33 L.H. La nulidad por la ilicitud de la causa sería de pleno derecho y con efectos *ex tunc*, al tratarse de una enajenación delictiva, en la que el tercer adquirente ha sido víctima de un delito (causa ilícita).

Consecuentemente cuando el art. 34 L.E.C. nos habla de que el tercer adquirente de buena fe inscriba de nuevo el derecho adquirido, debe necesariamente referirse a una inscripción posible legalmente y no a través de un título nulo *"a radice"*, que no puede desplegar efecto alguno tubular sin perjuicio de la buena fe del tercero, que ya no poseería la consideración de hipotecario». (F. J. 8º)

**RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de Caja de Ahorros "ex" art. 120.3 CP.**

Recurso: Casación nº 1608/2006  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 355/2007 de fecha 30/04/2007

«...Se trata, y por eso lo examinamos aquí después de haber examinado si pudo existir responsabilidad penal a exigir a Jesús López García, de un tema subordinado al de la responsabilidad de esta última clase. Nuestro Código Penal sólo permite pronunciamientos de orden civil sin previa condena penal en los casos previstos en el art. 118, que son supuestos de exención de responsabilidad criminal por tratarse de acusados inimputables (números 1º, 2º y 3º del art. 20), estado de necesidad (art. 20.5º), miedo insuperable (art. 20.6º) o error invencible del art. 14. Casos que nada tienen que ver, en principio, con lo aquí tratado.

Dice así tal art. 120.3:

*"Son también responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente:*

(...)

*3º. Las personas naturales o jurídicas en los casos de delitos o falta cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".*

Exige desde luego esta norma, como presupuesto o requisito primero para su aplicación, que haya un pronunciamiento condenatorio penal, que en este caso desde luego existió respecto de aquel que se conformó con las peticiones de sus acusadores, Amancio González Miñón. Esto es, pese a la absolución de López García, hay una condena en el caso que pudiera propiciar la de Caixa Galicia como responsable civil subsidiaria.

Esto último es lo que pidió la parte acusadora (Citibank) al modificar sus conclusiones provisionales con el añadido de que, caso de no estimarse su petición de sanción penal contra Jesús, se declarase la responsabilidad civil de dicha caja de ahorros en aplicación del art. 120.3º. Tal petición de aplicación de esta última disposición existió en el presente procedimiento en ese trámite de las conclusiones definitivas, las que sirven para determinar aquellas cuestiones que han de resolverse en sentencia, tal y como lo pudo comprobar el Ministerio Fiscal (pág. 5) y también esta sala que ha escuchado los discos 2 y 3 de los grabados en el desarrollo del juicio oral; pese a que el acta del juicio, al recoger este trámite de las conclusiones definitivas (folio 1418) donde sólo se habla de que la acusación particular insiste en la responsabilidad civil sin concretar más al respecto, ninguna referencia hace a tal art. 120.3º CP.

Es decir, se planteó en la instancia esta cuestión jurídica de la responsabilidad civil subsidiaria de Caixa Galicia conforme a esta última norma,

y al respecto no se pronunció la sentencia recurrida: ciertamente existió el quebrantamiento de forma aquí denunciado.

En los últimos años esta sala, en aras de un mejor cumplimiento de las exigencias propias del principio de economía procesal, cuando, al tiempo que se plantea la incongruencia negativa u omisiva al amparo del art. 851.3º LECr, se suscita la cuestión de fondo correspondiente al mismo tema en otro motivo de casación, ha entrado en tal tema de fondo para dejar resuelto el problema sin necesidad de devolver las actuaciones al tribunal de instancia, que es lo ordenado en el art. 901 bis a) de la misma ley procesal en caso de estimación de un motivo por quebrantamiento de forma. Pero esto último solo es posible cuando en la sentencia recurrida hay datos para resolver con claridad el citado problema de fondo. Cosa que aquí no sucede, razón por la cual ha de aplicarse tal art. 901 bis a): la sala de instancia ha de dictar nueva sentencia para subsanar la omisión aquí denunciada, debe estudiarlo para pronunciarse al respecto, en particular refiriéndose al tema que fue objeto de amplio debate ante la Audiencia Provincial, el relativo a si hubo o no esa infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad a que se refiere el texto del tan repetido art. 120.3º CP». (F. J. 8º)

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de la empresa.**

Recurso: Casación nº 2264/2006

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 627/2007 de fecha 04/06/2007

«..El artículo 120.4º CP establece que “son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

Las personas naturales o jurídicas, dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Y la doctrina de esta Sala (véanse sentencias de 23.6.2005 y 14.7.2000) llama la atención sobre que se ha de apreciar la responsabilidad civil subsidiaria aunque la actividad desarrollada por el autor del delito suponga un ejercicio anormal de sus funciones (como lo es el agredir a un jefe) y aunque esa actuación no suponga, por tal anormalidad, beneficio alguno para el empresario.

Poniendo de relieve esa jurisprudencia que no sólo se han de seguir criterios de culpa in vigilando o in eligendo (aplicables al presente caso) sino los más objetivos de generación de riesgo en una actividad lucrativa aunque se concrete el riesgo por mor de un ejercicio anormal». (F. J. 12º)

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria del Estado “ex” art. 120.3 CP.**

Recurso: Casación nº 11042/2006 P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 433/2007 de fecha 30/05/2007

«...El recurso de la Abogacía del Estado plantea una única cuestión referente a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el delito de lesiones cometido en un centro penitenciario por un interno en perjuicio de otro. Estima el recurrente que tal declaración infringe el art. 120.3º CP en relación al art. 116.3º del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996).

El motivo debe ser **desestimado**.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado surge de la ley y por lo tanto, no puede ser modificado por normas de rango meramente reglamentario. Por esta razón el inteligente planteamiento del Abogado del Estado, basado en el art. 116.3 del Reglamento Penitenciario no puede ser acogido, dado que, de todos modos, el Estado sigue siendo por imperio de la LGP el garante de la vida e integridad de los internos y ello significa que las medidas de seguridad deben ser adecuadas a los peligros que genere cada fase de la ejecución de la pena.

Consecuentemente, el requisito de infracción de los reglamentos de policía, es decir, preventivos, que requiere el art. 120.3 CP se cumple en el presente caso. En efecto, los reglamentos no reducen el alcance de la posición de garante de la Administración Penitenciaria y, es evidente, que en un ámbito como el carcelario, donde las tensiones personales entre los internos pueden ser de cierta intensidad, se requiere un especial cuidado para que instrumentos que pueden ser utilizados como armas no queden al alcance de aquéllos sin ningún control.

Por todo ello resulta evidente que si se hubieran previsto adecuadas medidas de control sobre los instrumentos de la especie del que fue utilizado en el presente hecho, el delito no hubiera podido ser cometido». (F. J. UNICO)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Artículo 120.3 del Código Penal.**

Recurso: Casación nº 1317/2005 P  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1150/2006 de fecha 22/11/2006

«...En definitiva, el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral que menciona la sentencia, no configuran la necesaria relación de causalidad directa entre la infracción de esa normativa y el asesinato cometido, y cuya acreditada concurrencia ha sido exigida en numerosas resoluciones de esta Sala, en las que venimos reiterando que no es suficiente la relación entre el hecho punible y la infracción reglamentaria sino que se precisa además que de haberse observado los Reglamentos la infracción no hubiese tenido lugar, lo que desde luego debe ser fijado desde una perspectiva de racionalidad (véanse SS.T.S. de 5 de junio de 2.001, 13 de julio de 2.002, 4 de noviembre de 2.003, 20 de enero, 28 de octubre y 13 de diciembre de 2.005, entre otras). (F. J. 3º)

...Pero la sentencia recurrida alude también a que las "infracciones reseñadas por la Inspección de Trabajo relativas a que el Centro de acogida no comunicó a la autoridad laboral la apertura del Centro de trabajo (arts. 6.1 R.D. Ley 1/1986 de 14 de marzo, y 1.1.2 y 2 de la O.M. de 6-5-88) y tampoco realizó la evaluación de riesgos del centro de trabajo (arts. 16.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y 3, 4 y 7 del R.D. 39/1997) y también, que la residencia Hogar Franciscanos no aparece como tal centro adscrita a la Comunidad Autónoma de Castilla y León ni aparece referida en los convenios firmados por el Consejero de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León .....". La sentencia no especifica cuáles fueron esos incidentes, pero, en todo caso, la omisión de las medidas de seguridad parece referirlas a los riesgos que pudieran provenir del comportamiento de los jóvenes que allí residían, pero en ningún caso de la comisión procedente de un agente exterior de un delito como el que se produjo, ajeno por completo a las personas alojadas en el centro y - como ya se ha dicho- absolutamente imprevisto e imprevisible.

Es menester subrayar que el Centro de Acogida de la Asociación Mensajeros de la Paz no es un establecimiento penitenciario, ni un reformatorio ni un correccional ni un establecimiento de rehabilitación de jóvenes delincuentes o asociales, en la que se encuentran recluidas las personas contra su voluntad y sometidas a un régimen coercitivo y restrictivo de sus derechos, sino, precisamente, es un centro de acogida para jóvenes necesitados en el que éstos ingresan y se alojan voluntariamente y que las perturbaciones en la convivencia que hubieran de ser corregidas por el mal comportamiento de aquéllos, se llevaban a cabo en el marco de esa situación, como ocurrió con el acusado al que por ese comportamiento negativo se dispuso el cese del acogimiento de aquél, en el que causó baja por propia voluntad casi seis meses antes de que se produjeran los hechos delictivos enjuiciados.

Quiérese decir que si no existían razones que exigieran la adopción de especiales medidas de seguridad ante riesgo para los trabajadores del establecimiento provenientes de los chicos allí alojados, mucho menos se advierten respecto de agresiones desde el exterior tan violentas y brutales como las que cometió el acusado.

Al margen de todo ello, la sentencia fundamenta el reproche a la ausencia de esas medidas de seguridad en que éstas vendrían impuestas por la prudencia y la experiencia, pero ocurre que lo que el art. 120.3 C.P. exige es la infracción de disposiciones legales que hubiesen sido causa directa del delito cometido, siendo así que la sentencia de instancia no menciona ninguna norma estatal, autonómica o municipal, ni de otro orden que hubiera sido infringida por la titular del establecimiento». (F. J. 4º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. De una entidad bancaria frente al "cliente".**

Recurso: Casación nº 1185/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 229/2007 de fecha 22/03/2007

«...Se cuestiona la absolución de la entidad Banco Santander Central Hispano como responsable civil subsidiaria, que la Sala sentenciadora de instancia basa en que no conoce la norma que haya podido ser infringida en este caso por los empleados de aquella entidad (y que a dicho Tribunal no le parece notoria). Pero conocido ha de ser el principio general de “alterum non laedere”, en virtud del cual la actuación negligente origina una obligación de reparar el daño causado. Es más, en el caso enjuiciado, como más adelante se dirá, en realidad, el verdadero perjudicado por el engaño sufrido no debió ser el titular de la libreta de ahorros, sino el propio banco, al convertir el contrato de depósito irregular al depositario en propietario del dinero custodiado.

El supuesto ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional (STS 91/2005, de 11 de abril), y a sus argumentos nos remitimos. Un caso similar también, no idéntico como el anterior, es el resuelto por la STS 615/2002, de 12 de abril de 2002, cuya doctrina es la siguiente: La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del número tercero del art. 120 del Código Penal, precepto éste mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus –principales– (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad («cuius commoda eius incommoda»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: *«las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».*

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta 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).

Desde la Sentencia de esta Sala, de 15 de febrero de 1986, ya dijimos que por el contrato de depósito en cuenta corriente se constituye un depósito irregular con la consecuencia prevista en el art. 307.3 del Código de Comercio, por el cual, al quedar el dinero confundido con el patrimonio del depositario, éste ha de soportar los riesgos derivados de su deber de conservar la cosa depositada, de modo que si un tercero comete una defraudación y se apodera del dinero depositado o parte del mismo, de esa pérdida ha de responder el depositario, esto es, la entidad bancaria, en el caso. A la misma conclusión llegamos si examinamos el hecho desde otra perspectiva, la del pago como modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y siguientes del Código Civil), pues la obligación del depositario de devolver la cosa depositada (arts. 1766 CC y 306 Ccom.) se extingue por el pago, pero éste sólo es eficaz cuando se hace a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada a recibirla en su nombre, como dice el art. 1162 del Código Civil. Por tanto, la entrega de la cosa depositada a una *persona distinta* de las expresadas en esa última norma jurídica no produce el efecto extintivo de la obligación del depositario relativa a la devolución del objeto del depósito. De modo que, como ya adelantábamos, el perjudicado por tal delito (en el caso, extracción de dinero mediante cheque falsificado mediante imitación de la firma de su titular) es el propio banco o caja de ahorros, y no el titular de la cuenta.

Al no haberse hecho así en estos autos, sino que la entidad Banco Santander Central Hispano permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto, de modo que su situación ha variado, arrastrando el inicial concepto de perjudicado y responsable ante el titular de la cuenta, al de responsable civil frente al mismo, pudiendo ejercitar dicho titular tales acciones civiles en el seno del proceso penal, sin que sea tolerable diferir esta cuestión al ámbito de la jurisdicción civil, pues puede ser resuelta dentro de los parámetros (jurídico-privados) que el proceso penal español permite, con tal que exista la oportuna rogación (acción civil entablada conjunta o separadamente de la penal) y posibilidad de defensa como tal responsable civil (personación en este concepto y oportunidad probatoria). Por eso, las Sentencias de esta Sala Casacional de 6 de diciembre de 1954, 14 de mayo de 1963, 14 de noviembre de 1967 y 24 de septiembre de 1968 declararon, con motivo de delitos de estafa cometidos por medio de cheques falsos o falsificados, que es la entidad bancaria y no el cuentarrentista, la perjudicada por la defraudación, llegándose a afirmar que si se recuperase parte o toda la cantidad defraudada, se entregará a la misma y no a su cliente, ya que es obvio que tiene que devolver a la cuenta corriente del cliente las cantidades que indebidamente salieron de la misma, por la negligencia o impericia de los empleados al comprobar la legitimidad de los cheques.

A esta misma solución se llega por la vía del art. 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, si bien de forma analógica, en el caso ahora enjuiciado. Estamos en presencia, en definitiva, de una responsabilidad cuasi-objetiva para el librado, con presunción de culpa civil, basada en el criterio del riesgo profesional, y por tanto de un especial deber de garantía que la ley

impone a las personas directoras del establecimiento por su omisión de impedir la comisión de delitos o faltas, de efectos no penales, sino exclusivamente patrimoniales, sin que sea necesario precisar la persona física infractora del deber legal o reglamentario, con tal que se encuentre dentro del círculo de la actividad que resultó insuficiente para impedir la consumación delictiva y en el ámbito espacial de su dirección o control». (F. J. 6º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA. Delitos cometidos por internos evadidos de Centro Penitenciario.**

Recurso: Casación nº 1318/2005 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 47/2007 de fecha 08/01/2007

«...6.- En síntesis, todos los recurrentes vienen a mantener, como punto de partida, que los hechos por los que se ha condenado a Brito y Picatoste se iniciaron en el Centro Penitenciario de Ponent (Lérida) dependiente de la Generalitat de Catalunya y fueron consecuencia de infracciones del Reglamento penitenciario, por lo que resulta de aplicación el artículo 120.3 del Código Penal.

7.- La inclusión de un apartado específico para la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la isla, el Municipio y demás entes públicos (artículo 121 del Código Penal) no modifica ni altera la responsabilidad tradicional de estos entes, recogida en la referencia general del artículo 120. 3º del Código Penal a las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

8.- La homologación de ambos supuestos ha sido avalada por el acuerdo de la Sala General de 26 de Mayo de 2000 en el que se llegó a la conclusión de la compatibilidad entre ambos preceptos, aplicándose el artículo 121 cuando el daño causado pueda ser atribuido a un funcionario imputado en el proceso y el 120.3 cuando se observe un funcionamiento de la administración contrario a las previsiones reglamentarias que regulan el funcionamiento del servicio.

En dicho acuerdo se aprobó que: "el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal".

9.- Como es lógico no basta con detectar irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias sino que es necesaria una conexión causal entre la infracción de los reglamentos y el resultado de tal manera que, sin dicha infracción, el tercero no hubiera cometido el delito.

10.- Como hemos dicho la sentencia admite dialécticamente la existencia de infracciones reglamentarias pero no le atribuye valor causal.

No obstante debemos señalar, en relación con el permiso concedido a Picatoste, que, en ocasiones anteriores, dada la peligrosidad del mismo se le había denegado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La cuestión, en principio, podría estar desconectada de la comisión del hecho delictivo pero es necesario examinar cual fue el comportamiento de la Administración Penitenciaria a partir de la concesión de un permiso ordinario de cuarenta y ocho horas.

11.- El permiso se concede el día 3 de Octubre de 2001, hasta las 14 horas del día 5. Al no regresar no consta que se pusiesen los hechos en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, y para que se adoptaran las oportunas medidas.

12.- A este hecho se une las numerosas llamadas telefónicas realizadas por Brito durante ese período de tiempo hasta el 14 de Octubre siguiente, en el que se pone en ejecución el plan de fuga. Se trataba de delincuentes, ambos peligrosos, condenados por delitos violentos con antecedentes por delitos de quebrantamiento de condena y era pública y notoria, su estrecha amistad conocida por todos los vigilantes y presos del Centro Penitenciario.

13.- La sentencia, para desvirtuar la posible negligencia o descuido, desconecta el plan de fuga de estas llamadas y contactos y sostiene que éste se perfiló mediante cartas entre ellos, cuyo contenido está amparado por el artículo 18 de la Constitución.

14.- Compartiendo, en términos generales, esta observación, en el caso concreto, existían los antecedentes que hemos narrado y se habían producido los contactos telefónicos, cuyo listado de destinatarios pudo ser perfectamente solicitado para prevenir una posible concertación entre ambos, sin afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

15.- Hubo por tanto, negligencia previa y en la reacción posterior a la concesión del permiso que puede conectarse con el plan de fuga tal como se había diseñado. Las medidas se toman el día 10 de Octubre cuando ya habían transcurrido cinco días desde el quebrantamiento de la condena. Se sabía que había sido el hermano de Brito el que había ido a recogerlo y, por tanto, se debió poner este dato en conocimiento de la policía y citar a éste para que diera razón de lo que había sucedido. El juzgado, a su vez, no dictó orden de detención hasta el siguiente día 19 de Octubre.

16.- A posteriori, se comprueba que el anormal número de llamadas desde el Centro Penitenciario, se realizaron al teléfono del hermano de Brito y a otro que tenía Picatoste. Es incuestionable que hubo una absoluta relajación en cuanto al control reglamentario de las llamadas telefónicas, resultando anormal las que se realizan precisamente el día de la fuga. No hubo ni el control que

impone el artículo 47 del Reglamento Penitenciario, ni la más mínima previsión reglamentaria.

17.- La autolesión se realiza el día 14 de Octubre por ser domingo y saber que se cuenta con un personal sanitario reducido. Hay un médico de guardia en la prisión pero el aparato de Rayos X no funciona por ser fin de semana. Esta circunstancia revela que el Centro destinado a presos peligrosos había descuidado, hasta cosas tan elementales como que una simple radiografía se pudiera hacer en cualquier momento sin tener que esperar a los días laborales. No se explica muy bien esta deficiencia que hubiera puesto de manifiesto que la lesión en el codo era absolutamente banal y que no requería ningún tratamiento urgente, bastando con la simple inmovilización.

18.- Acordado el traslado se entra en una fase en la que la Administración Penitenciaria se responsabiliza de las condiciones y medidas de seguridad en que este se efectúa. El artículo 79 del Reglamento Penitenciario regula las medidas que deben observarse para la salida de internos para consulta o ingreso en Centro Hospitalario no Penitenciario. En general, tendrá que ser acordada oír al Centro Directivo y, en casos de urgencia, según dictamen médico, el Director del Centro solicitará la fuerza pública que deberá hacer la conducción y encargarse de la custodia en el centro hospitalario. En el caso presente, se acuerda la conducción por un Mosso D'Escuadra en prácticas y otro agente que van en su vehículo siguiendo a la ambulancia. Dadas las características y antecedentes del preso que la vigilancia y custodia era absolutamente insuficiente.

19.- Por otro lado, el médico de guardia del Hospital que tenía concertado sus servicios con el Centro Penitenciario comenta que "*para que lo había llevado para eso*". En todo caso, ninguna de las dos personas que se encargaron del traslado eran del equipo especial de traslados y custodias, lo que revela una absoluta negligencia por parte del Centro Penitenciario.

20.- En consecuencia, se puede decir que existe una negligencia conexas en la que confluyen los evidentes y palmarios descuidos en poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar, sin grandes esfuerzos ni conculcaciones de derechos fundamentales, un plan definido que tenía su base y fundamento en la inexcusable y previa concesión de permiso a Picatoste y que se enlaza con la cadena sucesiva de negligencias reglamentarias que se observan en el traslado. Esta confluencia de circunstancias nos permiten relacionar causalmente, no sólo lo sucedido con los agentes tiroteados sino las actuaciones posteriores, un poco más dilatadas en el tiempo, que culminan con el asesinato y violación de la pareja que se encontraba en el interior del automóvil.

21.- Queremos resaltar que la imputación del riesgo y responsabilidad civil subsidiaria no se basa en el pronóstico equivocado sobre el permiso ya que, por sí mismo, no es un factor desencadenante causal. Por otro lado cualquier imputación objetiva de responsabilidad a una decisión equivocada, pondría en riesgo el sistema de rehabilitación del que forma parte importante la concesión de permisos para una gradual reinserción social en el momento del cumplimiento

de la condena. Cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

22.- La relación causal que declaramos, tiene su origen no en un posible pronóstico equivocado en la concesión del permiso, sino en el cúmulo de negligencias reglamentarias que han quedado reflejadas y que son la causa eficiente de la consumación de una fuga violenta, planeada gracias a la laxitud en el cumplimiento de las normas de prevención y custodia, así como a la imprevisión sobre las más que razonables acciones violentas de unas personas que tenían unos antecedentes conocidos. No hay obstáculos para establecer esta relación causal también con el asesinato y la violación. Estos hechos se producen después de una inmediata y continuada persecución y cerco policial que obliga a los acusados a esconderse y variar sus planes de fuga. Después de sustraerse durante días a la persecución, el día 13 de noviembre siguiente, deciden apoderarse de un vehículo, única alternativa, que les quedaba para escapar al cerco y consumir la fuga. Insistimos en que se dejó realizar negligentemente y que ello fue la causa de creación de un riesgo por culpa de la Administración Penitenciaria que debe responder subsidiariamente, en la totalidad de los resultados que se derivan de la creación del mismo y de la culpa *in vigilando* que ha quedado minuciosamente descrita.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**». (F. J. 12º)

### **SENTENCIA. Motivación de sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 23/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1005/2006 de fecha 11/10/2006

«...las sentencias absolutorias parten de afirmar la prevalencia de la presunción de inocencia sobre el valor incriminatorio de las pruebas de cargo que las acusaciones hayan aportado al juicio oral. El acusado se sitúa inicialmente en una posición en la que se afirma su inocencia, y para dictar una sentencia condenatoria es preciso demostrar la culpabilidad, con arreglo a la ley, más allá de toda duda razonable. Como complemento de la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, impide que el Tribunal, al valorar las pruebas, resuelva las dudas, cuando realmente pueda tenerlas, eligiendo el supuesto más perjudicial para el acusado. El sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho, basado en principios que reconocen derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables. Si bien la falta de identificación de los autores de un delito, con más razón cuando se trata

de un delito grave, puede considerarse un fracaso del sistema, la absolución de los acusados, una vez descartada la arbitrariedad y el error, no puede valorarse como tal fracaso, sino como una consecuencia de la reafirmación de los principios, aunque en el caso concreto pueda resultar difícil de aceptar, especialmente por quienes se han visto directamente afectados por el hecho delictivo.

En este sentido, es decir, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, las sentencias absolutorias precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Como se decía en la STS nº 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, "De un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución, así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por esta Sala. Así, se decía en la STS núm. 2051/2002, de 11 de diciembre, que «las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998 recordada por la 1045/1998 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de

la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución"».

Y también en la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que «de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por las que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia»».

Estas afirmaciones, como entonces se advertía, deben ser, sin embargo, matizadas. Hay que tener en cuenta que aunque la absolución se justifica con la duda, la proscripción de la arbitrariedad exige que ésta sea razonable. No, por lo tanto, cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad.

En segundo lugar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tributaria en alguna medida de la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el recurso ante un Tribunal superior no permite rectificar los hechos en perjuicio del acusado cuando para ello sea necesario valorar pruebas personales que el Tribunal que resuelve el recurso no ha presenciado. El recurso de casación no prevé la celebración de vista para proceder a un nuevo interrogatorio de los acusados y de los testigos. Por ello, la eventual arbitrariedad en el proceso valorativo de la prueba que conduce como conclusión a la absolución de los acusados solamente podría dar lugar a la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo ante otro Tribunal. Ello no tendrá lugar, sin embargo, si la decisión absolutoria del Tribunal de instancia puede considerarse razonable, para lo cual ha de tenerse en cuenta en todo caso que, como antes hemos dicho, su punto de partida es la inocencia del acusado». (F. J. 4º)

**SENTENCIA. Revisión. La retroacción de la norma penal más favorable afecta sólo a los pronunciamientos penales no a la responsabilidad civil.**

Recurso: Casación nº 2079/2005

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 998/2006 de fecha 10/10/2006

«...Hemos de decir que la revisión de sentencias firmes como consecuencia de la mencionada retroacción, afecta sólo a los pronunciamientos estrictamente penales, no a aquellos de orden civil, según sentencias de esta sala números 106 (de 31 de enero), 188 (de 14 de febrero) y 266 (de 4 de marzo), todas de 1997, las dos primeras citadas por la defensa de la Tesorería de la Seguridad Social al contestar al presente recurso. Así se deduce también del propio texto del art. 2.2 CP y de la disposición transitoria primera de la LO 15/2003 que sólo se refieren a las normas propiamente penales. Cuando se producen las correspondientes revisiones de sentencias firmes por aplicación de la nueva ley penal más favorable para el reo, si hay declaraciones de responsabilidad civil, estas han de permanecer sin alteración. El principio de seguridad jurídica aboga en pro de la conservación de lo resuelto por sentencia firme. Esa excepción, motivada por la entrada en vigor de una norma más beneficiosa en lo penal, ha de limitar su eficacia al ámbito estricto de las penas.

En el fundamento de derecho 3º de la citada sentencia de esta sala 266/1997, podemos leer lo siguiente: *"...el principio de retroactividad de la ley más benigna afecta a la norma propiamente penal o sancionadora con arreglo al art. 9.3 de la Constitución; mas no al tema de la responsabilidad civil que, conforme a lo reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sus normas reguladoras carecen de retroactividad"*». (F. J. 3º)

**TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Declarada en el hecho probado la tenencia, es irrelevante que no se haya encontrado.**

Recurso: Casación nº 10582/2006 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 122/2007 de fecha 20/02/2007

«...La sentencia, al abordar el delito de tenencia ilícita de armas que se imputaba al acusado, y **que había sido admitido y reconocido por su letrado defensor**, lo excluye con la lacónica explicación de "al no haberse podido intervenir las dos armas que portaban los autores de los disparos, no se ha podido conocer si las mismas carecían de las licencias o permisos necesarios", sin más razonamientos ni argumentos.

El hecho de que las armas utilizadas no se hubieran encontrado resulta de todo punto irrelevante desde el momento en que el "factum" establece que se trataban de un revólver precisando la marca y el calibre, y una pistola automática calibre 45 mm., de manera que cualquiera de ellas que hubiera utilizado el acusado requería, indubitadamente, "las licencias o permisos necesarios" que señala la sentencia: la licencia y la guía.

Tratándose de armas cortas de fuego, pistolas y revólveres como es el caso, su poseedor necesita licencia de armas tipo B cuando sea un particular según dispone el art. 96 del Reglamento de Armas de 29 de enero de 1.993, en relación con el art. 3.

Pero también es requisito inexorable, so pena de incurrir en el ilícito tipificado en el art. 564.1.1º C.P., que el arma corta de fuego necesita para su lícita posesión la guía de pertenencia, que es un documento que únicamente se expide por la Autoridad administrativa "a los titulares de las armas", es decir, a quien ya tiene la oportuna licencia (art. 89.2 del Reglamento), y que debe acompañar siempre al arma (y a la licencia), por cuanto es un documento en el que se describen el número del documento nacional de identidad o documento equivalente y los datos personales del propietario del arma, así como los de la licencia correspondiente; contendrá una reseña completa del arma, y la acompañará siempre, en los casos de uso, depósito y transporte, de suerte que con esta guía de pertenencia se acredita que el poseedor está autorizado a disponer de esa concreta arma y no de otra.

Queda así meridianamente claro que cualquiera de las dos armas cortas de fuego a que se refiere la sentencia necesitaban de la licencia y guía para su legítima posesión». (F. J. 1º)

### **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Defensa eléctrica.**

Recurso: Casación nº 991/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1271/2006 de fecha 19/12/2006

«...El art. 563 del Código Penal castiga con las correspondientes penas "la tenencia de armas prohibidas". Claramente se advierte, por tanto, que se trata de una norma penal en blanco, lo cual plantea, lógicamente, los problemas relativos a la remisión a disposiciones reglamentarias; en el presente caso, al Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 de enero; arts. 4 y 5). Concretamente, en relación con el caso de autos, el art. 5.1 dice que "queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de: (...) c) las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares" (los subrayados son nuestros).

Dada la necesaria remisión a normas reglamentarias, el carácter genérico de algunas de sus normas, y las exigencias inherentes a toda norma penal (certeza, precisión y taxatividad), para la aplicación de la norma en blanco, es menester: 1/ rechazar toda posibilidad de interpretaciones analógicas y extensivas; 2/ que se trate materialmente de "armas"; y, 3/ que concurra una situación objetiva de riesgo; sólo así –como dice la STS de 24 de febrero de 2004- este tipo penal "resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad".

En el presente caso, la defensa eléctrica es, indudablemente, “un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad”, cuya utilización produce el efecto de “descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma” (v. Informe de la Brigada Provincial de Madrid de “balística forense” –fº 241); el propio acusado “ha declarado que el arma era de su propiedad” (v. FJ 3º); y, por último, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, “el acusado, regente del bar “Sin Salsa”, tenía en su poder la defensa eléctrica cuando en la madrugada del día de los hechos fue detenido dentro del establecimiento que se hallaba abierto al público. (...), se poseía de manera inmediata y, por tanto, en disposición de uso por el encargado de un establecimiento público, en horas en que se ejercía la actividad propia de un bar con personas en su interior, donde no es infrecuente la producción de altercados con desarrollo de actitudes violentas que ponen en riesgo la integridad de las personas”. Así, pues, -concluye el Ministerio Fiscal- “la conducta atribuida al recurrente sí lesionó el bien jurídico protegido por la norma que configura un delito de peligro y no de resultado”. Concurren, pues, todos los requisitos que, según la jurisprudencia, son precisos para la aplicación al presente caso del tipo penal cuestionado por la parte recurrente. No es posible, por tanto, apreciar la infracción de ley denunciada». (F. J. 2º)

### **TERRORISMO. Amenazas. Delito especial. Amenaza a persona no a un grupo.**

Recurso: Casación nº 11281/2006 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 149/2007 de fecha 26/02/2007

«...no cabe aplicar aquí este art. 572.1.3º por el conjunto de estas dos razones:

- Porque, como luego veremos, no hay amenazas a una persona, como exige el art. 572.1.3º, sino a grupos de personas, delito definido en el art. 170 CP. Incluso el apartado c) de la exposición de motivos de la LO 2/1998, que dio una nueva redacción a este último artículo, nos dice que las amenazas terroristas dirigidas a colectivos se encuadran en este art. 170.

- Porque falta el elemento más característico de los requeridos en este art. 572 en relación con el 571. Veámoslo.

Los delitos de los arts. 571 a 574 CP pertenecen a la clase de los llamados delitos especiales que son aquellos que solo pueden cometerse por las personas que reúnan determinadas características.

En el caso de estos delitos los sujetos activos han de ser quienes "pertenecen, actúan al servicio o en colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública".

Tres posibilidades de relación con tales bandas u organizaciones se prevén en estos delitos:

- Pertenecer a estas organizaciones.
- Actuar a su servicio.
- Actuar en colaboración con ella.

Respecto de la pertenencia nos remitimos a lo que acabamos de decir en el fundamento de derecho anterior: desde su ingreso en prisión De Juana se encuentra físicamente imposibilitado de actuar integrado en ETA.

Y con relación a las otras dos, hemos de decir que nada se expresa en la sentencia recurrida sobre ninguna de estas posibilidades de actuación y que, además, no existe prueba alguna de que para la redacción de esos dos artículos periodísticos o para su publicación actuara De Juana Chaos al servicio de ETA o en colaboración con esta banda terrorista (presunción de inocencia). Entendemos que no es suficiente para dicha prueba el que tal publicación se hiciera en Gara, conocido como órgano de los grupos políticos abertzales del País Vasco, ni tampoco que su autor se sintiera miembro de tal organización armada. Son indicios claramente insuficientes al respecto». (F. J. 4º.2)

### **TERRORISMO. Colaboración con banda armada. Concurso real con delito de depósito de armas y explosivos con fines terroristas.**

Recurso: Casación nº 10193/2007 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 699/2007 de fecha 17/07/2007

«.6.- El artículo 573 del Código Penal, dentro de la sección dedicada a los delitos de terrorismo, establece, un tipo específico de depósito de armas o municiones, tenencia de sustancias o aparatos explosivos inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, estableciendo una penalidad de seis a diez años cuando estas actividades se realicen por lo que pertenezcan o colaboren con grupos terroristas.

7.- En la Sección Primera del Capítulo V, la rúbrica general, desligada de cualquier connotación terrorista se castiga la tenencia de armas prohibidas, armas de fuego, depósitos de armas y municiones, distinguiendo las armas y municiones de las armas de guerra, armas químicas o biológicas. Todas estas conductas, comprendidas en los artículos 563 a 570, se engloban bajo el título general de delitos contra el orden público.

8.- Al recurrente se le condena por un delito de colaboración con banda armada a la pena de cinco años de prisión.

Separadamente por el delito de tenencia de armas a la pena de seis años de prisión y por el delito de depósito de explosivos, también a la pena de seis años de prisión.

9.- La cuestión que suscita la punición separada de la tenencia ilícita de armas y el depósito es la de la compatibilidad de ambas figuras entre sí y a su vez la especificidad del artículo 573 que absorbe en su propia redacción las figuras genéricas de posesión, tenencia o depósito de los diferentes artefactos que se enumeran en la sección.

10.- El legislador ha querido abarcar todo el repudio que merecen las diferentes conductas de depósito, describiendo sus distintos componentes, artefactos o materiales destinados a una actividad o fines terroristas, elevando la pena, de seis a diez años de prisión cuando el sujeto es miembro o colaborador de una organización de estas características.

11.- Si además tenemos en cuenta la literalidad del artículo 573 del Código Penal, se observa que ha quedado fuera la tenencia de determinados explosivos, artefactos incendiarios o asfixiantes para llevarla al artículo 568, castigando solamente el depósito que cuando se trate de, explosivos inflamables, incendiarios o asfixiante o sus componentes. Resulta por tanto absurdo distinguir la tenencia del depósito.

Por otro lado se desconecta incorrectamente el depósito de armas de guerra (granada anticarro) como sucede en el caso presente de la finalidad terrorista. Se deja asimismo al margen de la cualificación terrorista, las denominadas armas químicas o biológicas.

12.- Esta dispersión y desconcierto legislativo, no impide considerar que, cuando se actúa en el seno o en colaboración de una organización terrorista el acopio de medios destructivos no se realiza metódica y selectivamente sino bajo la intención común de dotar a la organización terrorista de la mayor capacidad destructiva posible, por lo que se produce una escalada o progresión delictiva que agrupa toda la reacción punitiva, de tal forma que la totalidad de la conducta reprochable se integraría en el artículo 573 del Código Penal, por el principio de especialidad (artículo 8.1) o de absorción (artículo 8.3), ambos del Código Penal.

13.- Pero es que además en el caso presente ateniéndonos al contenido del hecho probado no aparece por ningún lado la tenencia de armas ya que los elementos a los que se hace referencia son de la sustancia explosiva Titadyne y por tanto se trata de un depósito del artículo 573 del Código Penal y no puede, por las razones expuestas dar autonomía a la tenencia de armas que, además, no existe.

14.- Reducida la conducta reprochable a un delito de colaboración con banda armada por un lado y un delito de depósito de armas y explosivos del artículo 573 del Código Penal, no es posible, dada la naturaleza de los hechos, construir un concurso ideal entre ambos.

La primera decisión de guardar las armas y explosivos puede, no sin esfuerzo, contemplarse, como un posible concurso ideal. Ahora bien el hecho nos dice claramente que el recurrente, cuando se entera de la detención de la integrante de la banda, decide trasladar el arsenal y llevarlo a otra casa, lo que añade una conducta o comportamiento que va más allá de la colaboración pasiva de simple custodia, para constituirse en un acto voluntario y autónomo de depósito. Por ello nos encontramos ante un concurso real entre la colaboración con banda armada (art. 576 del C.P.) y depósito de armas y explosivos con fines terroristas (art. 573 del C.P.)». (F. J. 1º)

## **TERRORISMO. Delimitación de los conceptos de organización terrorista y banda armada.**

Recurso: Casación nº 1841/2005

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 50/2007 de fecha 19/01/2007

«La doctrina examinada, tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la *finalidad* perseguida, lo que configurará la acción como *terrorista*, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto *terrorismo, organización o grupo* terrorista, **no siempre se identifica con el de *banda armada***, como hace la sentencia recurrida, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la *finalidad* perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida.

Este concepto de terrorismo (y consecuentemente de organización o de grupo terrorista) es el que acoge el Código Penal en su art. 571, refiriéndose a los que *pertenece, actúan al servicio o colaboran* con bandas armadas, organizaciones o grupos **cuya finalidad** sea la de *subvertir* el orden constitucional o *alterar gravemente* la paz pública. (F. J. 46º. 8)

...De tal extracto fácil es **concluir** que JARRAI-HAIKA-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desarrollándose desde 1978 a 2001; que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA., mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados; que utiliza artefactos explosivos o incendiarios; que causa daños, coacciones y amenazas, mediante *lanzamientos de artefactos incendiarios*, menoscabos de *vehículos de transporte público*, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de *contenido e intención* conminatorios. Y que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA.

.... La “dicotomía” de que, no obstante, habla la sentencia de instancia (fº 33) *entre la organización armada y sus satélites*, de ningún modo empaña la

calificación de "terrorista", dada la finalidad y contenido descrito de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada. (F. J. 46º.10º)

### **TERRORISMO. Integración en banda armada. Delito permanente. Ruptura por ingreso en prisión.**

Recurso: Casación nº 11281/2006 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 149/2007 de fecha 26/02/2007

«...Ciertamente nos hallamos ante un delito permanente que persiste mientras dura la integración en la organización y, como este delito ya ha sido sancionado, no cabe penarlo de nuevo: lo impide la eficacia de cosa juzgada de la anterior sentencia firme condenatoria.

Pero, además, hay que añadir aquí otro argumento para desestimar este motivo.

Como podemos ver en la sentencia de esta sala 1117/2003 de 19 de julio, citada en la sentencia recurrida (pág. 39), aunque en principio no hay límite de tiempo en esa duración, cabe dar por extinguido ese delito cuando se ha puesto fin a la permanencia en la organización, *"bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma (la organización), por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa"*.

Entendemos que un hecho de fuerza mayor existe cuando se produce la detención del integrado en la banda y su ingreso en prisión, simplemente porque la continuación al servicio de tal organización ya no es posible por las limitaciones que lleva consigo la privación de libertad. Ya no sirve para la banda, pues ha quedado físicamente impedido de prestarle el servicio propio de sus actividades terroristas. La permanencia de la persona en su ideario, la sintonía con sus fines o su deseo de permanecer en ETA pese a su nueva situación constituyen una mera posición de simpatía ideológica insuficiente para que pueda decirse que continúa formando parte de la banda.

Y ello es así incluso aunque en el interior de la cárcel mantenga contactos con sus compañeros que también se encuentran presos por su participación en actos criminales de la misma organización o por su colaboración con ella; incluso si, como ocurrió con el procesado De Juana Chaos, remite con frecuencia a la prensa escritos suyos como los dos objeto de este procedimiento.

La mera simpatía ideológica, incluso manifestada por medio de artículos en defensa de ETA y de sus planes y finalidades, no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada. Véase la STS

1346/2001 en cuyo fundamento de derecho 3º podemos leer el párrafo siguiente: "En principio puede afirmarse que la pertenencia supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda...".

Esta ruptura lleva consigo la posibilidad de que, una vez recobrada la libertad, el ya autor condenado cometa otro delito de igual clase (integración en banda armada del 515.2º y 516.2º), si de nuevo reanuda sus actividades criminales en la misma organización armada o en otra distinta. El procesado De Juana Chaos, si ya en libertad se integra en ETA, puede otra vez ser enjuiciado por este mismo delito, al ser hechos diferentes los relativos a su otra incorporación a tal organización terrorista». (F. J. 3º)

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto en caso de duda.**

Recurso: Casación nº 2221/2005

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 969/2006 de fecha 11/10/2006

«...no podemos obligar a un órgano formado por ciudadanos legos en número de nueve, que llegan al veredicto de inculpabilidad por unanimidad, que nos lo desmenucen con criterios analíticos, valorativos y convincentes sobre la insuficiencia de las pruebas de cargo. Eso sería tanto como invertir las reglas del juego procesal y partir de una situación de sospecha o culpabilidad que tiene que ser desmontada a través de un proceso pormenorizado y profundo, lógicamente coherente e incombustible, ante argumentos en contra o simplemente ante la mera duda.

La conciencia de los jueces es un elemento esencial para el desempeño de su función. Como contrapartida a los poderes jurisdiccionales que le concede la Constitución, deben explicitar y exponer cuales han sido los razonamientos o criterios seguidos para descartar el valor probatorio de un elemento manejado en el proceso o por el contrario cual es el valor que le han atribuido a la hora de formar una convicción.

En este proceso los jueces de derecho y los jueces legos que integran el jurado, asumen la misma misión de integrar los hechos que consideran probados a la hora de formular una imputación concreta de hechos delictivos que se consideran probados.

La decisión no puede ser radicalmente limitada a la afirmación o negación. En el proceso penal ha jugado un papel, indisolublemente unido a la construcción de un modelo de proceso democrático y garantista, la introducción de un tercer factor que, partiendo de una posible captación de matices o de partículas de la prueba manejada, llegan a la conclusión de que hay factores a favor y en contra del acusado. Ante el dilema, el dubitativo Juez, debe optar por mantener una posición que reconozca la incertidumbre o el desconcierto ante la prueba manejada, llegando a la conclusión lógica de que no está en condiciones de afirmar que el acusado es el autor del hecho que se le imputa.

La duda no puede conciliarse o convivir con la culpabilidad. En este caso el sistema, partiendo de la presunción de inocencia, con la que el acusado ha entrado en la sala de juicios impone como factor superior la duda razonable». (F. J. 1º.12)

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto inculpatario.**

Recurso: Casación nº 10036/2007 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 525/2007 de fecha 07/06/2007

«...La cuestión relativa a la motivación del veredicto por los miembros del Jurado es ciertamente compleja, dada la condición de legos en materia jurídica de los mismos y la exigencia del art. 120.3 de la Constitución, según el cual “las sentencias serán siempre motivadas”. Exigencia ésta que tiene por objeto que se puedan conocer públicamente las razones de las decisiones judiciales y, al propio tiempo, puedan ser sometidas al control de los correspondientes órganos jurisdiccionales superiores, con la finalidad de evitar toda posible arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (v. art. 9.3 CE). Mas dicho esto, es preciso reconocer también que la motivación de las sentencias no puede alcanzar el mismo nivel de exigencia para los órganos jurisdiccionales integrados por profesionales que para los Tribunales del Jurado, integrados por regla general por personas no versadas en Derecho (v. art. 8 LOTJ). Al veredicto del Jurado no se le puede exigir con todo rigor el canon de motivación del art. 120.3 de la Constitución, pues ello podría desnaturalizar la institución del Jurado como forma de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia (art. 125 C.E.). Y, a este respecto, cobra sentido la exigencia legal de que, en el acta del veredicto, deba incluirse un apartado [el 4º del art. 61.1. d) LOTJ] que deberá contener “una sucinta explicación de las razones por las que (los miembros del Jurado) han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”, así como la obligación impuesta al Presidente del Jurado –si el veredicto fuese de culpabilidad- de concretar en la sentencia “la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia” (v. art. 70.2 LOTJ), hasta el punto que se ha llegado distinguir claramente entre la motivación del veredicto (que compete a los miembros del jurado) y la de la sentencia (que compete al Magistrado-Presidente), cada uno con un alcance diferente [art. 61.1 d) LOTJ y art. 120.3 CE, respectivamente]. Todo ello, sin olvidar (aunque se trata de una cuestión muy debatida) que el Magistrado-Presidente tiene facultad para devolver el acta al Jurado cuando estime que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación, como pudiera ser el de la falta de motivación suficiente [v. art. 63.1 e) LOTJ].

Llegados a este punto, parece oportuno destacar también cómo la parte recurrente reconoce en su motivo que la versión de los hechos ofrecida por el acusado no resultó desmentida por las pruebas practicadas, añadiendo que “el Jurado no debía decidir si D. Michael Tomas conocía al fallecido, o si había tenido relación con él derivada del tráfico de anabolizantes, o si existía una deuda, o si habían quedado esa noche, o si había llamadas telefónicas entre ellos, o si habían estado en el garaje donde apareció fallecido, ..., ya que todos

esos extremos habían sido reconocidos por D. Michael Tomas (...) [el subrayado es nuestro].

En atención a todo lo expuesto, hemos de reconocer que son jurídicamente correctas las razones expuestas –en la línea expuesta- en la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía para rechazar la impugnación formulada en el trámite de apelación sobre la falta de motivación del veredicto (v. FJ 4º), y, por tanto, es preciso concluir que este motivo carece realmente de fundamento atendible y, por ende, debe ser desestimado». (F. J. 4º)

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Recursos contra los Autos del Magistrado-Presidente.**

Recurso: Casación nº 1894/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 293/2007 de fecha 10/04/2007

«...En relación con el recurso de apelación formulado por el acusado contra la denegación "in voce" de las cuestiones previas extemporáneamente suscitadas, y la no tramitación de aquél, el TSJ analiza la censura y la rechaza de manera jurídicamente irreprochable poniendo de relieve que los recursos de apelación contra las decisiones del Magistrado-Presidente en el juicio del Jurado vienen tasados en el párrafo segundo del art. 846-bis-a) de la L.E.Cr. al disponer que "serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la L.O.T.J. así como en los casos señalados en el art. 676 de la presente Ley", y, como de una parte y de forma voluntaria, ninguno de los recurrentes utilizó la vía prevista en el citado artículo 36 precluyendo dicha posibilidad, como ya se ha repetido, y, de otra, como la referencia al segundo precepto general de la L.E.Cr. supone la utilización previa del cauce previsto en el art. 36, según se infiere indudablemente del apartado segundo del mismo, para poder apelar la decisión de las cuestiones previas o de las otras cuestiones añadidas en el catálogo del 36.1 citado, resulta obvia la preclusión definitiva de la impugnación sustentada en dicha vía por imperativa aplicación de lo establecido en los arts. 202 y 215 de la L.E.Cr. en relación con los 4 y 136 de la L.E.C. 1/2000, aplicable esta última con carácter supletorio al proceso civil. Además, para terminar, ha de recordarse que la doctrina jurisprudencial ha establecido al respecto que "de cualquier modo ésta resuelve que las cuestiones previas planteadas al amparo del art. 36 de la Ley del Jurado fueron rechazadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado mediante Auto de 30-11-2002, contra el que dicha parte no interpuso el correspondiente recurso de apelación por lo que la resolución devino firme" (Sentencia de la Sala 2ª del 2-11-2004), firmeza que hay que trasladar al momento anterior si, pudiendo hacerlo sin impedimento alguno, deja voluntariamente precluir la posibilidad procesal de plantearlas en el momento oportuno que, como indica el propio art. 36.1 en relación con el 35 anterior, ha de ser en el mismo momento de la personación de las partes ante la Sala que, constituida por el Magistrado-Presidente inicialmente y luego para el juicio oral con los Jurados, es el de los 15

días del emplazamiento que al efecto les formule el Juez de Instrucción que incoó el juicio ante el Jurado, sustanciándose previamente al Auto de hechos justiciables que ha de pronunciar a continuación aquél». (F. J. 2º)