

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE
LA SALA DE LO PENAL
AÑO JUDICIAL
2011-2012**

NOVIEMBRE 2012

•	ABUSO SEXUAL. Ánimo lúbrico.....	16
•	ABUSO SEXUAL. Comisión del delito por funcionario público (arts. 443 y 444 CP).....	16
•	ABUSO SEXUAL. Error de prohibición vencible	17
•	ABUSO SEXUAL. Prevalimiento. Ausencia de violencia. Intimidación	19
•	ABUSO SEXUAL. Víctima menor de edad: compatibilidad con la agravación por especial vulnerabilidad del sujeto pasivo	20
•	ACCIÓN PENAL. Falta de acción penal derivada del art. 103 LECRIM.....	21
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Competencia (Acuerdo plenario de 27/03/1998).....	22
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina “Parot”.....	23
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Expediente de acumulación: datos imprescindibles.....	26
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Formación de bloques. Principio de igualdad y contradicción	26
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Incorporación de testimonios.....	26
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Liquidación.....	27
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Penas en abstracto	28
•	ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos de tramitación: audiencia al letrado del penado. Retroacción de actuaciones	29
•	AGRAVANTES. Alevosía. La defensa pasiva no la elimina	30
•	AGRAVANTES. Parentesco: aplicación en homicidio de pareja homosexual	31
•	AGRESIÓN SEXUAL. Doctrina de la unidad natural de la acción	32
•	AGRESIÓN SEXUAL. No concurre agravación específica: carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas.....	34
•	AGRESIÓN SEXUAL. Subtipo agravado. Actuación conjunta de dos o más personas y cooperación necesaria.....	35

•	AGRESIÓN SEXUAL. Subtipo agravado. Uso de arma	36
•	AGRESIÓN SEXUAL. Violación. Autoría y cooperación necesaria: incompatibilidad con forma agravada por ejecución por varios sujetos (“non bis in idem”)	37
•	ALZAMIENTO DE BIENES. Responsabilidad civil: restitución de los bienes, previa petición acusatoria.....	38
•	ALZAMIENTO DE BIENES. Responsabilidad penal de los representantes de una persona jurídica	39
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Acuerdo de fiducia.....	39
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Caracteres	41
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Disposición de dinero en cuenta corriente por personas autorizadas, una vez fallecido el titular	41
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero: “punto sin retorno”	43
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Entrega de dinero para fin determinado	43
•	APROPIACIÓN INDEBIDA. Relaciones jurídicas complejas: previa liquidación de cuentas.....	44
•	ASESINATO. Alevosía. Indefensión.....	45
•	ASESINATO. Participación delictiva. Condena como cómplice de quien es cooperadora necesaria	46
•	ATENUANTES: Ludopatía. Doctrina.....	46
•	AUTORÍA. Coautoría. Desviaciones previsibles.....	47
•	AUTORÍA. Coautoría. Imputación del resultado	49
•	AUTORÍA. Comisión por omisión	51
•	AUTORÍA. Comunicabilidad de los medios a los copartícipes	52
•	AUTORÍA. Dominio funcional del hecho	53
•	AUTORÍA. “Masa de acoso”	54
•	AUTORÍA. Participación de extraño. Penalidad aplicable (art. 65 CP)	54

• CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. “Agraviado” por el delito	55
• CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Doctrina	57
• COMPETENCIA. Alteración competencia por nueva legislación penal tras la reforma LO 5/2010. Abierto juicio oral se mantiene competencia de la Audiencia	58
• COMPETENCIA. Auto de inhibición. Falta de legitimación para recurrir	60
• COMPETENCIA. “Perpetuatio iurisdictionis”	60
• CONCURSO DE DELITOS. Concurso medial-instrumental. Conexiones mediales concatenadas	62
• CONCURSO DE NORMAS. Ante imposibilidad de aplicar delito especial se debe apreciar el delito desplazado	64
• CONCURSO DE NORMAS. Delito contra la ordenación del territorio y daños de una cosa propia de utilidad social	65
• CONCURSO DE NORMAS. Estafa impropia y alzamiento de bienes: doctrina	66
• CONCURSO DE NORMAS. Exhibicionismo seguido de abuso sexual. Concurso de normas resuelto por principio de absorción.....	67
• CONCURSO DE NORMAS. Falsedad en documento privado y estafa	68
• CONCURSO DE NORMAS. Tenencia de explosivos y daños terroristas	68
• COSTAS. Acusaciones	69
• DELITO CONTINUADO. Reglas de individualización de las penas en los delitos patrimoniales	70
• DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Contaminación acústica (art. 325 CP): doctrina del TS y del TEDH	71
• DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Amenazas a testigos	73
• DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Obstrucción a la justicia: elementos	74

- **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Omisión del deber de promover la persecución de delitos (art. 408 CP)..... 74**
- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Individualización de la pena: criterios..... 75**
- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Regularización..... 75**
- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Subtipo agravado de especial gravedad de la defraudación: criterios para su estimación 76**
- **DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Tipicidad: elemento subjetivo 78**
- **DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Demolición 78**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del tipo atenuado. Menor entidad del hecho 80**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Cadena de custodia: formulario de la Orden JUS/1291/2010..... 81**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización: modificaciones operadas por la LO 5/2010..... 82**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Condena por conspiración para cometerlo 83**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Conducta impune. No hubo tentativa ni conspiración 84**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Criterio para determinar la especial gravedad de la defraudación atendiendo al importe defraudado 85**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Encubrimiento. Excusa absolutoria..... 86**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Grado de toxicidad..... 87**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Individualización de las penas: revisión de condena (LO 5/2010). No procede..... 88**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación Disposición Transitoria 2ª LO 5/2010. Pena “imposible”. Nueva individualización 88**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nuevo subtipo atenuado. Escasa entidad 89**

• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización criminal (LO 5/2010)	91
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Participación delictiva y grado de ejecución del delito	92
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Posesión de droga: doctrina.....	93
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de condena. Subtipo atenuado (no se aprecia)	94
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena. No cabe en caso de pena ya ejecutada	95
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena en virtud de la Disposición Transitoria 2ª LO 5/2010. No procede.....	96
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): circunstancias personales	97
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): circunstancias personales del delincuente: reincidencia	98
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): compendio doctrinal	98
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): doctrina general	100
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): escasa entidad (MDMA)	101
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): supuestos en que procede su aplicación	102
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: organización criminal (elementos)	102
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. Conducta impune: drogodependientes que obtienen la droga conjuntamente.....	103
• DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de precursores, lo absorbe el tráfico de drogas	104
• DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Atipicidad de los hechos	105
• DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. No concurre	106

- **DELITO DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. Tipo y participación delictiva..... 108**
- **DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Asociación Hammerskin España (HSE) 110**
- **DELITO DE ATENTADO. Delimitación de los posibles sujetos pasivos del delito. Concepto de “función pública” 112**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Blanqueo por imprudencia grave. 116**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Prueba indiciaria..... 117**
- **DELITO DE COHECHO. Consumación 118**
- **DELITO DE COHECHO. Elementos..... 119**
- **DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Subtipo agravado del art. 189.3. d)..... 121**
- **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Participación de extraño en delito especial. Aplicación del art. 65.3 CP 122**
- **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL E INTEGRIDAD MORAL. Caso “Alakrana”. Dolo de autor: requisitos para su extensión a otros copartícipes 123**
- **DELITO DE INCENDIO. Peligro o riesgo actual para las personas (art. 351.1 CP): doctrina..... 124**
- **DELITO DE MALTRATO EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Parientes no convivientes: falta del art. 617.1 CP 125**
- **DELITO DE MALTRATO HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Principio acusatorio 127**
- **DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Requisitos..... 128**
- **DELITO DE PIRATERIA INTERNACIONAL. Naturaleza 129**
- **DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS. Doctrina. Diferencias con la inmigración ilegal..... 1130**
- **DELITO DE USURPACIÓN. Doctrina..... 132**
- **DELITO SOCIETARIO. Administrador de derecho y administrador de hecho..... 135**

- **DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 293 CP 136**
- **DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA. Absorbe el delito de tenencia ilícita....
..... 137**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Comunicación Abogado-defendido 137**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Contradicción. Lectura de declaración
testigo sin asistencia letrado imputado: no posibilidad de valoración.....
..... 141**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la imparcialidad judicial:
dirección de los debates por el Presidente del Tribunal 143**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio
(art. 18.2 CE): efectos de las irregularidades en la práctica de la diligencia
de entrada y registro..... 143**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Juez ordinario
predeterminado por la ley: notificación a las partes de la composición del
Tribunal y del Ponente de la decisión. Irregularidad que no fundamenta
una causa de recusación..... 144**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al proceso con todas las
garantías. Condena “ex novo” en segunda instancia: doctrina del TC y del
TEDH 145**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones: (doctrina de la Sala) SITEL..... 146**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones. Doctrina del “hallazgo casual”..... 147**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones. Escuchas telefónicas. Falta de firmas del Juez y del
Secretario en los Autos autorizantes de la medida..... 148**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones telefónicas. Convenio internacional de Asistencia Penal ..
..... 148**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones telefónicas. Informaciones confidenciales: precisan
corroboración..... 150**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las
comunicaciones telefónicas. No requiere autorización judicial**

intercepción conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público	151
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Detención policial y traslado a dependencias policiales. Cacheo. Asistencia letrada.....	152
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro de una autocaravana	153
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez ordinario predeterminado por la ley. Imparcialidad judicial: pérdida de la misma en diferente causa	154
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Relación entre presunción y tutela cuando se invoca falta de motivación	157
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva: falta de correlación entre relato fáctico, motivación y fallo. Doctrina constitucional.....	157
• DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva: legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación	159
• EJECUCIÓN DE CONDENA. Abono de prisión preventiva. Límite de 30 años.....	160
• EJECUCIÓN DE CONDENA. Auto de licenciamiento definitivo	161
• EJECUCIÓN DE CONDENA. Suspensión de condena y prescripción de la pena.....	163
• ESTAFA. Autotutela de la víctima.....	164
• ESTAFA. Cuantía de lo defraudado. Determinación por el Juzgador en caso de mandato o comisión de venta.....	166
• ESTAFA. Infracciones de carácter continuado constitutivas de falta, que acumuladas justifican un único delito	167
• ESTAFA. Modalidad agravada de “cosas de primera necesidad”. No concurre.....	167
• ESTAFA. Modalidad impropia: cargas ocultas	168
• ESTAFA. Modalidad impropia: “doble venta”	170
• ESTAFA. Principio de confianza	170
• ESTAFA. Tipo agravado: estafa procesal (nueva regulación).....	172

- **EXCUSA ABSOLUTORIA. Improcedencia respecto del delito de falsedad documental y estafa..... 172**
- **EXIMENTES. Eximente completa de alteración psíquica. Compatibilidad con alevosía y ensañamiento en delito de asesinato 173**
- **EXIMENTES. Eximente incompleta de legítima defensa. Efecto penológico. Indulto parcial..... 174**
- **EXIMENTES. Trastorno límite de la personalidad: doctrina 175**
- **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Ciudadano de la Unión Europea (Rumanía): no procede 176**
- **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Derecho transitorio. Reforma de la LO 5/2010 177**
- **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Interpretación procesal del art. 89 CP 179**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de “documento mercantil” 180**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Destipificación de la falsedad ideológica: diferencias con el hecho típico de faltar a la verdad en la narración de los hechos..... 181**
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Retroactividad (LO 5/2010)..... 183**
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Tenencia de útiles (art. 400 CP): consumación 184**
- **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Nueva regulación. Concurso delito con estafa: alternativa..... 185**
- **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Nueva regulación y penalidad (LO 5/2010) 185**
- **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Subtipo agravado de “generalidad de afectados” 187**
- **HOMICIDIO. Autoría. Tentativa..... 188**
- **HOMICIDIO. No imputación del resultado de fallecimiento después de estabilización de las lesiones. Supuestos 188**
- **INDUCCIÓN. Imputación de las circunstancias de la ejecución. Teoría de las desviaciones previsibles 191**

- **INSOLVENCIA PUNIBLE. Concurso de acreedores (art. 260.3 CP). Responsabilidad civil derivada del delito y “non bis in idem”..... 193**
- **JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. Falsificación de documentos oficiales en el extranjero: concurre 193**
- **LESIONES. Coautoría: responsabilidad conjunta de todos los partícipes en la agresión, con independencia del resultado causado a título individual 194**
- **LESIONES. Deformidad: pérdida de un diente; insuficiente motivación (Acuerdo del Pleno 19/04/2002)..... 195**
- **LESIONES. Deformidad menos grave. Concurre 197**
- **LESIONES. Lesiones dolosas del tipo básico. Lesiones graves por imprudencia..... 199**
- **LESIONES. Lesiones dolosas (dolo eventual) y no imprudentes 201**
- **MEDIDAS DE SEGURIDAD. Duración del internamiento en centro psiquiátrico..... 202**
- **MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fundamento 203**
- **NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS (art. 441 CP) 204**
- **PENALIDAD. Abono de prisión preventiva. Licenciamiento: no procede efectuar nueva propuesta..... 205**
- **PENALIDAD. Doble cómputo. Aplicación del art. 58 CP en su redacción originaria..... 207**
- **PENALIDAD. Prisión preventiva: nueva doctrina sobre su abono (STC 92/2012)..... 208**
- **PENALIDAD. Prisión preventiva y licenciamiento definitivo: nueva doctrina jurisprudencial (STS. 345/2012) 210**
- **PENALIDAD. Responsabilidad personal subsidiaria: límite temporal 211**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Acreditación del dolo..... 211**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Uso de P2P. Rastros policiales 2123**
- **PRESCRIPCIÓN. Cómputo de plazos: delito objeto de condena (Acuerdo plenario de 26/10/2010) 215**

- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Condena basada en declaraciones sumariales prestadas en proceso penal tramitado en el extranjero. Ratificación por medio de comisión rogatoria 216**
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor declaraciones policiales 218**
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Actuación defendible en Derecho 221**
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Concepto de “resolución administrativa” 222**
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Nombramiento ilegal (art. 404 CP): doctrina 224**
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Prevaricación urbanística. Omisión de los trámites esenciales del procedimiento 225**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Aplicación errónea del Derecho. No prevaricación 227**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Competencia y prescripción 227**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Conducta no prevaricadora desde los requisitos del tipo 228**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Delito continuado: no concurre 229**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Elementos del delito 230**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Intervención de comunicaciones interno-letrado a sabiendas de su injusticia 232**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad no tiene carácter retroactivo 234**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Prescripción de los delitos. 235**
- **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Vigencia de la Ley de Amnistía de 1977 235**
- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. Normas internacionales. Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 236**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Documentación de la vista oral: acta y grabación, efectos 239**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: contenido 241**

•	PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: doctrina general.....	242
•	PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Variación de hechos que no afecta a la pretensión jurídica	243
•	PRINCIPIOS PROCESALES. Principio civil de equidad: inaplicación en materia penal, si choca con el principio de legalidad.....	245
•	PRINCIPIOS PROCESALES. Principios de contradicción e igualdad de armas.....	246
•	PRUEBA. Deducción de testimonios procedentes de otro procedimiento (Acuerdo Plenario de 26/05/2009)	248
•	PRUEBA. Dispensa del deber de declarar(art. 416 LECrim).....	250
•	PRUEBA. Entrada y registro: nulidad. Garantías aplicables	251
•	PRUEBA. Entrada y registro. Prueba preconstituida. Valoración como documental sin necesidad de lectura en el juicio	253
•	PRUEBA. Improcedencia de la declaración del Fiscal que interviene en la causa	255
•	PRUEBA. Lectura de declaración sumarial a instancia del Tribunal.....	257
•	PRUEBA. Obtención de ADN y ficheros policiales	258
•	PRUEBA. Práctica de prueba anticipada: protocolo procesal	259
•	PRUEBA. Protección de testigos: identidad.....	260
•	PRUEBA. Prueba fonográfica: doctrina	261
•	PRUEBA. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad: ruptura; no reconoce hechos en el plenario.....	262
•	PRUEBA. Prueba ilícita: efectos (conexión de antijuricidad).....	264
•	PRUEBA. Prueba ilícita. Testifical. Menor contra madre sin advertir dispensa para declarar	265
•	PRUEBA. Testifical. Incomunicación de los testigos	266
•	PRUEBA. Testigo protegido y derecho de defensa: puntos de colisión(doctrina).....	267
•	PRUEBA. Uso de grabación proveniente de videocámaras de seguridad instaladas en la vía pública	270

• PRUEBA. Valor del atestado	272
• RECURSO DE CASACIÓN. Auto dictado en súplica: recurrible (orígenes históricos).....	273
• RECURSO DE CASACIÓN. Irrecorribilidad de los autos dictados en ejecución.....	274
• RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto que resuelve sobre prescripción de la pena	275
• RECURSO DE CASACIÓN. Resoluciones recurribles. Auto de sobreseimiento.....	276
• RECURSO DE CASACIÓN. Revisión de los juicios de inferencia de instancia: doctrina del TEDH.....	277
• RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Derecho de defensa. Doctrina del TEDH.....	279
• RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH.....	280
• RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Doctrina del TS.....	287
• RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Revisión de juicios de inferencia. Límites.....	288
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración de Compañía aseguradora. Caso de lesiones dolosas causadas con vehículo como instrumento	290
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad del Estado: lesiones a funcionario en el interior de centro penitenciario. Art. 121 CP.....	291
• RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de entidad eclesiástica. Art. 120.4 CPenal	292
• ROBO CON VIOLENCIA. Violencia sobrevenida: calificación de los hechos como hurto	293
• SEGURIDAD VIAL. Delito de conducción con consciente desprecio a la vida de los demás. Conducta dolosa y no inconsciente	294
• SEGURIDAD VIAL. Pérdida de puntos (art. 384 CP): estimación del recurso de revisión (sentencia posterior en vía contencioso-administrativa).....	295
• SENTENCIA. Cosa juzgada.....	296

- **SENTENCIA DE CONFORMIDAD. Doctrina. Presupuestos 297**
- **SENTENCIA DE CONFORMIDAD. Recurribilidad 299**
- **TENENCIA DE EXPLOSIVOS. Relación con el delito de daños en grado de tentativa 300**
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Armas prohibidas. Depósito de armas. Concurso de leyes 301**
- **TENTATIVA. Distinción entre tentativa acabada e inacabada..... 304**
- **TERRORISMO. Colaboración con organización terrorista: “Impuesto revolucionario” 305**
- **TERRORISMO. Conceptuación del “dirigente” 309**
- **TERRORISMO. Enaltecimiento..... 310**
- **TERRORISMO. Estragos terroristas: doctrina..... 312**
- **TERRORISMO. Reforma operada por LO 5/2010 314**
- **TERRORISMO. Secuestro terrorista (art. 572 CP): límites..... 314**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Facultades del Tribunal de apelación respecto del contenido fáctico de la sentencia del Tribunal del Jurado..... 315**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Incomunicación de los Jurados 316**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Posibilidad de acceso por el Jurado a las declaraciones en fase de instrucción..... 316**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Veredicto: estructura y motivación 317**
- **VIGILANCIA PENITENCIARIA. Casación para unificación de doctrina 320**

ABUSO SEXUAL. Ánimo lúbrico.

Recurso: Casación nº 11061/2011 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 55/2012 de fecha 07/02/2012

«"....2º.- El día 3 de julio de 2009, sobre las 5,00 horas, el procesado siguió a Laura C. L. cuando caminaba por la calle Tomás V. A. de Zaragoza y, aunque se cambió a la derecha, la alcanzó y le metió la mano por debajo del vestido, tocándole sus partes, tras lo cual salió la mujer corriendo y gritando, siendo ayudada por un transeúnte...."».

(...)

En cualquier caso, con independencia de que la redacción de estos hechos se ajuste a la forma recogida en la sentencia --que efectivamente afirma que llegó a tocar las partes íntimas de la agredida, tras lo cual ésta salió corriendo y gritando y fue auxiliada por un transeúnte-- o bien a aquélla más limitada que solicita como alternativa el recurrente y que pretende excluir el dato del tocamiento íntimo, la finalidad lasciva que animó la acción enjuiciada que aparece patente si se observa que el recurrente al ver a Laura, tras cambiarse ésta de acera, también lo hizo el recurrente que la alcanzó y le metió la mano debajo del vestido. De por sí esta acción aisladamente considerada patentiza un ánimo lúbrico situado extramuros de la mera vejación del art. 607 Cpenal, pero si la valoramos en el conjunto del resto de acciones enjuiciadas todavía se refuerza más tal ánimo lúbrico». (F. J. 3º)

ABUSO SEXUAL. Comisión del delito por funcionario público (arts. 443 y 444 CP).

Recurso: Casación nº 432/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 995/2011 de fecha 06/10/2011

«2. Discutiéndose en el motivo el grado de participación o colaboración en el delito del autor principal (art. 181.1º y 3º C.P.) la primera exigencia es que para asentar una responsabilidad penal por la participación en el hecho de otro es preciso lógicamente que ese hecho sea delictivo. Sólo después cabrá cuestionarse si el grado de participación fue o no relevante en su auxilio al autor principal.

Pero lo cierto es que los hechos que se declaran probados no constituyen delito alguno de abuso sexual, atribuido a José María L. C. En efecto, no se evidencia en ellos el ejercicio de una superioridad de la que se haya prevalido el sujeto activo, para yacer con la ofendida. La voluntad de ésta siempre fue libre y pudo acceder o no acceder a la solicitud.

Por solicitar los favores sexuales el funcionario ya cometió el delito del art. 443.2 C.P., pero para castigar conjuntamente por el delito contra la libertad sexual

es preciso que éste exista (art. 444 C.P.), pero lo cierto es que no aparece cometido ninguno. Frida no estuvo constreñida a ningún condicionamiento que le empujara a ceder a las apetencias sexuales del acusado. Si lo hizo por una promesa incumplida, tal circunstancia no convierte la relación sexual en delictiva. El engaño operaría en menores de 16 años, como preceptúa el art. 183 C.P. al regular el estupro, pero no en mayores de edad como Frida.

De ahí, que esta Sala yendo más allá de los argumentos, pero respetuoso con el principio de legalidad de los delitos, ha resuelto declarar la absolución por el de abuso sexual.

A su vez al no haber sido acusada por el delito del art. 443-2, como inductora o cooperadora necesaria (art. 65-3 C.P.), no cabe condena, con infracción del principio acusatorio, por una inducción que no existió pues los requerimientos para yacer los hizo personalmente el acusado. No existe por tanto similitud tipológica, ni de bien jurídico protegido (art. 181-1º y 3º y 443-2 C.P.).

La estimación del motivo favorecerá al acusado L. C. por la vía del art. 903 L.E.Cr., a pesar de no atacar la sentencia en este punto.

El motivo debe estimarse». (F. J. 4º)

ABUSO SEXUAL. Error de prohibición vencible.

Recurso: Casación nº 1401/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 266/2012 de fecha 03/04/2012

«El recurso debe ser parcialmente estimado.

En efecto para juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible), haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error -que la Audiencia considera probado- en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

-la apariencia de legalidad de la conducta-

Ya hemos señalado como en aquellos delitos denominados naturales, que reprobaban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el error mismo de prohibición.

Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales.

A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras:

-la vencibilidad del error-.

Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores.

a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieran proporcionar mayor información al agente.

b) La accesibilidad -abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error.

Desde la perspectiva expuesta y supuesto que la invencibilidad del error radica en la imposibilidad de haber podido evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho, aun admitiendo ese inicial desconocimiento que la Sala entiende probado, no procede asumir la tesis de la sentencia sobre la invencibilidad del error, pues además de que la Norma le corresponde con planteamientos naturales o elementales, también es coincidente con el ordenamiento del país originario, incluso con una previsión de edad superior a la prevista en el ordenamiento español para la disponibilidad de las relaciones sexuales. En el caso de autos, el examen de la causa pone de manifiesto otros datos que no permiten afirmar que el acusado podía haber evitado el desconocimiento de la ilicitud. Así resulta de la propia declaración de Jaime que aunque creía que su conducta no era constitutivo de delito, consideraba que debido a la diferencia de edad existente entre ambos la relación que mantenían "estaba mal" -no olvidemos que la responsabilidad penal sólo requiere el conocimiento de la ilicitud de la conducta (STS 171/2006, de 16-2), y de la línea de defensa inicialmente planteada sobre el desconocimiento de que María Cristina era menor de 13 años, afirmando que ella le dijo que tenía 15 años, aun cuando él en realidad pensaba que tenía 14, lo que el tribunal de instancia rechaza, atendiendo a las manifestaciones de la menor y de madre y de una amiga de María Cristina en todo caso el acusado pudo deshacer el desconocimiento que se alega acudiendo a fuentes de información fácilmente accesibles, lo que ni siquiera intentó y en autos no hay constancia alguna de una situación de marginación social o de socialización del acusado, que le haga no entender el alcance y significación antijurídica de la norma.

Consecuente aun admitiendo la existencia de ese desconocimiento de la ilicitud, en función del resultado a la actividad probatoria personal practicada en el proceso, el error sobre la antijuricidad -decíamos la STS 547/2009 de 19-5- es

vencible o evitable cuando el autor pudo conocer la contrariedad al derecho a de su acción y por lo tanto, obrar de manera distante a cómo lo hizo. En el presente caso el carácter vencible del error sobre la antijuricidad es claro. A pesar de su relativamente corta estancia en España y de que no ha sido comprobado en el proceso -como hubiere sido deseable- Si el derecho penal del país del acusado contiene disposiciones análogas a las del derecho español en esta materia, es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano en la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden jurídico.

En lo que concierne a la gravedad de la culpabilidad del acusado y a la consecuente atenuación de la pena que impone el art. 14-3 CP la Sala estima que la reducción de la pena en 1 grado es adecuada a la posibilidad que tuvo el acusado de vencer el error sobre la prohibición, la ausencia de toda constancia sobre el desarrollo intelectual del mismo, y la diferencia de edad con la menor». (F. J. 2º)

ABUSO SEXUAL. Prevalimiento. Ausencia de violencia. Intimidación.

Recurso: Casación nº 11504/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 80/2012 de fecha 10/02/2012

«La Audiencia Provincial ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los arts. 182.1 y 2, en relación con el art. 181.2, concurriendo la agravación de prevalimiento de una situación de superioridad, circunstancia contemplada en el apartado 4 del art. 180. Los Jueces de instancia han estimado que existió una relación de superioridad derivada del contexto cuasi-familiar en el que se desarrollaba la convivencia entre agresor y víctima. Francisco A. conocía a Sabina desde que tenía tres meses, se encargaba de su cuidado, de recogerla en el colegio y de vigilarla mientras su madre se ausentaba del domicilio por razones laborales.

No existe, pues, duda alguna acerca del desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, en este caso, familiar, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta. Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (cfr. SSTS 489/2009, 23 de junio, 1518/2001, de 14 de septiembre, 1312/2005, 7 de noviembre, 170/2000, 14 de febrero).

Es cierto que existirán supuestos fronterizos en los que el obligado acatamiento de las órdenes del agresor, con la consiguiente pérdida de libertad de la víctima, no es expresión de una atmósfera intimidatoria o compulsiva, sino que se explica por el aprovechamiento de una situación de superioridad conscientemente buscada por el autor. De ahí el carácter proteico o anfibológico que encierra, en situaciones de esta naturaleza, el vocablo “obligar”.

En el presente caso, el Tribunal ha descartado la concurrencia de violencia o intimidación con un argumento que esta Sala no considera desacertado: “...a preguntas del Ministerio Fiscal contestó que el acusado le agarraba del pelo, de un brazo, de la espalda; más allá de esta frase, no explicitó la menor ningún comportamiento en el acusado que expresara la violencia que exige la jurisprudencia (...), suficiente para doblegar la voluntad de la menor que no quería que le introdujeran el pene en la boca; igualmente tampoco se expresó por parte de aquella una situación de intimidación provocada por el acusado. Y todo ello más allá de las circunstancias inherentes a una situación de sometimiento en la que la menor vivía cuando el acusado estaba con ella como consecuencia de la situación de superioridad o prevalimiento que ya de por sí le conducían inexorablemente a acceder a este tipo de prácticas sexuales protagonizadas por el acusado; lo que en una menor de siete años se configura y representa como un peligro real para su integridad física, como manifestó la psicóloga Ana M., pero no puede entenderse que colme el requisito de violencia o intimidación que exigiría una agresión sexual del art. 178 del CP”.

En definitiva, ateniéndonos al hecho probado –exigencia metodológica inherente a la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim-, no concurren los elementos del tipo objetivo a que se refiere el art. 178 del CP. El razonamiento acogido por la Audiencia en el FJ 2º no merece ser calificado de incoherente o carente del sustrato fáctico previamente proclamado en el juicio histórico». (F. J. 6º)

ABUSO SEXUAL. Víctima menor de edad: compatibilidad con la agravación por especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Recurso: Casación nº 11789/2011 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 609/2012 de fecha 11/07/2012

«1. La jurisprudencia ha señalado que la menor edad de la víctima en los delitos de abuso sexual no es absolutamente incompatible con la agravación por su mayor vulnerabilidad. El legislador ha entendido que los actos sexuales realizados con menores de trece años están prohibidos y deben ser sancionados con una pena, sobre la base de la inexistencia de un consentimiento válido por parte de aquellos. Pero nada impide considerar la concurrencia de otras características en los hechos que revelen una situación de la víctima que, siendo menor de trece años, además es especialmente vulnerable. Tal cosa deberá apreciarse en cada caso, y deberá constar en los hechos y luego ser expuesta y razonada debidamente en la fundamentación jurídica.

En este sentido, tal como se decía en la STS nº 861/2010, de 13 de octubre, *“...la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del "non bis in idem". Así, entre otras, las SSTS 210/98, 123/01 o 645/03, exponen que el principio de interpretación taxativa del tipo penal impide, sin incurrir en el vedado "non bis in idem", tomar la misma edad dos veces, pues la ley no distingue distintas edades posibles dentro del término genérico víctima menor de 12 años que contemplaba el artículo 181.2.1º CP, de forma que: " "si se sobreañadiese la especial agravación por esta circunstancia de la edad sin que en la relación de hechos probados exista ningún otro aditamento es obvio que se produce la vedada incursión en el principio "non bis in idem". Por ello, debe reducirse la valoración especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluyente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica" (también SSTS 259 y 1697/00, 38/01, 1974/02 y 224/03). Esta última señala que en definitiva serán compatibles ambas circunstancias cuando no se tenga en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes, y entre ellas, la personalidad del sujeto pasivo del delito y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente de la víctima”.*

Por otro lado, es de tener en cuenta que en la redacción actual del artículo 183.4.a), la agravación se aplica cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años». (F. J. 2º)

ACCIÓN PENAL. Falta de acción penal derivada del art. 103 LECRIM.

Recurso: Casación nº 821/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 185/2012 de fecha 14/03/2012

«En la articulada en el recurso de de Arcadio y Auram se invoca el error por la indebida aplicación del art. 103 de la Ley procesal que impide el ejercicio de acciones penales a los ascendientes, ascendientes y hermanos, salvo por los delitos cometidos contra sus parientes. El recurrente admite la relación de parentesco, padre e hija, pero niega que exista el fundamento de la prohibición dadas las malas relaciones, alegación que es ajena al presupuesto de la prohibición. En lo referente al ejercicio de la acción penal contra la hija por parte de Auram, la sentencia de instancia refiere que la totalidad de las acciones corresponde al padre por lo que acude a ese dato, la titularidad de las acciones, y ante la confusión patrimonial, entre la persona jurídica y el titular de las acciones, sólo el padre, se trata de la misma entidad a la que le es de aplicación la prohibición del ejercicio de las acciones penales. No entenderlo así podría dar lugar a un fraude de ley, pues el padre, que como tal tiene prohibido el ejercicio de acciones penales contra su hija, podrá sortear esta prohibición mediante la utilización de una sociedad cuyo accionariado es únicamente del mismo padre.

Ese fraude de ley ha de ser evitado en el ejercicio de la acción penal por lo que el art. 103 de la Ley procesal obra toda su vigencia impidiendo el ejercicio de acción penal». (F. J. 3º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Competencia (Acuerdo plenario de 27/03/1998).

Recurso: Casación nº 11639/2011 P
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 98/2012 de fecha 24/02/2012

«El recurso debe ser estimado. En efecto, tal como se recuerda en sentencias recientes, como las de 4 de Febrero de 2010 (Nº 70/2010) y 4 de Noviembre de 2009 (Nº 1223/2009), entre otras, la Jurisprudencia de esta Sala viene reiterando, desde el Acuerdo adoptado en Pleno no Jurisdiccional o Sala General el 27 de Marzo de 1998, que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia condenatoria es el competente para acordar lo que proceda respecto a la acumulación entre sí de las penas correspondientes a las causas anteriores, incluido aquellas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no considere acumulables a las condenas emanantes de la causa propia, en la que dictó la sentencia conceptuada como la última atribuible al reo.

Asimismo las SSTS 572 y 840/2009 de 22 de mayo y 16 de julio, respectivamente, argumentan que *"se equivoca el Juez de lo Penal al tomar como referencia determinante de la acumulación la sentencia por él dictada"*, ya que *"el hecho de que el artículo 988 de la Lecrim. adjudique la competencia para la fijación del límite de cumplimiento al Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia, encierra tan sólo un criterio de atribución competencial, pero no impone que esa última resolución, en atención a su fecha, sea la que inspire la procedencia o improcedencia de la acumulación interesada "*. (F. J. 2º)

Las razones que justifican el acuerdo competencial adoptado en el Pleno de 27 de marzo de 1998 son esencialmente tres.

En primer lugar un razonamiento de derecho positivo, dado que el art 988 de la Lecrim atribuye la obligación de "fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas" al "Juez o Tribunal que hubiese dictado la **última sentencia**", y no exige en absoluto que se trate de la última sentencia "*acumulable*", como se señala erróneamente en la resolución impugnada.

En segundo lugar, por razones constitucionales, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los penados, pues en una materia tan sensible para el derecho fundamental a la libertad como es la determinación del límite de cumplimiento de las penas de prisión, no puede desampararse a aquellos internos que se han dirigido para la determinación de dicho límite al Juez o Tribunal al que la Ley atribuye expresamente la competencia por ser el que ha dictado la última resolución condenatoria, con el pretexto de que esa sentencia en concreto no es acumulable, cuando es fácil apreciar que si lo son otras de las sentencias que se

relacionan ante el Juzgador, sometiendo con ello al reo a un desalentador peregrinaje de jurisdicciones para poder obtener lo que le corresponde en Derecho.

Y, en tercer lugar, por razones de seguridad jurídica, pues si bien es clara y objetiva, por responder a un factor puramente cronológico, la determinación de cual es el Juez o Tribunal que ha dictado la última sentencia condenatoria, no lo es tanto si hay que buscar al que ha dictado la última sentencia “acumulable”. Esta última determinación requiere una valoración jurídica susceptible de diversidad de interpretaciones y generadora de inseguridad, lo que se puede evitar acudiendo a un criterio competencial fundado exclusivamente en el elemento temporal». (F. J. 3º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina “Parot”.

Recurso: Casación nº 10066/2012 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 673/2012 de fecha 27/07/2012

«Lo cierto es que sobre este tipo de cuestiones se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional con posterioridad a la decisión de instancia. En concreto, en la tan referida STC núm. 113/2012, de 224 de mayo, que otorga el amparo ante un supuesto con notables semejanzas al que examinamos, en los siguientes términos:

“De la lectura de los datos que acaban de exponerse se desprende que, como sostiene el recurrente, a lo largo de toda la ejecutoria el cómputo de las redenciones de pena por trabajo se ha venido realizando sobre el límite máximo de cumplimiento de treinta años, del que se descontaban tanto los días de cumplimiento efectivo como los redimidos por trabajo, plasmándose dicho criterio en los cálculos periódicos elaborados por los centros penitenciarios, hasta llegar a la liquidación de condena sobre cuya base se realiza la propuesta de licenciamiento definitivo por el centro penitenciario de C... .

En el presente caso, puede afirmarse que tanto la Sentencia de 22 de enero de 1997 de la Sección Primera, como la Sentencia de 28 de enero de 1997 de la Sección Tercera, ambas de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no sólo resuelven acerca de cuál es la ley aplicable ante la sucesión normativa generada por la entrada en vigor del nuevo Código penal, sino que al adoptar su decisión lo hacen sobre la base de un determinado criterio de cómputo de las redenciones que resulta determinante para considerar más favorable o no el Código anterior.

La Sentencia de 28 de enero, por ejemplo, es clara cuando se expresa a este respecto: «La disyuntiva -sostiene en su FJ 1- entre la aplicación del Código Penal actual y el vigente en el momento de la comisión de los hechos se resuelve a favor de la aplicación del anterior Código, puesto que por las normas concursales, la pena a aplicar conforme a ambos textos legales se traduce en un máximo de treinta años y siempre será más favorable el que otorga la posibilidad de redimir las penas por el trabajo».

Al razonar de esta manera, la Sentencia está conformando la realidad jurídica relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad y creando una situación jurídica consolidada no sólo respecto de la ley aplicable, sino también respecto del criterio de cómputo de las redenciones que sustenta su decisión. Este criterio, conforme al cual ha venido ejecutándose la pena, no puede ser ignorado por el propio órgano judicial en decisiones posteriores, como las recurridas en amparo, sin hacer desaparecer la eficacia de su anterior resolución.

De la misma manera, la Sentencia de 22 de enero de 1997 sostiene en su fundamento jurídico 9: «Obligados por la Disposición Transitoria Segunda de la LO 10/95 a comprobar cuál sería la norma más favorable, si el Código Penal en vigor en el momento de la comisión de los hechos o el actualmente vigente, se estima que en el actual, las conductas enjuiciadas quedarían encuadradas en los arts. 163, 242, 244, 571, 572 y, pudiendo ser el resultado penológico únicamente más beneficioso, dado el concurso real en que se integran todos los delitos por los que condena, en orden al límite cuantitativo del tiempo de cumplimiento establecido en el art. 76 de la LO 10/95, para el caso en que los acusados no se acogieran al derecho a la redención de penas regulada en el art. 100 del CP anterior. Cómputo y valoración que sólo será posible realizar cuando liquidada definitivamente la presente condena con otras que pudieran estar pendientes por otras causas, se esté en disposición de fijar el límite más favorable que corresponda». Y, posteriormente, incluir en su fallo la siguiente afirmación: «Aplíquese la Regla 2ª del art. 70 del Código Penal para fijar el tiempo máximo de cumplimiento, excepto para el caso en que llegado el momento de la liquidación de condena, los acusados no hubieran dado lugar a redención de penas por el trabajo, supuesto en que podría resultar más beneficioso el límite establecido en el art. 76 de la LO 10/95 que procedería aplicar».

En definitiva, aun siendo distinto su objeto, existe una estricta relación de dependencia entre lo resuelto por las citadas Sentencias y las resoluciones recurridas en amparo, que impedía a éstas ignorar la realidad jurídica conformada por aquél en cuanto al criterio de cómputo de las redenciones, lo que nos conduce a afirmar que estas resoluciones desconocen la eficacia de lo resuelto con carácter firme e intangible por ambas Sentencias, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

Aunque presente matices, la doctrina precedente debe ser aplicada al caso que analizamos. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha fundamentado su decisión de no excarcelación en que, pese al tiempo transcurrido, la liquidación de las diferentes condenas impuestas al reo aún no se encontraría cumplida, pues, no habiendo quedado cerrada la fecha de puesta en libertad, sería ahora susceptible de modulación con arreglo a la doctrina emanada de la STS núm. 197/2006.

Cierto es que, según se ha dejado expuesto, han sido varias las fechas de excarcelación que se han barajado en este caso, dejando indefinida la situación. Pero también lo es que en repetidas ocasiones a lo largo del seguimiento de la presente ejecutoria la Sala de instancia, con la expresa aquiescencia del Ministerio Fiscal, se decantó por fijar al reo un máximo de treinta años de cumplimiento en prisión, como consecuencia de la acumulación de las diferentes condenas privativas

de libertad impuestas al recurrente, así como por aplicar las reglas del CP de 1973 a los diferentes sumarios en los que había sido condenado y que fueron objeto de acumulación, aludiendo expresamente al beneficio que representaba para el penado la aplicación del Texto anterior, dada la desaparición en el CP actual de la figura de la redención de penas por el trabajo.

También lo es, y de ello no cabe la más mínima duda, que al aportar el centro penitenciario competente las pertinentes hojas de cálculo, en todo momento parte de ese máximo de treinta años para, desde él, aplicar las reducciones por días de redención, sin que el Tribunal ejecutante haya realizado liquidación alguna contraria a estas pautas sino en el momento actual. Tampoco consta que así lo solicitara el Fiscal. En definitiva, no existe constancia en las actuaciones de ninguna decisión judicial que, en detrimento del criterio seguido en todo momento con absoluta claridad por la Administración Penitenciaria, utilice un sistema de cómputo de las redenciones por el trabajo diferente (STC núm. 57/2012, de 29 de marzo). Y tal indefinición o imprecisión del Tribunal encargado de la ejecución, reconocida por él mismo, no puede ahora operar contra el reo, pues quebraría de ese modo el criterio de previsibilidad en la respuesta judicial.

Es cierto que la sentencia de la Audiencia Nacional 67/2007 que contiene la última condena acumulada acoge en su fundamento jurídico segundo la aplicación del "*Código Penal de 1973 vigente a la fecha de los hechos y texto punitivo que se considera más beneficioso para el acusado que el vigente Código Penal de 1995*", sin mencionar expresamente que la causa de ello reside en la aplicación de redención de penas por el trabajo conforme al cómputo precedente que venía siendo aplicado por la propia Audiencia. Ahora bien, una opción interpretativa distinta del texto transcrito, ante la falta de otros datos expresos relevantes, iría desde luego en contra del penado y por ello debemos partir de la extensión de la intangibilidad de los autos mencionados más arriba conforme a la doctrina constitucional expuesta.

El vencimiento a fecha de hoy de los previsibles licenciamientos derivados de los cálculos penitenciarios -30/05/2011 ó 10/07/2012- justifica, por último, la puesta en libertad del penado.

Conviene, en cualquier caso, aclarar que, según se desprende también de la hoja de cálculo aportada como documento núm. 13, estando el recurrente privado de libertad desde el 21/03/1992, el supuesto error que atribuye a un licenciamiento que hubiere tenido por fecha el 19/03/2022 carecería de fundamento, ya que, aun de haberse llegado a esa fecha, no habrían transcurrido matemáticamente los treinta años de prisión, en todo momento fijados como límite máximo, por lo que menos aún cabe entenderlos superados en ocho meses, como postula el penado en su escrito.

En consecuencia, apartada la decisión de instancia de la doctrina constitucional señalada, debe estimarse el recurso, con los efectos señalados». (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Expediente de acumulación: datos imprescindibles.

Recurso: Casación nº 11419/2011 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 13/2012 de fecha 19/01/2012

«La doctrina de esta Sala ha establecido repetidamente (Cfr STS de 9 de octubre de 1998, STS 3-5-2004, nº 571/2004), que a los efectos de no causar indefensión a la parte que lo inste, es absolutamente **imprescindible**, en los expedientes de acumulación de penas a que se refiere el art. 988 de la L.E.Cr. que, junto a la Hoja Histórico-Penal del Registro Central de Penados y Rebeldes que corresponda al solicitante, se unan a las actuaciones los testimonios de todas las sentencias cuyas condenas pretendan acumularse, a fin de fijar el límite de cumplimiento de las mismas, conforme a la regla segunda del art. 70 del C.P. anterior, y art. 76.1 del C.P. vigente; exigiéndose también, de otra parte que, en el Auto que se dicte, se **relacionen la totalidad de las penas impuestas al reo en los distintos procesos** que se le hubieran seguido por hechos que pudieran haber sido objeto de uno sólo por efecto de la conexidad delictiva del art. 17 de la L.E.Cr., pues ello, junto a los de las **fechas de comisión** de los diferentes hechos delictivos sancionados y sus respectivas tipificaciones, y las de las sentencias recaídas y sus correspondientes **firmezas**, son datos elementales **para poder determinar** con justicia el **límite máximo** de cumplimiento que proceda (SS.T.S. de 8 de noviembre de 1996 y 21 de febrero de 1997; STS 8-6-2007, nº 536/2007, 19-7-2007, nº 695/2007)». (F. J. 4º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Formación de bloques. Principio de igualdad y contradicción.

Recurso: Casación nº 11234/2011 P
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 1371/2011 de fecha 22/12/2011

«La posibilidad de diversos bloques de acumulación de Ejecutorias está reconocida por la Jurisprudencia de esta Sala y es una consecuencia del amplio concepto de conexidad delictiva que ha quedado limitado a un contenido meramente temporal en los términos que se recogen en el auto recurrido. Se acepta que no cabe acumular penas que previamente ya fueron acumuladas en otra refundición, como se recoge en la STS 745/2002 de 23 de Abril, lo que es cuestión distinta de que en relación a las excluidas de una acumulación, puedan ser objeto de una acumulación entre ellas, y es esta cuestión la que debe ser respondida por el Tribunal a quo». (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Incorporación de testimonios.

Recurso: Casación nº 10668/2011 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 1005/2011 de fecha 06/10/2011

«1. Esta Sala ha señalado reiteradamente que “en todos los expedientes de acumulación de condena, además de la hoja histórico-penal, deben unirse testimonio de todas las sentencias cuyas condenas pretenden acumularse, y que como consecuencia de ello, en la resolución judicial se hagan constar todos y cada uno de los datos imprescindibles para resolver sobre lo peticionado. Por ello, los datos que deben hacerse constar en el auto son los siguientes: a) fecha de la sentencia, b) naturaleza del delito, c) pena impuesta y d) fecha de ocurrencia de los hechos enjuiciados. El dato de la firmeza de la sentencia no es exigible, de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 29 de Noviembre de 2005”. (STS nº 23/2011)». (F. J. 1º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Liquidación.

Recurso: Casación nº 11617/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 83/2012 de fecha 10/02/2012

«A modo de introducción conviene recordar que la **doctrina general de la referida sentencia del Tribunal Constitucional** ha sido plasmada ya en numerosas sentencias de esta Sala a partir de la 1391/2009, de 10 de diciembre (SSTS 82/2010, de 11-2; 227/2010, de 20-5; 414/2010, de 17-3; 551/2010, de 28-5; 667/2010, de 11-6; 908/2010, de 20-10; 74/2011, de 28-1, y otras posteriores). En ellas se reitera que el Tribunal encargado de la ejecución debe abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa aunque aquel haya coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas, sin que sea necesario justificar la existencia de un perjuicio que haya afectado materialmente el derecho a la libertad del sujeto. Y ello porque no es aceptable que la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado, teniendo que justificar su discriminación penitenciaria sobre la base de la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada. Y también se advierte en esas resoluciones que el criterio del doble cómputo del mismo periodo de tiempo no es extrapolable a los supuestos en los que lo que coinciden son dos prisiones preventivas acordadas en diferentes causas.

Las **directrices jurisprudenciales** que se han venido marcando para tales supuestos de autos de acumulación cuando se pretende operar con la STC 57/2008 son las siguientes:

1) La cuestión ha de ser abordada desde la perspectiva del criterio establecido en la STS 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot), conforme al cual una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica, por lo que las diferentes penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho, de tal modo que la forma de cumplimiento de la condena total se iniciará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre

cumpliendo, dándose comienzo al cumplimiento de las siguientes una vez extinguida la primera y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973 o 76 del Código Penal vigente. Se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante llegados a dicho estadio, que no puede rebasarse. Por tanto, el cómputo de los períodos transcurridos en prisión preventiva se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 del Código Penal (SSTS 208/2011, de 28-3; 695/2011, de 18-5; y 759/2011, de 30-6).

2) Las prisiones provisionales simultáneas realmente solo conllevan una privación de libertad única y la pluralidad de las mismas no deja de ser a estos efectos meramente formal o, incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado y no por otro u otros. En consecuencia, no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó o, en su caso, en otra causa distinta, de conformidad con las previsiones contenidas en la redacción anterior y actual del art . 58 CP, según la LO 15/2003 (SSTS 311/2010, de 24-3; 414/2010, de 17-3; y 695/2011, de 18-5).

3) Aunque los efectos prácticos pudieran resultar inexistentes en orden a la modificación del cómputo del periodo máximo de cumplimiento de la pena, ello no significa que no haya de procederse a examinar en términos de resultados esa misma hipótesis, es decir, que dicho cómputo efectivamente no haya de incidir en el cumplimiento de la condena desde la perspectiva de la STS 197/2006, puesto que —como viene señalando esta Sala en criterio uniformemente mantenido desde antiguo (v.gr. STS núm. 336/2003) y reiterado en la propia STS 197/2006 y en las posteriores 583/2008, 898/2009 y 1260/2009, entre otras)— la acumulación de las condenas que hayan sido impuestas al reo no opera como una nueva pena y, por ende, tampoco es óbice para rectificar la liquidación practicada, en caso de resultar procedente (SSTS 82/2010, de 11-2; 208/2011, de 28-3; y 695/2011, de 18-5)». (F. J. Único)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Penas en abstracto.

Recurso: Casación nº 11592/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 337/2012 de fecha 04/05/2012

«En suma, la fijación de los términos de la acumulación jurídica debe realizarse de acuerdo con la pena en abstracto asociada al delito cometido, con independencia de la degradación punitiva operada como consecuencia de la imperfecta ejecución del hecho pretendido por el autor. La propia utilización de los vocablos “*hasta*” o “*superior a*” empleados por los apartados a), b), c) y d) el art. 76.1, evocan la voluntad del legislador de operar con cuadros abstractos de medición de pena. Esas expresiones están en abierto contraste con la locución “*la*

más grave de las penas en que haya incurrido” –art. 76.1 CP-, que sí toma como referencia una pena en concreto, ya definida en su duración definitiva.

Con independencia de lo anterior, aun cuando nos moviéramos en el marco penal asociado al delito intentado, la reivindicación del recurrente encaminada a sustituir el tope máximo de la pena resultante -5 a 20 años de prisión por 5 años a 19 años y 364 días de prisión- presenta importantes dificultades que no pueden pasar desapercibidas. Es cierto que la LO 15/2003, 25 de noviembre, dio nueva redacción al art. 70 del CP. Pero esa adición o supresión de un día aparece como una referencia correctora para identificar uno y otro marco punitivo. No ha traído consigo –precisamente por su innecesariedad- una sustitución paralela de otros preceptos, como es el caso del art. 76 del CP. Sucede, por tanto, que llevando a sus últimas consecuencias la tesis del recurrente, existiría una franja cuantitativa sustraída a toda posibilidad de limitación. En efecto, si el apartado a) del art. 76 abarca aquellos casos en que uno de los delitos está castigado con pena de prisión hasta 20 años -19 años y 364 días- y el apartado b) engloba aquellos otros en los que alguno de los delitos estuviera castigado con pena de prisión superior a 20 años -20 años y 1 día-, la pregunta surge por sí sola: ¿qué sucede cuando uno de los delitos está castigado con pena de 20 años? La tesis del recurrente –apoyada por el Fiscal- convierte esa franja en una referencia cuantitativa errática, sin solución posible». (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos de tramitación: audiencia al letrado del penado. Retroacción de actuaciones.

Recurso: Casación nº 11549/2011 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 73/2012 de fecha 15/02/2012

«Aunque la L.E.Cr. no prevé en su articulado el trámite de audiencia del Letrado del acusado, la doctrina del Tribunal Constitucional en las sentencias del TC 11/1987, de 30-1, 147/1988, 130/1996 y 237/1998, y del Tribunal Supremo en las sentencias nº 809/2009, de 3-6-2009 y muchas anteriores, ha considerado que, aunque el art. 988 no lo exija expresamente, la asistencia y audiencia al condenado a efectos de la resolución del incidente está implícita en la propia regulación del mismo y se prescinde de las reglas esenciales del procedimiento afectando al derecho a la defensa y a la asistencia letrada, cuando el solicitante de la acumulación no está asistido de Letrado, de su designación o de oficio en otro caso, debiendo proceder cuando así ocurra a decretar la nulidad de lo actuado retrotrayendo las actuaciones al momento del procedimiento en que debió dotarse al solicitante de la pertinente asistencia de Letrado.

Y es que "... es insuficiente la mera petición personal del condenado para iniciar el procedimiento sin que con posterioridad, asistido técnicamente por letrado, se le de audiencia a la vista de la documentación unida (hoja histórico penal y testimonio de las sentencias condenatorias) y dictamen del Ministerio Fiscal. Por ello, la Jurisprudencia de esta Sala ha entendido que se vulnera el derecho de defensa cuando se omite el traslado del procedimiento al condenado y su asistencia

letrada, que deberá propiciarse de oficio a falta de designación particular" (STS nº 809/2009).

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa, debe dar lugar a la nulidad del Auto impugnado y a la reposición de las actuaciones al momento de la iniciación del procedimiento para que se subsane la falta de asistencia de Letrado, y se cumpla con el trámite de audiencia al penado.

En consecuencia, procede la estimación del motivo, anulándose el Auto impugnado y debiéndose dictar otra resolución con audiencia del promovente y asistido de Letrado, incorporándose al incidente de acumulación la documentación acreditativa de la revisión de las causas que sean pertinentes de acuerdo con lo dispuesto al efecto en la L.O. 5/2010». (F. J. 1º)

AGRAVANTES. Alevosía. La defensa pasiva no la elimina.

Recurso: Casación nº 11313/2011 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 106/2012 de fecha 22/02/2012

«No comparte la Sala la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia, quien, en definitiva, niega la alevosía porque la presencia intimidatoria del arma ya fue percibida por la víctima e incluso intentó una acción defensiva por lo que --en la tesis de la sentencia-- no se estaría en la alevosía sorpresiva caracterizada por lo imaginado del ataque, ni en la proditoria o traicionera, ni tampoco la alevosía por desvalimiento o desamparo.

En definitiva, estima el Tribunal sentenciador que como la víctima fue intimidada desde el principio por la pistola que llevaba el portador que, recuérdese, se introdujo en el vehículo de Antonio, sentándose en el asiento del copiloto e incluso intentó una defensa mínima --que bien pudiera calificarse de pasiva-- ello impediría la aplicación de la alevosía.

Sin embargo es reiterada la doctrina de la Sala que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiéndose por ello la que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por el hecho de agarrar la pistola por el cañón --véase *factum*-- momento en el que disparó el portador del arma, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de Abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de Noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de "*heridas de defensa*" en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para el agresor.

Y hay que recordar que en el caso de autos el agresor utilizó una pistola sobre cuya capacidad occisiva es ocioso argumentar. Enlazado con ello hay que

retener la jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado que la utilización de un arma de fuego por el agresor frente a la víctima inerme, ordinariamente debe calificarse como ataque alevoso. SSTS 815/2006 de 15 de Junio; 848/2007 de 31 de Octubre y 892/2007 de 29 de Octubre.

En el presente caso se utiliza un arma de fuego y la defensa de la víctima fue meramente pasiva e ineficaz, tendente a evitar el disparo sobre su cuerpo, sin que ello supusiese ni mínimamente un riesgo para la acción del agresor.

Como conclusión de todo lo razonado, y desde el respeto a los hechos probados, presupuesto de admisibilidad del cauce casacional empleado, debe prosperar el motivo formalizado y declarar que concurrió la alevosía, con la consecuencia de calificar la muerte de Antonio como constitutiva de un asesinato con las consecuencias punitivas correspondiente que se determinarán en la segunda sentencia». (F. J. 4º)

AGRAVANTES. Parentesco: aplicación en homicidio de pareja homosexual.

Recurso: Casación nº 11799/2011 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 136/2012 de fecha 06/03/2012

«El art. 23 Cpenal, en su redacción actual, se refiere a *"....ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad...."*.

La redacción actual tiene su origen en la L.O. 11/2003 que sustituyó la referencia a la *"forma permanente"* por *"forma estable"* en relación a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que por relación de afectividad, debe estimarse:

a) Existencia de una relación asimilada a la matrimonial ya sea la pareja heterosexual o como --es el caso de autos-- pareja homosexual, aquí de dos varones, Csaba el recurrente, y Zsombor la víctima, y

b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas --STS 216/2007--, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprece con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

Esta circunstancia de parentesco, tiene su proyección más típica en los arts. 153, 171-4º y 173 Cpenal en relación a la violencia de género. En concreto, en el art. 173-2º, se recoge la expresión *"....el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...."*.

Volviendo a la atenuante del art. 23 es cierto que se exige una relación estable, nota que debe ser analizada caso a caso y en atención a las circunstancias concretas.

En este sentido, la sentencia de apelación excluye la agravante porque la referencia en el *factum* de la sentencia es muy escueta, sin que aparezca la nota de la perdurabilidad, el compromiso y el proyecto de vida en común.

Sin perjuicio de reconocer que en el *factum* solo se contiene esa referencia a la relación afectiva, es lo cierto que también contó en el mismo relato de manera implícita pero clara, que ambos --agresor y víctima-- compartían el mismo domicilio, pues la discusión previa tiene lugar en el domicilio de ambos, y el ataque del recurrente se produce en las escaleras del inmueble, pero hay más datos que colorean y dan consistencia a esa relación de afectividad existente entre ambos.

En efecto, en la pág. 8 de la sentencia del Jurado --fjdc. preliminar-- se nos dice expresamente:

"...Por último, el jurado consideró probada la existencia de una relación sentimental entre el Sr. Csaba y el Sr. Török, basando su conclusión en la documental existente en las fotos de explícito contenido sexual, la convivencia en el momento de los hechos, incluso compartiendo cama, y la dependencia económica del acusado respecto de la víctima, dado que el primero no tenía trabajo en la isla....".

Es evidente que a la luz de estos datos no puede dudarse de que se está ante una relación sentimental dotada del carácter estable al que se refiere el art. 23 Cpenal.

Hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala en relación a los artículos más arriba citados de la violencia contra la mujer, 153, 171-4º y 173-2, estima que la eliminación de la nota de convivencia, ha dado entrada dentro de la violencia contra la mujer, no solo las relaciones de estricto noviazgo, sino aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual como se recoge en la STS 1376/2011 de 23 de Diciembre, aunque no falten otras que exigen un mínimo de consistencia y de vocación de futuro --STS 1348/2011 de 14 de Diciembre--.

Estas reflexiones no deben hacernos perder de vista que la norma cuestionada aquí es la circunstancia de parentesco y que por tratarse de una pareja homosexual --dos hombres--, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese "*género*" es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre.

Pues bien, resituado el debate en la circunstancia de parentesco, estimamos la relación que mantenían agresor y víctima responde a la nota de estabilidad: a) al compartir domicilio, b) llevar una vida en común, aunque no se precisa desde cuando ni los proyectos de futuro que tuvieron, siendo también dato relevante --también incluido en la sentencia de primera instancia, aunque deslizado

indebidamente en la fundamentación--, c) el de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor.

Por lo demás, está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 Cpenal incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del Ccivil que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual.

Hay que recordar la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres no entre homosexuales y heterosexuales, por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual.

Como consecuencia de todo lo razonado, debemos estimar el recurso del Ministerio Fiscal y con revocación parcial de la sentencia de apelación, aplicar la circunstancia del parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Darvas C. F., lo que se acordará en la segunda sentencia». (F. J. 4º)

AGRESIÓN SEXUAL. Doctrina de la unidad natural de la acción.

Recurso: Casación nº 10433/2011 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 994/2011 de fecha 04/10/2011

«La línea jurisprudencial dominante tiene sus raíces y apoyo dogmático en la doctrina de la "unidad natural de acción" y la refleja la propia sentencia impugnada. En este sentido recordamos que "el acceso carnal por distintas vías del art. 179 C.P. practicado en un mismo acto, con la misma persona y con una única intención libidinosa constituye un solo delito (S.T.S. 42/2007 de 16 de enero). La razón la explican diversas sentencias (396/2004 de 26 de abril), porque "ante una secuencia ininterrumpida, donde progresivamente se suceden los ataques a la libertad sexual de la víctima, de forma que no es posible distinguir diferentes ámbitos espacio-temporales, encadenándose sucesivamente las actuaciones libidinosas, deben considerarse las sucesivas penetraciones como una sola acción" o bien porque "al ser un mismo sujeto pasivo, si los ataques se ejecutan en un marco único de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedece a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, debe igualmente calificarse de un sólo delito.

6. Observamos que con expresiones tales como "secuencias ininterrumpidas" "ataques progresivos" "encadenamiento sucesivo de agresiones" o "iteración inmediata" por designar algunas, esta Sala II sigue asumiendo la doctrina de la "unidad natural de acción" o mejor como la ha designado algún sector doctrinal "unidad típica" de acción. Sin embargo, al objeto de integrar o delimitar el concepto de unidad típica de acción en el delito de violación que nos atañe, sería provechoso acudir a otros temperamentos o criterios que permitan completar o

contribuir a discernir hipótesis de posible "concurso interno" entre las diversas modalidades comisivas del art. 179 C.P.

La doctrina de la unidad natural de acción o unidad típica en términos generales podría entenderse como "la concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción".

(...)

8. Desde el punto de vista del dolo del autor, sería suficiente la conciencia y voluntad de penetrar a la víctima por la vía expresada en el Código contra su voluntad. Con la simple introducción del órgano u órganos en la cavidad del sujeto pasivo el delito estaría consumado, por lo que el dolo en sentido estricto se limita a la conciencia y voluntad de ese inicial acoplamiento entre el órgano u objeto y la cavidad. Sin embargo, se dice en relación al dolo o propósito del agente que los delitos de agresión sexual son "delitos de tendencia interna intensificada", lo que nos indica, que aun cuando para la consumación bastaría el comportamiento que acabamos de referir, para el "agotamiento" del delito se debería contemplar la conducta sexual castigada, integrada por "la ilícita satisfacción de un ánimo lúbrico" del sujeto que en la generalidad de los casos estaría integrado por la "expresión de una descarga lasciva que lleva al agente a buscar sin freno alguno para el instinto la completa satisfacción de sus apetencias libidinosas", normalmente identificadas por el orgasmo o eyaculación.

Es interesante tomar en consideración este dato, como circunstancia fáctica, sin influencia en la tipicidad, ya que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

Todo ello nos hace concluir que nos hallamos ante un solo delito en los supuestos que analizamos». (F. J. 7º)

AGRESIÓN SEXUAL. No concurre agravación específica: carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas.

Recurso: Casación nº 11247/2011 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 1422/2011 de fecha 29/12/2011

«3. En el caso, aunque los hechos contengan en sí mismos un componente de degradación o vejación de las víctimas, no se describe en los hechos probados una concreta violencia o intimidación que revista, en sí misma, un carácter particularmente degradante o vejatorio, pues no puede calificarse de esta forma la acción consistente en agarrar por los brazos y sujetar a la víctima o en amenazarla con emplear la violencia física o con causar perjuicios a la familia, aunque sean suficientes para afirmar la existencia de actos de agresión sexual.

La gravedad de la conducta descrita en el relato fáctico ya está contemplada por el legislador en el tipo básico de la agresión sexual y se refleja en la pena prevista, que en el caso resulta agravada por la concurrencia de otras circunstancias cuya existencia no se discute en el motivo.

Por lo tanto, el motivo se estima, aunque no afecte a la pena, que se justifica suficientemente en la sentencia especialmente en la corta edad de las niñas cuando padecieron las agresiones y en la reiteración y frecuencia de los actos en el tiempo». (F. J. 3º)

AGRESIÓN SEXUAL. Subtipo agravado. Actuación conjunta de dos o más personas y cooperación necesaria.

Recurso: Casación nº 11364/2011 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 194/2012 de fecha 20/03/2012

«En la misma línea, en la STS nº 421/2010, que “...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravársele vía art. 180.1.2º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del *non bis in idem*. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 975/2005 de 13 de Julio; 217/2007 de 16 de Marzo; 439/2007 de 31 de Marzo; 61/2008 de 24 de Enero y 1142/2009 de 24 de Noviembre, todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere”.

En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella.

En principio, es posible la cooperación a un hecho de otro, cometido individualmente por éste, de tal manera que el cooperador, al mismo tiempo que hace su aportación integraría la actuación conjunta, de modo que se valoraría su aportación en dos ocasiones sucesivas. Dicho de otra forma, así entendido, en su condición de cooperador siempre se incorporaría la ejecución conjunta, que sería valorada en su integridad para apreciar la cooperación y, al mismo tiempo, también en su integridad, nuevamente, para apreciar la agravación.

Y también es posible la cooperación al hecho cometido por el autor ya en acción conjunta con otros, sean también autores o sean cooperadores. Es decir, que el hecho ya se cometería en actuación conjunta con independencia de la participación del cooperador. Si éste conoce esa circunstancia, nada impediría la aplicación de la agravación en ese caso, pues cuando hace su aportación el hecho, éste ya se cometía en actuación conjunta, independientemente de que él participara o no.

La limitación solo opera, por lo tanto, cuando se trate de dos personas, una que actúa como autor y otra que lo hace como cooperador, resultando aplicable al primero y no al segundo; y ello como consecuencia de la prohibición general de doble valoración, y no a causa de la inexistencia de la actuación conjunta, que efectivamente existe, desde el momento en que varias personas (dos o más) concurren e intervienen en la ejecución del hecho.

2. En el caso, con independencia de que la actuación del acusado, pudiera considerarse constitutiva de autoría o de cooperación, en realidad, en los dos episodios respecto de los que es condenado como cooperador, la intervención se produce en relación con la participación simultánea de otras tres personas, lo que permite concluir que todos ellos actúan conjuntamente. En los dos casos apreciados como de cooperación, el acusado no configura la actuación conjunta al mismo tiempo y con la misma aportación que supone su cooperación al hecho, sino que cuando realiza su colaboración, el hecho ya presentaba como característica su comisión en actuación conjunta de dos o más personas. Es decir, que la actuación conjunta que da lugar a la agravación ya era apreciable con independencia de la aportación del acusado, que de esa forma coopera a la ejecución de un hecho ya agravado. Nada impide, pues, la aplicación de la agravación en estos casos.

En consecuencia, el motivo se estima». (F. J. 3º)

AGRESIÓN SEXUAL. Subtipo agravado. Uso de arma.

Recurso: Casación nº 10433/2011 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 994/2011 de fecha 04/10/2011

«2. En primer término hemos de hacer notar que constituye un error combatir la aplicación de una circunstancia modificativa (art. 180.1.1º) que el tribunal de instancia no ha estimado. Respecto de la prevista en el art. 180.1.5º C.P. que sí se estimó, la Audiencia de origen tuvo muy en cuenta para el acogimiento de este subtipo la doctrina de esta Sala que certeramente invoca el recurrente.

Es cierto que la simple exhibición del arma no sería suficiente para cualificar la acción, si sólo se persiguen y consiguen efectos intimidatorios, pues es lo cierto que mediando para la configuración del tipo de violación la "intimidación", ésta puede producirse y el agente servirse de un instrumento peligroso para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, venciendo su posible resistencia. Se trata por tanto con la interpretación restrictiva de limitar el "uso del arma o instrumento peligroso" para producir intimidación, o por el contrario se hace un uso del arma que comporta un riesgo para la vida o la integridad corporal del ofendido por el delito.

En nuestro caso las finalidades del arma excedieron de la simple y genérica intimidación, pues el sujeto aplicó el arma a puntos vitales del cuerpo de los ofendidos por el delito, en especial el cuello, donde pinchaba insistentemente con la punta del cuchillo, aun sin producir lesión, pero es indudable que cualquier movimiento de la víctima no controlado o cualquier reacción de los amedrentados era susceptible de originar como inmediata consecuencia una grave lesión, con virtualidad letal.

El subtipo, por todo ello, resulta adecuadamente aplicado». (F. J. 8º)

AGRESIÓN SEXUAL. Violación. Autoría y cooperación necesaria: incompatibilidad con forma agravada por ejecución por varios sujetos ("non bis in idem").

Recurso: Casación nº 11734/2011 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 342/2012 de fecha 07/05/2012

«A) Los hechos descritos, en primer lugar, incluyen sendos delitos de agresión sexual por acceso carnal a la víctima sin su consentimiento y utilizando fuerza, en la que los acusados actúan, sucesivamente, como autores y cooperadores necesarios. Con lo que, si bien no cabe duda, a tenor de esa literalidad, que nos hallamos ante sendos delitos de agresión sexual, lo cierto es que no puede ser aplicada, para ambos recurrentes y en los dos supuestos delictivos, la agravación específica consignada en el apartado segundo del artículo 180.1 del Código Penal, es decir, la de que *"...los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas"*, puesto que, como ya dijéramos desde la STS de 4 de Abril de 2004: *"La agravación prevista en el número dos, cuya aplicación en el caso actual es inobjetable dado que el hecho probado describe claramente la actuación conjunta de ambos acusados, plantea sin embargo problemas relacionados con el principio non bis in idem en aquellos casos en los que se produce una doble condena a cada uno de los distintos intervinientes en los hechos, en un caso como autor material de la agresión sexual por el acto propio y en otro caso, y además, como cooperador necesario en el acto del codelincuente. En este sentido, esta Sala ha señalado que "la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de*

actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (S. 12-3-2002, núm. 486/2002)". Yerra, por lo tanto, en este punto la Resolución de instancia, debiendo ser por ello corregida, en lo que a las penas impuestas por las respectivas agresiones sexuales se refiere, en la forma en que se hará en la correspondiente Segunda Sentencia que a continuación habrá de dictarse, ya que la causa de agravación específica de la "acción conjunta" sólo puede resultar predicable, para cada recurrente, en relación con la agresión cometida como autor y no en la que intervino como cooperador necesario». (F. J. 4º)

ALZAMIENTO DE BIENES. Responsabilidad civil: restitución de los bienes, previa petición acusatoria.

Recurso: Casación nº 488/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 209/2012 de fecha 23/03/2012

«La doctrina de esta Sala, por ejemplo en sentencias núm. 1091/2010 de 7 de diciembre y 1077/2006, de 31 de octubre, ha señalado reiteradamente que la condena por el delito de alzamiento de bienes, en lo que concierne al ámbito de la responsabilidad civil, no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, dado que la misma no nace del delito y la consumación de éste no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores.

Este criterio resulta todavía más justificado en aquellos supuestos como el enjuiciado en la sentencia impugnada en el que no es aplicable el principio de irreivindicabilidad de los bienes enajenados al no existir terceros adquirentes de buena fe con título registralmente inscrito, dado que la adquirente del bien inmueble enajenado ha sido condenada como cooperadora necesaria del alzamiento.

Por ello, lo que procede en estos casos, y ha realizado con acierto el Tribunal sentenciador, cuya sentencia es modélica, es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad del negocio jurídico otorgado, reponiendo los inmuebles objeto de la fraudulenta disposición a la situación jurídica preexistente y reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo.

En esta misma línea, la Sentencia 652/2006, de 15 de junio, declara que la sentencia penal condenatoria debe restituir el orden jurídico perturbado por la infracción que en tales casos no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, para que respondan del crédito, decretando la nulidad de los contratos fraudulentos siempre que lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal o parte acusadora.

Y eso es lo que ha sucedido y se ha hecho en el supuesto que examinamos, acorde con la jurisprudencia de esta Sala, pudiendo el recurrente

ejercitar las acciones civiles que estime pertinentes respecto a aquellas pagos a los que no se extiende esta responsabilidad civil». (F. J. 11º)

ALZAMIENTO DE BIENES. Responsabilidad penal de los representantes de una persona jurídica.

Recurso: Casación nº 841/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 269/2012 de fecha 29/02/2012

«B. No puede llegarse, en cambio, a la misma conclusión absoluta respecto del delito de alzamiento de bienes que la sentencia de instancia atribuye conjuntamente a los tres hermanos Muñoz C. Este ilícito consiste en sustraer bienes integrados en el activo de un deudor a la función de garantía que resulta del art. 1911 del Código Civil, pudiendo adoptar la dinámica comisiva muy distintas formas, tales como actos de enajenación, de constitución de gravamen, de destrucción material, de ficción o simulación de actos de disposición o de gravamen, etc. Se trata de un delito especial propio del que el autor es el deudor o la persona que administra una persona jurídica, y admite diversas formas de participación, siendo especialmente frecuente la participación necesaria como contraparte en los actos de disposición o aumento del pasivo, bien la colaboración a la realización de los actos que conforman el alzamiento (STS núm. 1106/2006, de 10 de noviembre). Cuando, como aquí ocurre y con acierto cita la Audiencia de origen, el deudor es una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá sobre las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o administración, aun cuando no concurren en ellas las condiciones, cualidades o relaciones que constituyen la esencia de la relación jurídica protegida por el tipo penal (STS núm. 1101/2007, de 27 de diciembre, y las que en ella se mencionan). En este sentido, el antiguo art. 15 bis y el actual art. 31, ambos del Código Penal, han querido extender la responsabilidad penal al que actúe como administrador, de hecho o de derecho, de la persona jurídica y lleve a cabo las acciones típicas que configuran el injusto». (F. J. 3º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Acuerdo de fiducia.

Recurso: Casación nº 1406/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 262/2012 de fecha 02/04/2012

«El delito de apropiación indebida sanciona a quien, en perjuicio de otro, se apropie o distraiga dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido.

Como razona el Tribunal sentenciador, es claro que en la conducta del recurrente concurren todos los elementos integradores del tipo. Recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de un título que le obligaba a conservar y devolver los bienes recibidos, reconociendo expresa y

documentalmente la titularidad real del perjudicado, y se apropió del activo patrimonial de la sociedad, disponiendo de él como propio, sin conocimiento ni autorización de su propietario, vendiendo la finca a un tercero y haciendo suyo el dinero recibido.

El condenado recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de una venta simulada (simulación relativa), que disimulaba un acuerdo de **fiducia** fundado en la confianza y la buena fe (*Fiducia cum amico*), para la conservación de los bienes a disposición de su propietario, a quien otorgó precisamente por ello un poder con plenas facultades de disposición, figurando el condenado como titular formal o aparente de la sociedad, por ser residente en la isla de La Gomera donde se situaba la finca, pero reconociendo expresamente en un contrato simultáneo la propiedad del hoy perjudicado y su condición expresa de mero fiduciario.

En estos casos se trata ordinariamente de transmitir ficticiamente la propiedad, con un fin (*causa fiduciae*) pactado entre las partes, mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (negocio interno o disimulado) al negocio aparente (negocio externo o formal), a lo que se añade un pacto entre las partes (*pactum fiduciae*) al objeto de reconocer la titularidad real de la cosa.

El Código Civil español no contiene referencia alguna a la fiducia, por lo que las referencias al negocio fiduciario son necesariamente doctrinales o jurisprudenciales, pero en cualquier caso es claro que cuando el propio fiduciario reconoce expresamente, como sucede en el supuesto enjuiciado, que el fiduciante conserva la propiedad del bien, está reconociendo que él mismo como fiduciario carece de facultades autónomas de disposición y tiene por ello la obligación de conservarlo y devolverlo en su momento, conforme a lo acordado, sin poder incorporar el bien recibido a su propio patrimonio, porque la titularidad fiduciaria en estos casos es una titularidad aparente, puramente externa y formal, provisional y transitoria, para el cumplimiento de un fin previsto y determinado.

Así ha declarado la Sala Primera de este Tribunal Supremo que “*la figura de la fiducia "cum amico" ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria*” (entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007).

“*En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza*” (SSTS Sala Primera de 13 julio 2009 y 1 de diciembre de 2010).

En consecuencia, la fiducia, en los casos como el presente de “*fiducia cum amico*” en que del “*pactum fiduciae*” se deduce que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de

confianza a través de la acción típica de apropiación del bien, es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida.

La sentencia impugnada, por tanto, debe ser confirmada». (F. J. 7º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Caracteres.

Recurso: Casación nº 907/2011

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 218/2012 de fecha 28/03/2012

«1. En el artículo 252 del Código Penal se contemplan dos conductas diferentes: la apropiación de cosas no fungibles, mencionando expresamente efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial; y la distracción de dinero o cosas fungibles. El precepto exige en ambos casos que la recepción de lo luego apropiado o distraído se haya producido legítimamente en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregar o devolver lo recibido. O bien que quien los recibió lo niegue.

Cuando se trata de la apropiación, el sujeto que legítimamente recibió la cosa la incorpora a su patrimonio haciéndola suya, en los casos de distracción, en realidad, lo que se recibe es un bien fungible que, por su naturaleza, se incorpora al patrimonio de quien lo recibe, quedando obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, salvo los casos de recepción del bien como un objeto concreto y determinado y no tanto como una cantidad. Por lo tanto, la distracción consiste en darle a lo recibido un destino, con vocación definitiva, distinto a la entrega o devolución a que obliga el título de recepción, defraudando la confianza depositada en el receptor. Como se recordaba en la STS nº 547/2010, *“...la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino **en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto**”*.

El tipo no exige que el propósito del sujeto activo sea anterior al momento de la recepción». (F. J. 1º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Disposición de dinero en cuenta corriente por personas autorizadas, una vez fallecido el titular.

Recurso: Casación nº 1036/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 328/2012 de fecha 30/04/2012

«Esta Sala, en supuestos similares al que ahora nos ocupa, ha rechazado la comisión de un delito de apropiación indebida por parte de quien estaba autorizada para disponer de una cuenta corriente y lo sigue haciendo después de constarle el fallecimiento del titular de la cuenta. Así, en la Sentencia 1126/2004, de

12 de octubre, se declara que *el delito de apropiación indebida se caracteriza y se define por el hecho de la gestión desleal e interesada en provecho propio de los bienes que se encomiendan al administrador o gestor. Con ellos nos encontramos, a primera vista, con que el acusado reunía una de las exigencias del tipo que no es otra que ostentar en principio la condición de administrador. Ahora bien, la condición de administrador tiene la naturaleza de un elemento normativo del tipo penal. Es decir, viene determinada por una situación jurídica que puede ser formal o no, pero lo cierto es que en este caso la condición de administrador tenía el carácter formal de un mandato o poder desarrollado por escrito. Para determinar si esta condición imprescindible, existía o no en el momento de la comisión de los hechos, debemos remitirnos precisamente al concepto normativo de administrador o gestor. Este existe mientras se dan las condiciones que la ley exige para que puede mantenerse su vigencia. Por ello no podemos abstraernos del derecho civil para determinar si cuando se actúa se hace en la consideración de gestor o esta capacidad se había extinguido. Si nos atenemos al contenido de la relación contractual por la que se otorga el poder, ésta se extingue con la muerte del mandante o mandatario por lo que todo lo que se realice o actúe a partir de ese momento está fuera de la relación jurídica y por tanto del tipo. Se puede mantener que el mandatario o administrador que oculta el dato esencial del fallecimiento de la mandante y realiza operaciones de disposición de los bienes, no sólo incurre en la nulidad de sus actos, sino incluso en un serio reproche a su conducta desleal y fraudulenta, pero en ningún caso se puede decir que actúe como administrador. Como se insinúa por la parte recurrente si los hechos son tal como los relata el hecho probado, nos podemos encontrar ante un supuesto de maniobra fraudulenta o engañosa que evidentemente merecería otra calificación jurídica, que no es posible construir en este caso ya que se vulneraría de manera clara el principio acusatorio en cuanto que no es posible establecer homologación alguna entre los mecanismos desencadenantes de la estafa y la apropiación indebida.*

Por todo lo que se ha dejado expresado y acorde con la jurisprudencia de esta Sala, una vez fallecido el titular de las cuentas, se extinguió la autorización que tenía la recurrente para disponer de dichas cuentas, por lo que al disponer, producido el fallecimiento, ya no podía hablarse de existencia de depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolver o entregar lo que se hubiera apropiado una vez recibido legítimamente, presupuestos que según el artículo 252 del Código Penal son precisos para apreciar un delito de apropiación indebida.

Por otra parte, no se puede olvidar que se declara probado en la sentencia recurrida que la acusada “continuó haciendo uso de las cuentas de BBVA y BSCH para realizar pagos relacionados con el despacho...” por lo que no sería de descartar, en tales disposiciones, la aplicación del artículo 1718 del Código Civil al que antes se ha hecho referencia.

Así las cosas, no se puede afirmar la concurrencia de cuantos requisitos se hacen precisos para poder apreciar que la conducta de la recurrente sea constitutiva del delito de apropiación indebida, del que únicamente fue acusada, por consiguiente, el motivo debe ser estimado, quedando sin contenido los demás motivos del recurso». (F. J. 2º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero: “punto sin retorno”.

Recurso: Casación nº 959/2011

Ponente: Sr. Conde- Pumpido Tourón

Sentencia: nº 282/2012 de fecha 28/03/2012

«Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero *“hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un **punto sin retorno**, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales (SSTS 513/2007 de 19 de junio, 938/98 de 8 de julio). No basta pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesario la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia” (STS. 11 de julio de 2005)*».

(...)

En cualquier caso en los hechos probados se contiene un dato que puede determinar el **“punto sin retorno”** en el caso actual. Señala el relato fáctico, en el párrafo final, que *“el acusado finalmente entregó el solar de la calle Isla de la Graciosa núm. 24 sobre el que se iban a edificar las viviendas, como dación en pago al Banco Popular”*. Es claro que con esta precisión la sentencia impugnada está señalando el **punto sin retorno** de la apropiación, pues desde ese momento no existía posibilidad alguna de que el perjudicado pudiese recibir algún día, con más o menos demora, las viviendas adquiridas a P. SL, consumándose la distracción de fondos en favor de L. N. SL, y sin que el dinero desviado, al que no se le ha dado y ya no se le puede dar el destino pactado, le fuese devuelto». (F. J. 9º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Entrega de dinero para fin determinado.

Recurso: Casación nº 959/2011

Ponente: Sr. Conde- Pumpido Tourón

Sentencia: nº 282/2012 de fecha 28/03/2012

«La doctrina de esta Sala referida a la modalidad de apropiación indebida objeto de condena en la sentencia impugnada, que es la distracción de fondos percibidos por el autor por cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, considera que constituye una modalidad típica, prevista en el art. 252 del Código Penal, que tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero, u otra cosa fungible que comporte para el receptor la adquisición de su propiedad, **aunque con la obligación de darle un determinado destino**, según lo estipulado con el transmitente.

Cuando, como sucede en el presente recurso, se trata de dinero, y dada su acusada fungibilidad, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio, -puesto que esta incorporación, aunque condicionada,

se produce por el hecho de haberlo recibido legítimamente-, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega, el cual, en virtud del pacto, tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo, dándole el destino convenido, o que le fuera devuelto. (Sentencias núm. 782/2008 de 20 de noviembre, núm. 162/2008 de 6 de mayo y núm. 249/2010 de 18 de marzo, entre otras).

En los supuestos, como el actual, en los que la entrega del dinero tiene por finalidad la adquisición de una vivienda, todavía en fase de promoción o en construcción, la doctrina de esta Sala considera que después de la derogación de la Ley 57/68, la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor debe ser subsumida en la alternativa típica de la distracción de dinero del art. 252 Código Penal, cuando concurren los elementos integradores de esta figura delictiva (SSTS de 29 de Abril del 2008 y 2 de diciembre de 2009).

El elemento subjetivo no consiste solo en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a darle al dinero el destino que se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero (SSTS de 20 de noviembre de 2008, 27 de enero y 9 de octubre de 2009, entre otras)». (F. J. 6º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Relaciones jurídicas complejas: previa liquidación de cuentas.

Recurso: Casación nº 151/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1245/2011 de fecha 22/11/2011

«La jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusiónismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252. Es el clásico ejemplo "*de gabinete*" el que se apropia de lo ajeno, cierra la mano haciendo suyos los efectos que el perjudicado le ha dejado para un fin concreto.

En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero, 1566/2001 de 4 de Septiembre, 2163/2002 de 27 de Diciembre, 930/2003 de 27 de Julio, 1456/2004 de 9 de Diciembre y 142/2007 de 12 de Febrero». (F. J. 3º)

ASESINATO. Alevosía. Indefensión.

Recurso: Casación nº 11669/2011 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 316/2012 de fecha 30/04/2012

«En el caso presente debe ser aplicada esta doctrina puesto que nos encontramos ante una disputa meramente verbal entre dos personas enemistadas en la soledad del campo, cuando el acusado toma el hacha y una azadilla para acometer con ánimo homicida a su contrario, octogenario de 81 años, que se encuentra desarmado de cualquier instrumento defensivo, ante lo cual su única acción consiste en huir, siendo perseguido por el agresor, veinte años más joven, que le alcanza enseguida y, por la espalda, le golpea en la cabeza con el hacha, cayendo aquél al suelo, conmocionado al no ser el golpe de hacha mortal de necesidad, como informaron los médicos-forenses.

La acción debe calificarse de alevosa por desvalimiento de la víctima. (F. J. 2º)

(...)

Estos datos ponen de manifiesto que, aunque el acusado insistió en el plenario en que para él, Salvador estaba muerto cuando lo quemó -que es cuestión de credibilidad, elemento esencial de la valoración de la prueba y que, como hemos dicho, no puede ser revisada por el Tribunal superior que no ha presenciado su práctica-, el Tribunal del Jurado no creyó al deponente. De cualquier forma, y en la situación que se describe en el "factum" de la sentencia, el acusado tenía que albergar la previsión de que la víctima estuviera viva al momento de prenderle fuego, es decir, que estuviera inconsciente por efecto del golpe en la cabeza, pero no muerta. Sin embargo el recurrente despreció esta posibilidad, racionalmente probable, que le obligaba a cerciorarse si el agredido se encontraba o no con vida, lo que no hizo. Por ello, esta omisión (denominada ignorancia deliberada) proyecta sus efectos sobre el elemento anímico relativo al conocimiento por el autor de si la víctima permaneciera con vida al prenderle fuego, y la eventualidad de que así fuera -como fue realmente-, y que aquél ejecutó la acción crematoria con consciencia de la eventualidad de que estuviera viva, lo que excluye la certeza de lo contrario. Máxime si se tiene en cuenta que la quema del cuerpo con un poco de gasolina carece de sentido -por poca cultura que tuviera el acusado- para hacer desaparecer el cadáver, por lo que se hace racionalmente inevitable considerar que pudiera ser otro el propósito del autor, del que no puede excluirse la voluntad de acabar con la víctima en medio de atroces sufrimientos por la acción del fuego y que se incardinaría en la agravante de ensañamiento, pero que el no haber sido impugnada por el recurrente el pronunciamiento del TSJ que rechaza la concurrencia de aquélla, esta Sala no puede revisar dicha decisión.

En conclusión, el motivo debe ser estimado, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que se califiquen los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del art. 139.1 C.P. La sanción a imponer viene determinada por la pena establecida para el delito (prisión de quince a veinte años) y la concurrencia de la atenuante simple de confesión, por lo que deberá imponerse aquélla en su mitad inferior, esto es, de quince a diecisiete años y seis meses, por lo que fijamos la pena en diecisiete años de prisión que consideramos equitativa y proporcional a la gravedad de los hechos». (F. J. 3º)

ASESINATO. Participación delictiva. Condena como cómplice de quien es cooperadora necesaria.

Recurso: Casación nº 10981/2011 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 1190/2011 de fecha 10/11/2011

«La denuncia de un error en el juicio de subsunción da oportunidad a la Sala para constatar que la aportación que Rosa del V. hizo a la desaparición del cuerpo de Mari Luz, todavía con vida, desborda los límites conceptuales de la complicidad, pudiendo haber recibido un tratamiento jurídico más adecuado en la autoría por cooperación necesaria. Quien después de ser requerida para desprenderse del cuerpo de una niña todavía con vida -hecho éste sobre el que es informada o simplemente se representa-, se presta a trasladar en su vehículo al agresor y a la víctima, hasta que aquél arroja en las marismas el cuerpo del delito, no se limita a una aportación secundaria, accidental, sino que contribuye de forma decisiva, con dominio funcional del hecho, en la ejecución del delito (cfr. SSTs 371/2006, 27 de marzo; 699/2005, de 6 de junio y 832/2007, 5 de octubre). Sea como fuere, la aceptación por el Fiscal y el Letrado de la acusación particular de esa forma de participación, exonera a esta Sala de cualquier esfuerzo argumental al respecto». (F. J. 4º)

ATENUANTES: Ludopatía. Doctrina.

Recurso: Casación nº 943/2011
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 1426/2011 de fecha 29/12/2011

«En el caso enjuiciado, la Sala sentenciadora de instancia analiza la atenuante de ludopatía que aprecia, bajo un marcado componente temporal, considerando que los hechos que se valoran arrancan desde el año 1999 (“por lo menos”, expresan los jueces «a quibus»), y solamente en los últimos cuatro o cinco años es donde se aprecia una “dependencia emocional del juego”. Estos datos son fruto del informe pericial que es rendido en el plenario, en donde se tienen en consideración “las circunstancias concretas del acusado durante el periodo aludido”, dictaminándose un grado “indeterminado” de afectación, pues si bien los peritos hablan de falta de control de sus impulsos, lo han de referir a su compulsión al juego, y sabemos que las anomalías mentales que caracterizan las eximentes se rigen por el sistema biopatológico-psicológico, es decir, por una base patológica y

otra espiritual, de manera que el sujeto sea incapaz de comprender el alcance de la prohibición de la norma, o bien no puede comportarse conforme a dicha prohibición, de forma que tenga necesariamente que delinquir, *«ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo»* (STS de 20-1-1993, núm. 51). Igualmente ha señalado la jurisprudencia que los *trastornos de la personalidad* son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, *y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo* (STS de 11-6-2002, núm. 1074).

En el caso, la mecánica operativa secuenciada a lo largo de más de diez años, no significa otra cosa que el sujeto conoce las particularidades del negocio bancario, acude regularmente a su puesto de trabajo, y realiza las apropiaciones bajo el pretexto de gruesas remuneraciones en los tipos de interés que ofrece, altamente competitivos, con objeto de captar a clientes –generalmente de su círculo familiar o próximos a su persona–, los cuales –confiando en él, y guiados por la obtención de unos buenos réditos– le entregan sus ahorros, que son finalmente apropiados, sin pasar por la contabilidad de la entidad financiera para la que trabaja. En esa situación, puede que sus impulsos al juego estén, en la última fase –y como dice la sentencia recurrida, animados por el deseo de recuperar el dinero perdido en el juego– agresivamente afectados finalmente por tal ludopatía, pero de los elementos que la Audiencia baraja no aparece en modo alguno que haya desaparecido la conciencia de la antijuridicidad de su conducta, sino todo lo contrario, es consciente de la trasgresión de la norma, y obsérvese que el dato de tal conocimiento no resulta tampoco de los aludidos informes periciales, de manera que la apreciación de la atenuante como simple es correcta, y no se observa infracción alguna de la ley en este sentido, siendo, por lo demás, la respuesta que esta Sala Casacional ha considerado como la procedente en casos como el enjuiciado. Una drástica disminución de la pena como consecuencia de su afición – si se quiere, afectación patológica– al juego, no es tolerable desde el punto de vista de las circunstancias de todo orden concurrentes en el caso». (F. J. 2º)

AUTORÍA. Coautoría. Desviaciones previsibles.

Recurso: Casación nº 10504/2011 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1278/2011 de fecha 29/11/2011

«La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las

respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Asimismo en la reciente sentencia 434/2008 de 20.6, se declara que la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligros, señalando la Sentencia 1500/2002, de 18 de septiembre, con carácter general que, aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada **teoría de las desviaciones previsibles**, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que *no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos*, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes, recordándose en la STS. 930/2000 de 27.5, que el uso de armas u otros medios peligrosos del art. 242.2 CP, integra un subtipo agravado de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes siempre

que éstos tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quien porte el arma (STS. 596/2002 de 8.3; 92/2006 de 9.2).

En el caso presente del factum anteriormente descrito puede hablarse de coautoría por parte del recurrente pues formó parte del plan del autor, intervino en el acuerdo previo y ostentó dominio funcional del hecho, contribuyendo y colaborando a la realización del delito de manera esencial o relevante, y en cuanto al elemento anímico tenía pleno conocimiento de que se iba a cometer un robo con arma de fuego apta para el disparo y por tanto que la ejecución del plan comportaba un peligro concreto de muerte para la víctima. Ello implica – como se dice en la STS 288/2007, 19-7, un conocimiento de los elementos esenciales del delito de homicidio o asesinato, o al menos, de total indiferencia respecto de los mismos». (F. J. 1º)

AUTORÍA. Coautoría. Imputación del resultado.

Recurso: Casación nº 10206/2012 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 575/2012 de fecha 03/07/2012

«De manera más general resumíamos la doctrina en nuestra Sentencia 1385/2011 de 22 de diciembre, recogiendo la dicha, entre otras, en las STS de 21 de junio del 2011 resolviendo el recurso num. 2477/2010; la de 27 de abril de 2005, y la de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 conforme a la cual, se considera que existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Lo que implica: **a)** de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva, cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Incluso se ha admitido la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94). Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. Y, **b)** en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor (STS 251/2004 de 26 de febrero).

En consecuencia, basta que a la realización del delito se llegue conjuntamente, por la concurrencia de las diversas aportaciones de los coautores, conforme al plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

En la STS de 14 de julio del 2010 resolviendo el recurso 10085/2010 ya habíamos asumido esas definiciones, aplicándolas al sujeto que, en virtud de tal acuerdo realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el coautor lleva a cabo el hecho delictivo. Relacionábamos allí la aportación causal con la denominada teoría del dominio funcional del hecho, y el acuerdo entre los coautores con el elemento subjetivo soporte de la denominada por la doctrina imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Tal acuerdo ha de entenderse como **coincidencias de voluntades dirigidas a una misma finalidad, más que como pacto de connotaciones de reciprocidad o sinalgama**. Es lo que se ha denominado dolo compartido. La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen (STS de 22 de diciembre del 2010 resolviendo el recurso: 1604/2010). **Más que de responsabilidades individuales sumadas cabe hablar de una responsabilidad por la totalidad del hecho**. Esta responsabilidad alcanza a lo que se ha denominado cooperadores no ejecutivos pero que contribuyen de manera objetiva esencial en lo causal pese a ser ajena al núcleo del tipo.

Por otra parte, en cuanto al alcance del elemento subjetivo esa imputación recíproca justifica la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible.

Decíamos en la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 1500/2002 de 18 de septiembre, con carácter general que, "aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada **teoría de las desviaciones previsibles**, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan

lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

4.- En el caso que ahora juzgamos es de subrayar que el propio recurrente no discute la veracidad de que hubiera ocurrido el relatado secuestro, ni su protagonismo en el mismo, incluyendo la custodia del detenido, entre otros, por el recurrente.

Tampoco se discute que en la realización de tal secuestro los que mantenían la seguridad de la detención se habían pertrechado de armas, entre ellos el acusado.

Tampoco se discute que, apercebidos de la presencia policial, que le intimaba para salir y entregarse, llevan a cabo una actuación de huida que fue incluso fructífera para el recurrente que logró burlar la acción policial.

Sin necesidad de constatar si el recurrente llegó o no a disparar el subfusil, de lo que, por otra parte, existe prueba suficiente, basta el hecho admitido para la imputación del resultado mortal del agente policial al recurrente, y precisamente en concepto de autor.

En efecto el riesgo para la vida de los agentes estaba creado por todos los que decidieron y ejecutaron el **secuestro pertrechándose del abundante armamento** cuya función no podía ser otra que, precisamente, la de ser utilizado contra quienes pretendieran liberar al secuestrado y detener a los secuestradores.

La **decisión de huida** adoptada cuando los secuestradores fueron interpelados no solamente realiza el riesgo, sino que implica la **decisión colectiva** de realizar el uso de las armas por cada uno de ellos indistintamente con el **objetivo común** de lograr sustraerse a la acción policial.

Por ello cada disparo por cualquiera de ellos era fruto de la decisión por todos ellos compartida, y la **presencia de cada uno** de los secuestradores con disponibilidad del armamento era **determinante** para que todos ellos asumieran las acciones ejecutadas.

Por eso a todos ellos es imputable objetivamente el resultado producido, dispararan o no y fueran o no los autores del concreto disparo que causa el fatal resultado». (F. J. 1º)

AUTORÍA. Comisión por omisión.

Recurso: Casación nº 184/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1136/2011 de fecha 02/11/2011

«2. Es cierto que en principio pareciera que la imputación del delito del art. 176 C.P. adolece de cierta imprecisión o indeterminación a la hora de atribuir

conductas a los concretos partícipes, pero ello obedece a la naturaleza del delito que se atribuye, constituido por una omisión o un no hacer. En la imputación se parte de que todos están presentes y son conscientes de las supuestas torturas que otros compañeros infligen a los detenidos y todos ellos tienen obligación de impedirlo y más el jefe del grupo. Sin embargo, ello se enmarca en un problema de prueba, pues es difícil de antemano describir actos positivos de los que se desprenda la aceptación de la conducta que otros ejecutan, más allá de encontrarse todos juntos o próximos mientras se desarrollan los hechos, refiriéndose la acusación y luego el factum a la "comitiva policial".

La naturaleza omisiva del injusto imputado (art. 11 C.P.) tiene como consecuencia esa aparente indeterminación, que no es tal, en tanto la defensa pudo conocer la imputación y no adujo nada en el escrito de conclusiones provisionales ni en el trámite de cuestiones previas (art. 786-2 L.E.Cr.) ni al elevar a definitivas las provisionales. El recurrente dice que hizo notar la anomalía en el trámite de informe, cuando ya no cabe ninguna actuación que pueda remediar un vicio procesal con influencia en derechos fundamentales, pues según el art. 737 L.E.Cr. "los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado".

De modo particular el sargento Sr. Casas García era consciente de la responsabilidad que asumía. Los hechos ocurridos, según el factum, relatan conductas de torturas cometidas por personas bajo su mando. En tal situación resultaba de aplicación lo dispuesto en el art. 5 de la L.O.C.F.S. de 13 de marzo de 1986 que en su apartado 3.b) bajo el epígrafe de "tratamiento de detenidos" establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: "velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y dignidad de las personas".

El recurrente sabía la infracción delictiva que se le atribuía, cometida por omisión, y pudo haberse defendido acreditando que no tuvo conocimiento de lo que otros hacían ni se lo hubiera permitido de haberlo conocido.

De ahí que entendamos que las inevitables generalidades a la hora de precisar las conductas atribuidas a los acusados, son consecuencia de la naturaleza del delito y quizás de la ausencia de pruebas más contundentes, lo que permitió la absolución de los otros imputados». (F. J. 1º)

AUTORÍA. Comunicabilidad de los medios a los copartícipes.

Recurso: Casación nº 11125/2011 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 87/2012 de fecha 17/02/2012

«Igualmente la S.T.S. 434/2008 también afirma la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o medios peligrosos. Se dice así que: *aunque el plan inicial se limitase al apoderamiento del dinero de la víctima mediante la acción intimidatoria, debe tenerse en cuenta la aplicación de la teoría de las desviaciones previsibles,*

reiteradamente aplicada por esta Sala al analizar la cuestión de la comunicabilidad referida, de forma que " el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia e intimidación que no excluye "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo en cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque solo algunos de ellos sea ejecutores de semejantes resultados personales ". Cada sujeto debe responder con dolo directo de las acciones realizadas por el mismo según el plan trazado pero también con dolo directo o eventual de los hechos acaecidos que sean consecuencia de las desviaciones previsibles del proyecto delictivo que cada agente acepta y consiente, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de forma que el uso de armas u otros medios peligrosos integran un elemento de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes que tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quien porte el arma, de la misma forma que es indiferente quien haya suministrado la misma si todos ellos las tienen a su disposición y la posesión concreta de cada una está en función del papel asignado a cada partícipe, pues lo que castigan los artículos 563 y 564 C.P . es la tenencia de armas prohibidas o de fuego reglamentadas con independencia de quien las haya aportado al acervo común (también S.S.T.S. 134/2010 , 84/2010 , 690/2009 , 434/2007 u 838/2004)». (F. J. 10º)

AUTORÍA. Dominio funcional del hecho

Recurso: Casación nº 11125/2011 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 87/2012 de fecha 17/02/2012

«En la Sentencia de 19 de Octubre del 2011, resolviendo el recurso 10779/2011, dijimos quienes deben ser considerados autores conforme al artículo 28 del Código Penal, condición que no se discute en este caso respecto del recurrente, y que se contempla expresamente la coautoría como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo, y que el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente.

Recuerda también nuestra Sentencia nº 45/2011, con cita de nuestros precedentes, que "*cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores la coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho", de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución"». (F. J. 10º)*

AUTORÍA. "Masa de acoso".

Recurso: Casación nº 2014/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 672/2012 de fecha 05/07/2012

«La sentencia de apelación se refiere, como ya se ha dicho, a que la víctima estaba en un círculo alrededor de la víctima, y que mientras uno le apuñalaba, algunos chicos le seguían dando patadas y considera de toda razonabilidad que en esa situación resulta claro que todos efectúan aportes relevantes para el resultado final con independencia de que uno solo efectuase el apuñalamiento y se refiere a que se está en una situación de "masa de acoso" *"caracterizada por la consecución de una meta constituida por acometer a una persona definida como objetivo, a cuyo fin todos los integrantes que conforman la masa quieren contribuir y de hecho contribuyen con actos tendentes a tal fin, por lo que a cualquier persona que acreditadamente forme parte de la masa, se le puede atribuir el resultado"*.

Retenemos el razonamiento del Magistrado Presidente en el f.jdco. tercero in fine que también se cita en la sentencia de apelación:

"...En el caso enjuiciado por el Jurado todos los acusados, en unión de otras personas, rodearon a la víctima y comenzaron a golpearle y cuando uno de los integrantes del grupo sacó una navaja u objeto punzante y asestó a la víctima las veinte puñaladas, el resto de los integrantes del grupo siguió golpeando y dando patadas a la víctima, por lo que concurren todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar a cada uno de los acusados como autores del delito de asesinato objeto del presente procedimiento...."

La doctrina es totalmente correcta y como precedentes jurisprudenciales de casos de coautoría en la modalidad de "masa de acoso" puede citarse la STS 811/2008 de 2 de Diciembre. Retenemos el siguiente párrafo:

"...Esta situación está describiendo sin lugar a dudas lo que en sociología se denomina "masa de acoso", caracterizada por la consecución de una meta constituida por acometer a una persona definida como objetivo a cuyo fin todos los integrantes que conforman la masa quieren contribuir, y de hecho contribuyen con actos tendentes a tal fin. La víctima es la meta, no hay peligro porque la superioridad de la masa es total. Como el verdugo es la masa, a cualquier persona que probadamente forme parte de la masa, se le puede atribuir el resultado causado...."». (F. J. 2º)

AUTORÍA. Participación de extraño. Penalidad aplicable (art. 65 CP).

Recurso: Casación nº 228/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1388/2011 de fecha 30/11/2011

«... la participación del *extraneus* por vía participativa, como es el caso de los tres condenados en la instancia, citados con anterioridad, implica una menor antijuridicidad de la acción, al no ser los destinatarios directos de tal reproche penal, es decir, no infringen frontalmente la norma, sino colaboran con sus actos a tal infracción, de manera que han de obtener menor respuesta que sus destinatarios directos, operación ésta que ha sido silenciada por la Sala sentenciadora de instancia, sobre la cual no se pronuncia, a pesar de tratarse de un precepto de carácter general en la teoría del delito y de la imposición de la pena, razón por la cual, al solicitarse una menor respuesta por los recurrentes, bien por vía de su invocación, o como consecuencia de una disminución de la pena por razones de la duración del procedimiento, implícitamente esta Sala Casacional ha de pronunciarse al respecto, y en este apartado de la decisión, hemos de convenir que deben sufrir una menor penalidad que los autores materiales directos, a los que concierne directamente el contenido de la norma, máxime cuando no se ha determinado con claridad por la sentencia recurrida el título de la condena, salvo bajo una invocación genérica del art. 257 del Código Penal, y en consecuencia, debemos estimar este motivo, con la concreción que se dirá en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto. Traemos igualmente a colación la doctrina resultante de nuestras Sentencias de 23 de diciembre de 2009, junto a la 627/2006, de 8 de junio, pues si el «extraneus» no puede ser autor en el caso de delitos especiales, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación –inducción o cooperación necesaria–, que consistan en aportaciones esenciales para la conculcación del tipo penal». (F. J. 10º)

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. “Agraviado” por el delito.

Recurso: Casación nº 261/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1046/2011 de fecha 06/10/2011

«Se viene entendiendo de forma mayoritaria en el ámbito jurisprudencial y doctrinal que el sujeto pasivo del delito es la persona titular del bien jurídico que tutela la norma penal y que resulta por tanto ofendida por la acción delictiva. Y tal concepto suele también extenderse a la expresión “agraviado” por el delito, que se equipara generalmente al sujeto pasivo del delito y al ofendido por la acción punible.

Muy próximo al concepto de sujeto pasivo del delito se ubica el de sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae directa y materialmente la conducta delictiva y que suele coincidir con el sujeto pasivo, ofendido o agraviado, aunque no siempre sucede así, toda vez que en algunos casos el sujeto pasivo de la acción no es el titular del bien jurídico de la norma penal, hipótesis que concurre especialmente en algunos delitos contra la propiedad y el patrimonio (hurtos, estafa, etc).

De los conceptos anteriores debe distinguirse a su vez el de perjudicado, que como su nombre indica es aquella persona que sufre alguna clase de perjuicio debido a la acción delictiva. Acostumbra a coincidir con el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico), pero como es sabido no siempre es así, tal como puede

comprobarse especialmente en los delitos contra la vida y también en algunos delitos patrimoniales.

En el art. 113 del C. Penal se distingue expresamente entre el sujeto agraviado por el delito y el sujeto perjudicado, toda vez que afirma el precepto que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros. Admite así el texto legal la distinción entre el sujeto pasivo del delito o agraviado y los sujetos que, sin serlo, sí deben ser considerados como perjudicados por el delito.

Pues bien, centrados ahora en el delito de amenazas, que es el que ha sido objeto de condena, es claro que los sujetos pasivos del delito son los hermanos Alfonso de Luis M. y Francisco Borja de Luis M., que en este caso concreto son también sujetos pasivos de la acción amenazadora y perjudicados por el delito. Pues ellos han sido los destinatarios de las amenazas telefónicas y a quienes se les exigió el pago de un dinero advirtiéndoles directamente que si no accedían a ello matarían a sus hijos menores de edad.

La esposa del primero de los dos amenazados, Cristina A., es hermana del acusado y esposa a su vez de uno de los dos hermanos amenazados (Alfonso de Luis). Ahora bien, ello no quiere decir que Cristina sea sujeto pasivo del delito. Ella no ha sido amenazada por el imputado rebelde y a ella tampoco se le exigió una suma de dinero como condición para no ejecutar la amenaza, por lo que no cabe considerarla sujeto pasivo del delito y tampoco por tanto ofendida o agraviada por la acción delictiva.

Sí es cierto que la acción delictiva le causa un importante perjuicio, habida cuenta que mediante las amenazas se conmina con dar muerte a sus hijas en el caso de que no se entregue la suma de dinero. Ello genera lógicamente un notable desasosiego en la esposa del sujeto amenazado y por lo tanto la convierte en perjudicada por el delito a partir del momento en que conoce la amenaza dirigida a su marido. Sin embargo, entendemos que solo interpretando en un sentido muy extensivo y fuera de la intelección propia o estricta del término "sujeto pasivo" del delito podría hablarse de que Cristina se halla comprendida dentro de la locución "agraviado" que se transcribe en el art. 23 del C. Penal al regular la agravante de parentesco. Y es que, de entenderlo así, todos los familiares directos o muy próximos a la persona amenazada tendrían que ser considerados como sujetos pasivos del delito.

Por consiguiente, aun admitiendo que se está ante una cuestión turbia y con cierto grado de incertidumbre, dada la equivocidad y ambigüedad con la que se utiliza en el texto penal sustantivo y también en la ley procesal penal las expresiones sujeto pasivo del delito, agraviado y ofendido, se estima que lo más correcto desde la vertiente de la aplicación del principio de legalidad penal, que impone la exigencia de una norma previa, cierta, estricta y escrita, es no comprender dentro del término "agraviado" a aquellas personas que no son sujetos pasivos del delito y sí solo perjudicados por la acción delictiva, aunque, como en este caso, se trate de un perjuicio muy directo.

Ello entraña que no pueda operar la agravante del art. 23 del C. Penal, puesto que el ofensor (el acusado) no tiene un parentesco con los sujetos pasivos en el grado exigido por el precepto. Sí lo tiene con respecto a su hermana Cristina, pero esta solo puede considerarse perjudicada por el delito y no sujeto pasivo del mismo o agraviada.

Se estima, a tenor de lo razonado, este tercer motivo de impugnación y se deja sin efecto la aplicación de la agravante de parentesco aplicada al acusado con respecto al primer delito de amenazas, con las consecuencias punitivas que se expondrán en la segunda sentencia». (F. J. 2º)

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO. Doctrina.

Recurso: Casación nº 11799/2011 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 136/2012 de fecha 06/03/2012

«...la sentencia de apelación excluye la agravante porque la referencia en el *factum* de la sentencia es muy escueta, sin que aparezca la nota de la perdurabilidad, el compromiso y el proyecto de vida en común.

Sin perjuicio de reconocer que en el *factum* solo se contiene esa referencia a la relación afectiva, es lo cierto que también contó en el mismo relato de manera implícita pero clara, que ambos --agresor y víctima-- compartían el mismo domicilio, pues la discusión previa tiene lugar en el domicilio de ambos, y el ataque del recurrente se produce en las escaleras del inmueble, pero hay más datos que colorean y dan consistencia a esa relación de afectividad existente entre ambos.

En efecto, en la pág. 8 de la sentencia del Jurado --fjdc. preliminar-- se nos dice expresamente:

"...Por último, el jurado consideró probada la existencia de una relación sentimental entre el Sr. C. y el Sr. T., basando su conclusión en la documental existente en las fotos de explícito contenido sexual, la convivencia en el momento de los hechos, incluso compartiendo cama, y la dependencia económica del acusado respecto de la víctima, dado que el primero no tenía trabajo en la isla...."

Es evidente que a la luz de estos datos no puede dudarse de que se está ante una relación sentimental dotada del carácter estable al que se refiere el art. 23 Cpenal.

Hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala en relación a los artículos más arriba citados de la violencia contra la mujer, 153, 171-4º y 173-2, estima que la eliminación de la nota de convivencia, ha dado entrada dentro de la violencia contra la mujer, no solo las relaciones de estricto noviazgo, sino aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual como se recoge en la STS 1376/2011 de 23 de Diciembre, aunque no falten otras que exigen un mínimo de consistencia y de vocación de futuro --STS 1348/2011 de 14 de Diciembre--.

Estas reflexiones no deben hacernos perder de vista que la norma cuestionada aquí es la circunstancia de parentesco y que por tratarse de una pareja homosexual --dos hombres--, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese "género" es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre.

Pues bien, resituado el debate en la circunstancia de parentesco, estimamos la relación que mantenían agresor y víctima responde a la nota de estabilidad: a) al compartir domicilio, b) llevar una vida en común, aunque no se precisa desde cuando ni los proyectos de futuro que tuvieron, siendo también dato relevante --también incluido en la sentencia de primera instancia, aunque deslizado indebidamente en la fundamentación--, c) el de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor.

Por lo demás, está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 Cpenal incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del Ccivil que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual.

Hay que recordar la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres no entre homosexuales y heterosexuales, por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual.

Como consecuencia de todo lo razonado, debemos estimar el recurso del Ministerio Fiscal y con revocación parcial de la sentencia de apelación, aplicar la circunstancia del parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Darvas C. F., lo que se acordará en la segunda sentencia». (F. J. 4º)

COMPETENCIA. Alteración competencia por nueva legislación penal tras la reforma LO 5/2010. Abierto juicio oral se mantiene competencia de la Audiencia.

Recurso: Casación nº 602/2011
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 964/2011 de fecha 27/09/2011

«El artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del artículo 4 de la misma Ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones de legales de derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

Y sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencia de la Sala 2º 149/1995 de 16 de octubre, y Sentencia de la Sala 1º 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que "El fenómeno de la retroactividad es posible si la propia

ley lo autoriza, es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculcado (art. 25.1 CE y 24 C.P) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho (art. 9.3 CE). Las leyes procesales pertenecen al primer grupo de los tres enumerados más arriba y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente como ocurrió con la Ley constitutiva de la Audiencia Nacional (RDL 1/77 de 4 de enero) o en la más reciente de Procedimiento Laboral, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no por fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional. En el caso de silencio de la nueva Ley, rige el principio aceptado por el RD 3 de febrero de 1881, que promulgó la de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 3 establece: << Los pleitos pendientes en la actualidad continuaran sustanciándose en la instancia en que se hallen con arreglo a la Ley hoy vigente>>.

Es el fenómeno que doctrinal y Jurisprudencialmente se ha bautizado con la expresión latina muy conocida de la perpetuatio iurisdictionis, aplicado por ejemplo (en la transformación) sustantiva y jurisdiccional del régimen jurídico del contrabando por obra de la LO 7/82 de 13 de julio, según ha reconocido el TS en numerosas sentencias (6 de octubre y 20 de noviembre 1986; 11 de febrero, 24 de marzo, 14 y 28 de mayo, 4 de julio, 22 de octubre y 30 de noviembre 1987, así como la de 20 de febrero de 1998)".

Además, la Ley 36/98 de noviembre, que modificó el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para ampliar la competencia objetiva de los Jueces de lo Penal, contiene una disposición transitoria única, que establece el carácter retroactivo de la ley, en cuanto dispone que "aplicará a las causas que se encuentren pendientes en el momento de su entrada en vigor, siempre que en dicho momento, no se haya dictado todavía auto de apertura del juicio oral". Así pues, parece indudable que, en el ámbito procesal penal, rige la "perpetuatio iurisdictionis", al menos, tras el auto de apertura del juicio oral que, en el procedimiento abreviado, determina formalmente el órgano que competente para el enjuiciamiento. El mismo criterio inspira el artículo 788.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que dispone que "Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del tribunal Jurado, éste continuará conociendo".

Además este criterio parece ser el más respetuoso con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y con el principio de seguridad jurídica. Debemos recordar la doctrina del Tribunal Constitucional según la que el respeto al Juez ordinario "exige, por un lado, la preexistencia de unas pautas generales de atribución de la competencia, que permitan determinar, en cada supuesto, cual es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio", y, "de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación" (STC 156/2007 de la Sala Primera, de 2 de julio). (F. J. 4º)

Ciertamente, en relación con las ***inhibiciones tardías***, esta Sala se ha pronunciado en numerosas resoluciones (Cfr. ATS de 11-12-03, ATS de 18-5-07, ATS de 2-7-010; ATS 24-5-011, ó STS nº 413/2008, de 30 de junio; STS nº 854/08,

de 4 de diciembre), señalando que cuando el procedimiento ha superado la fase de instrucción, y ya se ha procedido a la apertura del juicio oral, hay que acudir a la **perpetuatio jurisdictionis**, en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez **abierto el juicio oral**, incluso en casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución competencial. (F. J. 5º)

Por tanto, entendiéndose que la cuestión ha de ser resuelta a favor de la competencia de la Audiencia Provincial Tarragona para el enjuiciamiento del supuesto de autos, el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha de ser estimado, casándose y dejándose sin efecto el auto recurrido, y declarándose de oficio las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr». (F. J. 6º)

COMPETENCIA. Auto de inhibición. Falta de legitimación para recurrir.

Recurso: Casación nº 1922/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 501/2012 de fecha 13/06/2012

«Por otra parte, si bien se admite la casación en los casos de los artículos 35, 37 y 40 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo es contra decisiones en las que el Tribunal que dicta la resolución recurrible no sigue conociendo. Si se empeña cuestión entre diversos órganos, la casación solamente procede contra la decisión del superior que la resuelve.

Sin duda por ello la parte no hace objeto de su recurso la decisión de no inhibirse, sino una mera cuestión de nulidad de procedimiento. Y ello para que siga la tramitación de la casación que había intentado la acusación.

Pero ni siquiera es necesario que examinemos si aquella resolución inicial, por la que la Audiencia declinaba su competencia, era o no recurrible en casación. Basta con subrayar la notoria improcedencia de admitir esa pretensión de nulidad contra tal revocación, por no constituir una resolución definitiva.

A mayor abundamiento es notoria la falta de legitimación para formular tal pretensión acerca de la viabilidad y mantenimiento de un recurso interpuesto por otra parte (la acusación) diversa de la que formula el recurso que ahora examinamos (el imputado).

Por ello, con independencia de la actuación de la Audiencia Nacional e incluso de la inicial admisión en este Tribunal del recurso de que procede este rollo, siendo inadmisibles procede en este momento su desestimación». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. “Perpetuatio iurisdictionis”.

Recurso: Casación nº 2214/2011

Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 498/2012 de fecha 12/06/2012

«En el presente caso se recurre por el Fiscal el Auto de la Audiencia por la que ésta declaró su falta de competencia objetiva para el conocimiento de unas actuaciones relativas a delito de estafa de los artículos 248.1º, 249 y 250.1 6º del Código Penal que, tras la Reforma operada por la LO 5/2010, ha visto reducida la pena de modo que su enjuiciamiento pasaría a ser competencia del Juzgado de lo Penal al que la Resolución recurrida dispone remitir el procedimiento.

Por el contrario, el Ministerio Público, considera que la debatida competencia, en este caso, debe mantenerse atribuida a la Audiencia, por aplicación de la doctrina conocida como de la “perpetuatio jurisdictionis” así como con apoyo en diversos argumentos acertadamente expuestos en su Recurso, que se plantea con un Único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida aplicación del artículo 14.3 y 4 de la Ley procesal y del 24 de la Constitución Española en tanto que consagra el derecho al Juez legalmente predeterminado.

Asistiéndole plenamente la razón al recurrente y, por tanto, procediendo la prolongación temporal de la inicial competencia de la Audiencia para el conocimiento de las presentes actuaciones, de acuerdo con la mencionada doctrina de la “perpetuatio jurisdictionis”, habida cuenta de que una vez abierto el Juicio oral, como acontece en el presente caso, la competencia del órgano no puede ser alterada, más allá de razones como la de la vigencia del derecho constitucional al Juez legalmente predeterminado o del principio de seguridad jurídica u otras más de orden práctico como la evitación de dilaciones, a todas las cuales el Recurso hace expresa referencia, por los argumentos de orden estrictamente procesal que también se exponen, tales como el de la irretroactividad, salvo que expresamente la nueva Ley, bien se trate de norma estrictamente procesal o bien de carácter sustantivo pero con repercusiones procesales como aquí sucede, establezca lo contrario, de la norma posterior al hecho de la aceptación inicial de la competencia que, en el presente supuesto, se produce precisamente en el momento de la recepción de las actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción una vez acordada por éste la apertura del Juicio oral.

Y todo ello siempre, obviamente, que el órgano competente lo sea también para la imposición de la nueva penalidad y no en el caso contrario.

Criterio que, ha sido además el que históricamente ha guiado la solución de los conflictos suscitados en esta materia desde mucho tiempo anterior y tanto en el orden jurisdiccional penal como en otros tales como el civil o el laboral.

En efecto, esta fue ya precisamente la opción elegida por el RD de 3 de Febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 3, al igual que por el RDL 1/1977, de 4 de Enero, que creó la Audiencia Nacional, la de la LO 7/1982, de 13 de Julio, sobre Contrabando, por el artículo 788.5 de la Ley procesal penal o por el 48.3 de la LO del Tribunal del Jurado.

Al igual que, en la práctica, se siguió al tiempo de entrar en vigor el actual Código Penal de 1995, coincidiendo con la tesis contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estrado 2/1996, a que hace referencia así mismo el recurrente.

Razones, en definitiva, por las que procede la estimación del Recurso». (F. J. Único)

CONCURSO DE DELITOS. Concurso medial-instrumental. Conexiones mediales concatenadas.

Recurso: Casación nº 12033/2011 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 294/2012 de fecha 26/04/2012

«Se argumenta en el motivo que con independencia del delito de lesiones en la persona de Rafael Leopoldo Abreu, la sentencia en relación a los hechos acaecidos en el Hospital condena al recurrente:

-por el delito de atentado contra la enfermera a 4 años y 6 meses de prisión.

-por el delito de homicidio en grado de tentativa cometido contra el agente policial en concurso ideal con el delito de atentado contra este mismo funcionario (concurriendo la agravante de reincidencia) y se supone -dado que no se recoge en el fallo- también en concurso con el delito de quebrantamiento de custodia, a la pena de 8 años de prisión.

-por la falta de lesiones el agente policial a la pena de 10 días de localización permanente.

Considera el recurrente que nos hallamos ante un caso complejo en el que aparecen integrados en una sola acción varios delitos en progresión, por lo que la sentencia debió optar por una de estas alternativas:

-Subsumir todos los delitos cometidos en el Hospital en una concurso ideal, imponiendo la pena prevista para la infracción más grave (homicidio en grado de tentativa) en su mitad superior.

-Subsumir los delitos en un concurso medial en la medida en que todos estarían orientados a un mismo fin: fugarse, con el mismo resultado punitivo.

(...)

...hemos dicho en STS 326/98, de 2-3; 123/2003, de 3-2; 297/2007, de 13-4, 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 en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético

resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos precedentes, pues el precepto atiende la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no al orden teleológico individual.

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.

(...)

Se plantea, asimismo, el problema de la posibilidad de conexiones mediales plurales o concatenadas en las que un delito es medio para cometer otro, que, a su vez, es medio de un tercero.

Problema analizado en STS 179/2007, de 7-3, y 372/2010, de 29-4, que recordaron cómo la doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

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

2ª) Un sólo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes que se penarían con independencia (criterio aplicado en STS 13-3 y 2-11.84.

3ª) Todos los delitos en concurso medial STS 191/95, de 14-2, que en un caso es homicidio frustrado, atentado y lesiones, declaró "nos hallamos ante un caso curioso en el que aparecen integrados en un solo concurso ideal tres delitos distintos (véase sentencia de esta Sal de 8-7-85) homicidio frustrado de la conducta violenta en progresión ascendente...observada por el acusado en un intento de escapar a la detención que legítimamente pretendía la policía...produce una diversidad de delitos que fueron castigados aplicando la pena correspondiente al delito más graves de los tres- el homicidio frustrado- en un grado máximo".

Descartada al primera opción por cuanto presentaría serias objeciones desde el principio no bis in idem, la posición segunda que sostiene al 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 objetiva necesaria. De igual manera que el suceso primero del art. 77.1 CP no impide el concurso ideal cuando más de dos de los tipos realizados por una única infracción, tampoco sobe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionados teleológicamente.

Situación que sería la concurrente en el caso analizado en el que, si como se afirma en el recurso, las distintas manifestaciones de voluntad externa del recurrente se encontrasen orientadas por una única resolución unitaria y una única finalidad: fugarse del Hospital, y estuvieran enlazadas por una conexión temporal, espacial y personal.

En el caso presente en este punto, debemos destacar las contradicciones en que incurre la sentencia recurrida:

-En primer lugar, después de que en el fundamento jurídico 6º considere que los hechos anteriores- los relativos al acometimiento que el acusado llevó a cabo hacia la funcionaria -enfermera, y el episodio, que tuvo por objetivo el agente de Policía que le estaba custodiando, deben concatenarse con el forcejeo posterior entre el acusado y el policía y el intento de fuga de aquél al lograr escapar hasta llegar a una ventana desde la que se lanzó con la intención de alcanzar un muro después emprender la huída, en el fundamento jurídico 7 consideró sólo existente un concurso ideal entre el homicidio intentado, un delito de atentado y una falta de lesiones y sin embargo en el fundamento jurídico 9 y en el fallo castiga separadamente esta última infracción con la pena de 10 días de localización permanente.

-En segundo lugar respecto al delito de quebrantamiento de condena si bien el fundamento jurídico 7 no ofrece la claridad necesaria en orden a si está comprendido en el concurso ideal ("los hechos analizados en los dos fundamentos anteriores son constitutivos de un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de atentado y una falta de lesiones, además de un delito de quebrantamiento") lo cierto es que como ni en el fundamento jurídico 9 ni en el fallo se contiene referencia alguna a la pena a imponer por dicho delito, puede razonablemente inferirse tal inclusión, que resultaría conforme con la expresada doctrina jurisprudencial al estar todas las infracciones anteriores relacionadas y orientadas con la intención del recurrente de fugarse del Hospital.

Consecuentemente debe estimarse un concurso ideal-medial entre el delito de homicidio en grado de tentativa, atentado agente de la autoridad, falta de lesiones y quebrantamiento de custodia en grado de tentativa, castigándose separadamente -además del delito de lesiones en la persona de Rafael, el delito de atentado en relación a la inferencia, pues el acusado realizó dos agresiones distintas y diferenciadas con medios comisivos también distintos, contra un funcionario público y un agente de la Autoridad por lo que conceptualmente no puede hablarse de unidad natural de acción, si hemos aun entender que el atentado a la enfermera estuviera en relación de medio a fin con el homicidio intentado en la persona del policía». (F. J. 11º)

CONCURSO DE NORMAS. Ante imposibilidad de aplicar delito especial se debe el apreciar delito desplazado.

Recurso: Casación nº 119/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1386/2011 de fecha 14/12/2011

«Como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar parcialmente el recurso, en el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho y que la colisión que supone la existencia de un concurso de normas obliga a una elección en la

aplicación, por las reglas del artículo 8º del Código Penal. Considera el Ministerio Fiscal que el hecho de que no existiera imputación por alzamiento de bienes no puede llegar a negar la sanción del delito en concurso por el que sí ha existido acusación.

Cuando no se puede castigar por el precepto especial, por las razones que fuera, se deberá aplicar el otro tipo penal, que igualmente se ve integrado en todos sus elementos por los hechos objeto de enjuiciamiento, castigándose de manera autónoma.

Se señala la doctrina de la “vuelta a la vida” del precepto desplazado. En determinadas circunstancias, la imposibilidad de castigo por el hecho principal supondría la recuperación del precepto desplazado y el castigo autónomo del hecho que en principio debía resultar copenado, doctrina a la que se hace expresa referencia en la Sentencia de esta Sala 867/2002, de 29 de julio.

La referida doctrina de la “vuelta a la vida” de la norma en concurso, da respuesta adecuada al caso que ahora se examina.

El hecho de que no se pueda aplicar el delito especial no impide que se pueda sancionar por el delito general cuando concurren en los hechos imputados los elementos que le caracterizan y haya sido objeto de acusación.

Por ello, acorde con la conclusión alcanzada por el Ministerio Fiscal, se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y éste extremo del motivo debe ser estimado». (F. J. 1º)

CONCURSO DE NORMAS. Delito contra la ordenación del territorio y daños de una cosa propia de utilidad social.

Recurso: Casación nº 2624/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 54/2012 de fecha 07/02/2012

«Por el mismo cauce casacional del art. 849.1º L.E.Cr., se reclama el recurrente error de derecho por indebida aplicación del art. 289 C.P., reiterando las alegaciones expuestas para sostener la misma denuncia desde la perspectiva constitucional.

Insiste en que el término "cosa" que contiene el tipo penal no es aplicable a los bienes inmuebles. Sostiene que "las actuaciones descritas en los Hechos Probados consistentes en la nivelación de terrenos, la tala de árboles o la modificación de la cubierta forestal" no serían las acciones típicas que contempla el precepto aplicado, sino las propias de un delito contra el medio ambiente.

El art. 289 C.P. se encuentra dentro del Título XIII de la parte especial del Código que regula y sanciona los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y este tipo penal describe como una de las acciones típicas la destrucción, daños o inutilización de cosas propias de utilidad social. Es claro que

cuando estos actos se proyectan sobre bienes especialmente protegidos por su alto valor ecológico, se está perjudicando el medio ambiente que sin duda alguna merece la condición de valor de utilidad pública o social.

Por eso mismo, en el caso presente, los bienes jurídicamente protegidos en el art. 319 y 289 C.P. quedan afectados negativamente por los actos ejecutados por el acusado, si bien y con acierto, el Tribunal aprecia el concurso de normas del art. 8.4 C.P. porque la conducta aquí enjuiciada se castiga por el artículo 319.1º al afectar valores ecológicos; sin la lesión de ese valor, esta conducta no se castigaría por ese delito. Y, a la vez, de nuevo se castiga por el artículo 289 C.P., y se hace así porque se compromete ese valor medioambiental. Porque 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. 289 en su vertiente de proteger la afectación de los bienes propios al equilibrio de los sistemas naturales, como bienes de interés social del que resulta beneficiaria la comunidad.

Razón por la cual se ha omitido sancionar el delito del art. 289 y únicamente se castiga el tipificado en el art. 319.1 C.P. que absorbe al anterior.

Estas consideraciones avalan también la desestimación del motivo Décimo que propugna la incorrecta aplicación del art. 8.4 C.P». (F. J. 26º)

CONCURSO DE NORMAS. Estafa impropia y alzamiento de bienes: doctrina.

Recurso: Casación nº 488/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 209/2012 de fecha 23/03/2012

«Esta apreciación tampoco puede compartirse. **La relación entre el delito de alzamiento de bienes y las modalidades de estafa impropia del art 251, cuando éstas se utilizan como instrumento comercial para eludir las reclamaciones del acreedor, no es de concurso de delitos sino de concurso de leyes**, es decir lo que se denomina concurso aparente o concurso de normas. Así lo reconoce la doctrina y así se ha señalado por esta Sala, por ejemplo en sentencia núm. 83/11, de 21 de febrero, que nos dice que *“en principio, el art. 251 CP sólo concurre aparentemente (concurso llamado de normas) con el delito de insolvencia punible (art. 257 CP), dado que el contenido de ilicitud de éste está ya contenido en el primero, razón por la cual es aplicable el art. 8. 3º del Código Penal. La razón es clara: toda segunda venta de un mismo bien (sea real o aparente) determina la insolvencia (al menos parcial) del vendedor y frustra un derecho acordado al primer comprador. Por lo tanto, en la medida en la que la insolvencia es una consecuencia necesaria del delito del art. 251 CP, si no existen más perjudicados que el primer comprador, la ilicitud del hecho no sufre incremento alguno que justifique apreciar un concurso ideal”*.

Procede, en consecuencia, ratificar este criterio, precisando que cuando, como sucede en el caso actual y constituye la norma general en los supuestos de alzamiento de bienes, el sujeto perjudicado no es el segundo comprador, pues éste ha actuado de mala fe cooperando con el autor principal en el alzamiento, los casos de doble venta y contrato simulado tendentes a crear un estado de insolvencia y que pueden también calificarse como delito de alzamiento de bienes, deben resolverse aplicando el concurso de leyes del art 8º del Código Penal, y no el concurso ideal del art. 77 del mismo texto legal. A no ser que el perjudicado por la doble venta o simulación sea una persona diferente del acreedor perjudicado por la insolvencia.

Es decir que **la aplicación del concurso de leyes en la concurrencia entre doble venta y alzamiento de bienes requiere como requisito que el perjudicado por la doble venta o contrato simulado y por la situación de insolvencia sea el mismo**, que es precisamente lo que sucede en el caso actual». (F. J. 9º)

CONCURSO DE NORMAS. Exhibicionismo seguido de abuso sexual. Concurso de normas resuelto por principio de absorción.

Recurso: Casación nº 962/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 35/2012 de fecha 01/02/2012

«...la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, *“el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”*, exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado-.

El hecho probado de la sentencia recurrida señala que Ramón R. *“...se masturbaba delante de la menor y de una amiga suya que no ha podido ser localizada. Cuando el acusado iba a eyacular, les hacía chuparle el pene, eyaculando en su boca”*. Además, *“...en otra ocasión (...) se desnudó y tras obligar a las menores a desnudarse, les chupó la vagina y obligó a la menor a que le practicara una felación, obligándole asimismo a chuparle el pubis a su amiga, masturbándose delante de ella”*.

A la vista de esa descripción fáctica parece evidente que el acto de exhibición de la propia desnudez es el *hecho acompañante* de las distintas acciones en que se concretaban los abusos sexuales. Se trata de una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo, con la consiguiente anulación de la condena por el delito de exhibicionismo, en los términos que se reflejan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 4º)

CONCURSO DE NORMAS. Falsedad en documento privado y estafa.

Recurso: Casación nº 1141/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 232/2012 de fecha 05/03/2012

«Finalmente, el fallo de la sentencia combatida declara que el delito de estafa se halla en concurso de normas con el de falsedad, lo que, ante la falta de explicitación en la sentencia, debemos entender vinculado al art. 8.3ª CP, según el cual el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Ciertamente, tal regla concursal es aplicable a supuestos como el aquí examinado, en los que el documento falso es un "documento privado", ya que el carácter finalista de este tipo falsario requiere para su comisión la intención de "perjudicar a otro", intencionalidad que por el contrario no es exigible cuando se trata de documentos públicos, oficiales o de comercio (víd. STS núm. 305/2011, de 12 de abril)». (F. J. 3º)

CONCURSO DE NORMAS. Tenencia de explosivos y daños terroristas.

Recurso: Casación nº 11227/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1282/2011 de fecha 23/11/2011

«...La Sala entiende que en el hecho probado se describen dos conductas diferenciadas que animan un verdadero concurso de delitos. De una parte, Jokin Z. era conocedor de que el coimputado Ander A. custodiaba en su domicilio, desde meses atrás, elementos y artefactos de potencialidad destructiva que iban a ser utilizados con posterioridad para la comisión de hechos delictivos. Con él contactó cuando necesitó los dispositivos con los que atentar contra la torre de telecomunicaciones. De hecho, según se precisa en el FJ 2º, apartado a), el recurrente entregó a Ander A. "...unas carcacas de petardos para que los guardara" y en el mes de mayo de 2009 se la pidió "...entregándole parte de su contenido y guardando el resto". Por tanto, desde el mes de enero de 2008 hasta mayo de 2009, el acusado era conocedor de *quién, dónde y para qué* se custodiaban los artefactos explosivos. Además, entregó a Ander A. los elementos destinados a atentar contra la paz pública y la propiedad ajena. Creó con ello una situación de

peligro que es castigada en los arts. 568 y 577 del CP. Pero, además, el día 11 de mayo de 2009 destrozó el repetidor de telefonía móvil ubicado en Mendíbil, en el término municipal de Arrazua-Ubarrundía, adosando a su base dos artefactos explosivos e incendiarios compuestos de bombona, cartucho de gas, bote de aerosol y dos cohetes pirotécnicos sujetos con cinta adhesiva y una mecha. Con ello colmó la conducta descrita en el art. 266.1 del CP.

En consecuencia, la Sala entiende que los hechos no deberían ser sancionados conforme a un concurso aparente de normas, sino en atención a las reglas propias del concurso de delitos. Estaríamos en presencia de un concurso medial (art. 77.1 CP), en la medida en que el *factum* dibuja, en el caso de Jokin Z., una conducta –el acopio de explosivos- concebida como medio y, por tanto, funcionalmente subordinada a provocar la explosión del repetidor de telefonía móvil.

No comparte la Sala –frente al criterio de la Audiencia Nacional- la consideración del recurrente como *promotor* u *organizador* del depósito de explosivos. Ni en el hecho probado se describe, ni en la fundamentación jurídica se justifica, en qué habría consistido la relevante aportación de Jokin Z. al depósito de explosivos y sustancias inflamables que custodiaba el coimputado Ander A.

Por cuanto antecede, el marco punitivo en el que hemos de movernos se sitúa entre 3 y 5 años de prisión, que en aplicación de los arts. 77.1 y 577 del CP, nos conduce a la pena de 4 años y 8 meses que, por otra parte, representa el tope máximo sugerido por el Ministerio Fiscal.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias penológicas que se precisan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 4º)

COSTAS. Acusaciones.

Recurso: Casación nº 10852/2010 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1338/2011 de fecha 12/12/2011

«En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 Cpenal).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS 464/2007 de 30 de mayo, 717/2007 de 17 de septiembre, 750/2008 de 12 de noviembre).

Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio) porque las impone la ley (art. 123 Cpenal), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 Cpenal). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o *extra petita* (SSTS. 1784/2000 de 20 de enero, 1845/2000 de 5 de diciembre, 560/2002 de 28 de marzo, 1571/2003 de 25 de noviembre). Téngase presente que las costas se hallan reguladas dentro del título que reza: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", poniendo al mismo nivel normativo conceptos que justifica la similar naturaleza resarcitoria o compensatoria. Las costas ya no tienen el carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar una parte, a quien el derecho ampara, por lo que debe aplicárseles los principios de postulación y contradicción.

(...)

Y observado y escuchado el vídeo del juicio oral, unido al rollo de la Sala, en el trámite de conclusiones no hay referencia por las partes, a la cuestión de las costas.

Consecuentemente si no consta que la acusación formulase pretensión de abono de dichas costas, no es factible su condena, como con acierto declaró la sentencia de instancia, fundamento jurídico séptimo, último párrafo». (F. J. 1º)

DELITO CONTINUADO. Reglas de individualización de las penas en los delitos patrimoniales.

Recurso: Casación nº 609/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 201/2012 de fecha 20/03/2012

«Las reglas penológicas del delito continuado no son sino unas reglas específicas de aplicación de la pena para los supuestos que define. Esas reglas son las previstas en el art. 74 del Código penal, que prevé una primera regla penológica, en el apartado primero, la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior; en los delitos patrimoniales, regla segunda, se impondrá la pena teniendo

en cuenta el perjuicio total causado y una tercera regla para los supuestos de notoria importancia y pluralidad de personas, que se corresponde lo que ha sido conocido con el nombre de delito masa.

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

A tenor de este Acuerdo, la naturaleza continuada del hecho, cuando se trata de delitos patrimoniales, no debe suponer que no se aplique la previsión general de agravación de la consecuencia jurídica, esto es la regla primera, la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pues no concurre causa alguna que justifique un mejor tratamiento penológico de los delitos continuados patrimoniales respecto a los no patrimoniales. Esta determinación del párrafo primero se excepciona, cuando teniendo en cuenta el resultado, el perjuicio total causado, su consideración implique una alteración de la subsunción. Por ejemplo, cuando varias estafas o apropiaciones indebidas con resultados cada una de ellas inferior a 400 euros, pero en su consideración total supera esa cantidad, que es límite entre el delito o la falta. También cuando, como es el caso, varios hechos cada uno de ellos constitutivos de un delito de estafa y en los que la consideración del resultado en su conjunto determina la agravación del art. 250.1.5 del Código penal. En estos supuestos la determinación de la pena se realiza teniendo en cuenta el perjuicio total causado, esto es delito continuado de estafa con la consecuencia prevista en el tipo básico, en el supuesto de pluralidad de estafas cada una de ellas constitutivas de falta pero en su conjunto de delito al superar los 400 euros, del tipo agravado, en el segundo supuesto relacionado, pues la consideración total del perjuicio causado es lo que ha permitido considerar delictivo las varias acciones, en principio, constitutivas de faltas de estafa o con la penalidad agravada en el segundo supuesto. Por ello, no es posible considerar doblemente el perjuicio en la determinación de la pena, uno para considerar delito lo que aisladamente eran faltas, y otro para imponer la pena es su mitad superior. De la misma manera, cuando el resultado de los delitos que se unifican den lugar a la aplicación de la agravación de la especial gravedad. No es procedente, como sugieren las acusaciones en este supuesto, valorar dos veces el perjuicio causado, uno para conformar la regla penológica derivada de la concurrencia de la agravación del art. 250.1.5, es decir la pena de prisión de 1 a 6 años y la de multa, y además, la regla primera del art. 74, para imponer la pena en su mitad superior. Se produce una doble valoración del perjuicio, una para considerar que la cantidad objeto de la apropiación conforma la específica agravación, la estafa agravada, y otra para imponer la pena en la mitad superior». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Contaminación acústica (art. 325 CP): doctrina del TS y del TEDH.

Recurso: Casación nº 823/2011
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 152/2012 de fecha 02/03/2012

«Es cierto que no basta la mera trasgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente, que en este caso evidentemente se ha producido, para que pueda actuar el Derecho Penal se requiere algo más.

El artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Y "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa.

(...)

Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido. Se refiere, pues, a duración e intensidad del ruido.

Los hechos que se declaran probados evidencian la trasgresión de disposiciones generales administrativas protectoras del medio ambiente, en este caso por infracción, por superar los mínimos de ruido establecidos, de la Ordenanza Medioambiental del Concello de Burela, con infracción asimismo de la Ley que protege contra la contaminación acústica en Galicia y la Ley del Ruido, siendo de recordar que la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 8146/2009 de 5 de noviembre, atribuye a las Ordenanzas municipales sobre el medio ambiente el carácter de disposiciones de carácter general, por lo que resulta perfectamente acreditada la presencia del elemento normativo del tipo objetivo, pero ello, como antes se expresó no sería suficiente para el ilícito penal, se requiere algo más que se identifica en el artículo 325 del Código Penal con el grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales y que tratándose de la contaminación acústica se sitúa en las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su

conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, y el relato fáctico, al que antes se ha hecho referencia, es bien expresivo de que se han alcanzado estos atentados a derechos esenciales de la intimidad y personalidad de los afectados e incluso su salud, a consecuencia de esa exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

No se trata, como se pretende en el motivo, de que concurran o no los requisitos para una determinada sanción administrativa, que exigiría distinguir la modalidad de la infracción, sino de un ilícito penal que junto a la trasgresión de la disposición administrativa requiere un grave perjuicio para los derechos a los que antes se ha hecho referencia que en este caso ha quedado plenamente acreditado y recogido en los hechos que se declaran probados». (F. J. 6º)

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Amenazas a testigos.

Recurso: Casación nº 192/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1135/2011 de fecha 02/11/2011

«El motivo se desestima. De acuerdo a nuestros antecedentes jurisprudenciales el delito del art. 464.1 del Código penal es un delito de mera actividad o de tendencia cuya realización no exige un efectivo aquietamiento a las exigencias del autor, sino que el delito consiste en que el autor debe tratar de influir, de forma directa o indirecta, a quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo "para que modifique su actuación procesal": la pena variará en función del resultado de la acción desarrollada. Respecto a la modalidad de acción, el término intimidación o violencia debe ser interpretado en un sentido que lo haga compatible con la expresión "directa o indirectamente" que exige el tipo, luego no es preciso un contacto personal entre el autor y la persona a la que dirige su acción para modificar su actuación procesal. Por ello, hemos entendido comprendido en la tipicidad del art. 464.1 Cp, las modalidades de acción de amenazas vertidas por medios idóneos para que lleguen a sus destinatarios. En este sentido las SSTS 1050/2007 y las que cita (Sentencia 213/2004 de 17 de febrero) en la que, tras recordar el antecedente art. 325 bis del Código Penal de 1973, se establece que la redacción del art. 464.1 del Código Penal vigente, el delito se consume por la realización de conductas funcionalmente adoptadas con la específica finalidad de que otra persona modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal, ...siempre naturalmente que la persona, cuya libertad se violenta, sea una de las incluidas en dicho precepto - imputado, abogado, testigo-. Se exige pues un elemento subjetivo, junto al objetivo de la efectiva dirección del comportamiento del sujeto activo: que éste se proponga influir en el destinatario de su conminación. (Sentencia de esta Sala nº 267/2000, de 29 de febrero)

Como dijimos allí, y antes en la Sentencia 827/2003, de 6 de junio, el término intimidación como medio conminatorio, ha de ser entendido en un sentido

amplio, y, por otro lado, en cuanto delito de tendencia o simple actividad, la consumación no requiere la claudicación del intimidado.

La expresión de las amenazas dirigidas al testigo que tenía que declarar en el enjuiciamiento que se contienen en el hecho probado, y las que se reseñan en la fundamentación, "que tuviera cuidado, que estaba al tanto de todo, que sabía lo que estaba pasando y que no le llamaba para hablar sino para avisarle que sabía lo que estaba pasando", son expresivas de una amenaza dirigida a lograr una determinada actuación procesal en su interés». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Obstrucción a la justicia: elementos.

Recurso: Casación nº 1389/2011
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 320/2012 de fecha 03/05/2012

«1. El artículo 464.1 del Código Penal sanciona a quien con violencia o intimidación intentara influir directa o indirectamente en unos determinados terceros para que modifiquen su actuación procesal. Es preciso, pues, que exista un proceso, entendido como actuación judicial; que se intente influir en otro para que modifique su actuación procesal, es decir, que basta con la acción intimidatoria o violenta ejecutada con esa finalidad, sin que sea preciso que el afectado llegue a actuar como pretende el autor; que se emplee para ello violencia o intimidación; y que el tercero sobre el que se pretende influir sea uno de los sujetos previstos en el precepto, es decir, denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Omisión del deber de promover la persecución de delitos (art. 408 CP).

Recurso: Casación nº 1315/2011
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 198/2012 de fecha 15/03/2012

«La jurisprudencia de esta Sala ha propugnado una interpretación del art. 408 del CP que no es compatible con el criterio de la Audiencia Provincial. Basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos (STS 330/2006, 10 de marzo), pudiendo limitarse la omisión a no tramitar el correspondiente atestado (SSTS 846/1998, 17 de junio y 1408/1994, 9 de julio).

En la misma línea, la STS 342/2009, 2 de abril, recuerda que el tipo penal previsto en el art. 408 del CP es un delito de omisión pura, en el que el sujeto activo debe tener conocimiento de la posible comisión de un delito, bastando al respecto unos razonables indicios. Se trata, por tanto, de un delito de quebrantamiento de un deber». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Individualización de la pena: criterios.

Recurso: Casación nº 568/2011
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 31/2012 de fecha 19/01/2012

«Se expresa por el propio recurrente que el artículo 88.2 del Real Decreto 2631/1982, que considera aplicable, dispone que “en el caso de operaciones a plazos con precio aplazado, tanto los rendimientos como los incrementos o disminuciones de patrimonio se entenderán obtenidos proporcionalmente a medida que se efectúen los cobros correspondientes, salvo que la sociedad decida imputarlos al momento del nacimiento del derecho”

Se alega, en defensa del motivo, que la sociedad pudo o puede, en consecuencia, hacer uso de esa facultad y decidir que se imputen al momento del nacimiento del derecho, luego podrían contabilizarse en el ejercicio de 1995 y no en el ejercicio de 1996, lo que eliminaría, se dice, la condena por impago del impuesto de sociedades en el ejercicio de 1996.

Como se reconoce por la propia parte recurrente, la regla general es que se entienden obtenidos a medida que se efectúen los cobros, que es lo que se ha tenido en cuenta por los peritos cuyos dictámenes han sido valorados por el Tribunal de instancia, sin que conste que se hubiese hecho uso de la excepción que recoge esa misma norma por lo que no se ha producido la infracción legal que se invoca». (F. J. 6º)

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Regularización.

Recurso: Casación nº 1257/2011
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 340/2012 de fecha 30/04/2012

«El recurrente sostiene que se ha producido una regularización en el pago de tales impuestos, y que ha de serle aplicada en consecuencia la excusa absoluta que se describe en el apartado 4 del art. 305 del Código Penal.

En esencia, dicha norma dispone que quedará exento de responsabilidad penal, el que regularice su situación tributaria, con respeto a las deudas a que se refiere el apartado primero de dicho artículo, que para el caso enjuiciado es el importe de la cuota defraudada, siempre que ésta exceda de ciento veinte mil euros, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interpongan querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio

Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 192/2006, de 1 de febrero, que recogiendo lo expresado en sentencias anteriores, declara que *"regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación, a ello equivale la presentación de la declaración complementaria, cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración"*.

Y en esa misma línea se pronuncia la STS 636/2003, de 30 de mayo, en la que se declara que *"... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago"*, recordando que *"el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento"*.

La STS 611/2009, de 29 de mayo, recuerda esta jurisprudencia, y también cita la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, que incluye como conclusión tercera lo siguiente: en las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales». (F. J. 5º)

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Subtipo agravado de especial gravedad de la defraudación: criterios para su estimación.

Recurso: Casación nº 568/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 31/2012 de fecha 19/01/2012

«No existen precedentes en la Sala que se pronuncien sobre los criterios a seguir para apreciar que estamos ante el supuesto de especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado.

No nos sirve el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, en cuanto en esas figuras delictivas, con independencia de la cuantía, siempre constituiría una infracción penal, que será delito si supera los 400 euros y falta si no alcanza esa suma, a diferencia del delito fiscal que sólo es infracción penal, como delito, a partir de los 120.000 euros; igualmente difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger, sin que pueda olvidarse que de seguirse una mera regla de tres con aplicación del criterio que se recoge en el artículo 250.5º del Código Penal, se exigiría una suma defraudada de más de 15.000.000 de euros lo que supondría tanto como hacer ilusoria la aplicación de esta agravante específica, que supondría un hecho imponible difícilmente alcanzable.

El Tribunal de instancia explica, en la página 37 de la sentencia recurrida, que procede apreciar la especial gravedad atendiendo que en el impuesto sobre el Valor Añadido la suma defraudada fue de 402.555,65 euros que triplica con creces la referencia de los 120.000 euros. Con relación al Impuesto de Sociedades no se aprecia la especial gravedad en el delito correspondiente al ejercicio de 1995 ya que la suma defraudada lo fue de 205.480,62 euros, esto es no dobla los 120.000 euros y por el contrario si se aprecia en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996 ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros.

Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación.

Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.

La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito.

Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia.

En consecuencia, en el supuesto que examinamos en el presente recurso, sólo se supera esa cuantía en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996, ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros. No sucede lo mismo en el Impuesto

del Valor Añadido, en el que la suma defraudada lo fue de 402.555,65 euros, en el que se aplicó la agravante por el Tribunal de instancia. Ello determina que se estime parcialmente el motivo, dejándose sin efecto la agravante apreciada en el Impuesto del Valor Añadido, debiéndose reducir la pena impuesta por ese delito a la que corresponda sin la mencionada agravante». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. Tipicidad: elemento subjetivo.

Recurso: Casación nº 568/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 31/2012 de fecha 19/01/2012

«Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1244/2003, de 3 de octubre, que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

Y en la Sentencia de esta Sala 801/2008, de 26 de noviembre, se expresa que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. Situación perfectamente aplicable al caso que ahora examinamos». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Demolición.

Recurso: Casación nº 2261/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 529/2012 de fecha 21/06/2012

«El texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales “podrán” acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión “podrán”, lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundo no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

(...)

...por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que

haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal – ni tampoco al de proporcionalidad – pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado-; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia a la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio – lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.

(...)

Entendemos que, por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 art. 319 CP, en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla. De este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño

mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el art. 112 CP. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad ulterior de reparación.

En el supuesto de autos medió petición expresa, de consideración aplicativa del art. 319.3 CP y no existen circunstancias que permitan aplicar la excepción; esto es, la no demolición. Así en los hechos probados lo recoge como la vivienda unifamiliar construida en 142'33 metros cuadrados sin la preceptiva licencia municipal, -que ni siquiera fue solicitada, está enclavado en terreno clasificado como suelo no urbanizable en el Plan General de Ordenación del Puerto de Santa María vigente durante el año 2005, no siendo legalizable según la reglamentación vigente cuando se construyó ni actualmente. Consta asimismo que por el Área de Urbanismo del Ayuntamiento se incoó Expediente de Protección y Restauración de la Legalidad Urbanística n. 1461/2005 en el que recayeron Decreto de Alcaldía de 12-5-2005 por el que se ordenaba la inmediata suspensión de las obras de construcción y el precinto de las mismas, decreto que le fue notificado el 31-5-2005 y del que la hoy condenada hizo caso omiso, continuando las obras entre el 31-5 y 7-6-2005, y vendiendo la parcela con la vivienda a Juan N. el 16-9-2005 por 90.151'82 ocultándole la existencia del citado expediente – y las órdenes de suspensión y precinto -lo que ha motivado la condena por un delito de desobediencia del art. 556 CP y un delito intentado de estafa-; y decreto de la Alcaldía de 12-9-2005, notificado el 22-9 por el que se acordaba: 1º Ordenar a la misma la demolición de las obras de construcción de la vivienda. 2º Concederle un plazo de 30 días para el cumplimiento del derribo. Decreto que fue recurrido en reposición por Inmaculada – que no informó de ello a Juan – el 25.10.2005, que fue desestimado.

Por tanto ha existido una conducta obstativa y rebelde del sujeto activo del delito a los requerimientos de la Administración, constitutiva de un delito de desobediencia a la Autoridad Administrativa, la construcción estaba fuera de ordenación, - al estar radicada en suelo rústico en el que, según el Plan General de Ordenación del Puerto de Santa María-, el Jefe del Servicio de licencias y disciplina Urbanística, declaró en el juicio oral- solo se podría construir en parcelas de cómo mínimo 10 has vivienda familiar agraria vinculada al uso agrícola o ganadero-, no consta sea subsanable, legalizable, o si se quiere, reconducible en el futuro, y consta por el contrario, que en vía administrativa se ha acordado ya la demolición de lo construido, sin que conste tampoco que ese criterio jurídico haya sido recurrido antes los tribunales de esa Jurisdicción contencioso-administrativa. Y por último, como ya se ha explicado, no es argumento impeditivo de la demolición que en el hecho probado se consigne que en la zona donde se realizó la construcción existen numerosas viviendas similares, pues esto sería tanto como convertir un suelo no urbanizable en suelo urbano o urbanizable por la desidia de la Administración incluida la penal». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del tipo atenuado. Menor entidad del hecho.

Recurso: Casación nº 204/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 944/2011 de fecha 08/09/2011

«Señalábamos en la STS 147/2011, 3 de marzo, que el precepto que autoriza la rebaja de la pena, como se deduce de su propia lectura y de la utilización de la conjunción copulativa “y”, asocia aquélla a la concurrencia acumulativa de la menor entidad del hecho y de ciertas circunstancias personales que hagan aconsejable la reducción.

Sin embargo, no faltarán ocasiones en las que la menor entidad del hecho se evidencie con tal nitidez que el presupuesto subjetivo que exige el precepto, ligado a las circunstancias personales del autor, pase a un segundo plano. Dicho con otras palabras, el peso de lo objetivo puede degradar la intensidad en la exigencia de lo subjetivo. Todo ello sin olvidar que las circunstancias personales de quien comete un hecho delictivo de escasa relevancia nunca pueden ser criminológicamente equiparadas a las de aquel que forma parte de una estructura, más o menos organizada, destinada a la comisión del delito.

Sea como fuere, en el presente caso, la apreciación del párrafo segundo del art. 368 –que más que una cláusula punitiva de carácter discrecional aparece como un verdadero tipo atenuado- aparece justificada por dos razones clave. La primera, la menor entidad del hecho se pone de manifiesto por el dato de que la propia resolución recurrida no descarta que buena parte de la droga aprehendida en poder del acusado estuviera destinada a su propio consumo. En el ámbito subjetivo, Ignacio P. es un consumidor de heroína y cocaína de larga evolución al que la Audiencia ha aplicado la atenuante de drogadicción del art. 21.2 del CP». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Cadena de custodia: formulario de la Orden JUS/1291/2010.

Recurso: Casación nº 2517/2011
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 545/2012 de fecha 22/06/2012

«Bien es cierto que la vulneración de la cadena de custodia puede tener un significado casacional, pero no como mera constatación de la supuesta infracción de normas administrativas, sino por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. Adelantemos, no obstante, que no puede otorgarse relevancia constitucional al hecho de que no se haya rellenado el formulario exigido por la Orden 8 de noviembre de 1996, norma, por cierto, cuya vigencia se ha extinguido el día 20 de mayo de 2010, sustituida por la entrada en vigor de la *Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*. Se olvida que ese formulario, según se proclama en el mismo Anexo de la orden vigente en la fecha de los hechos, no tiene, ni mucho menos, carácter imperativo. Así se desprende con claridad de la afirmación contenida bajo el epígrafe “*documentación*”, según la cual: “...se propone como modelo el que figura incluido como anexo, en los distintos modelos de formularios, pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede

constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización: modificaciones operadas por la LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 1232/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 239/2012 de fecha 23/03/2012

«2.- La respuesta a tal motivo ha de ser distinta a los términos en que se propone En efecto el 23 de diciembre, una semana antes de dictar sentencia, entró en vigor la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010 (Ley Orgánica 5/2010), que varió notablemente la cualificación de organización criminal regulada en nuestro Código.

La reforma suprimió la cualificativa del número 2 del art. 369, al que se remitía el art. 370 ambos del Código Penal y con un marco penológico exasperado pasó a formar parte de un nuevo tipo autónomo (art. 369 bis del Código Penal).

El Tribunal debe aplicar de oficio la reforma legislativa cuando resulte mas beneficiosa para el reo (retroactividad de la ley más favorable: art. 2.2 del Código Penal), como asimismo impone la disposición transitoria primera de la ley reformadora.

Esa supresión y nueva regulación ha traído consigo dos importantes consecuencias jurídicas:

a) Los términos "transitorio" y "ocasional" utilizados en la delimitación de la agravatoria han desaparecido.

b) Correlativamente se ha introducido en el Código Penal una definición auténtica de carácter general sobre lo que debe entenderse por "organización criminal" y como complemento el "grupo criminal".

La definición de estas dos modalidades de manifestación criminal se contienen en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, bajo la rúbrica " De las organizaciones y grupos criminales".

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

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

A la vista de tales conceptos se impone en el supuesto de pluralidad de sujetos activos la diferenciación entre codelinuencia, grupo criminal y organización criminal.

3.- Proyectando estas consideraciones sobre el caso que nos afecta podemos hacer las siguientes puntualizaciones.

Al desaparecer de la definición de organización criminal las notas de transitoriedad y ocasionalidad y haber sido sustituidas por el dato del "carácter estable o indefinido" de la agrupación, es obvio que el concepto jurisprudencial anterior de lo que debía entenderse por organización criminal no nos es útil ahora, ya que si concurren esas notas, podrá constituir un "grupo criminal", pero no una organización criminal. Como quiera que la cualificación pretendida del recurrente (jefatura) sólo está prevista para organizaciones criminales, y la hipótesis relatada en el factum no reúne las características de éstas, la cualificación no será en ningún caso aplicable, en tanto los hechos probados no parecen tener cabida en el art. 369 bis del Código Penal, que a su vez no sería aplicable por señalar mayor pena (irretroactividad de ley desfavorable, art. 9.3 de la CE).

En el fundamento jurídico tercero la Audiencia estima que el recurrente es el dirigente de una organización de carácter transitorio, sólo para esta concreta operación, y ello en atención a la coordinación entre todos los componentes, conocidos o supuestos, refiriéndose al concierto de voluntades entre los marroquíes y los acusados que dentro de España estaban encargados de efectuar el transporte de las drogas.

Al faltar el carácter estable y calificarse la actuación delictiva de transitoria, falta una de las notas previstas para la cualificación. Pero además, en el relato probatorio no se describe la infraestructura material, los medios técnicos de que se valían más allá del camión que debía transportar la droga, ni tampoco concreta la forma en que se encontraba estructurada la gestión coordinada entre ellos, ni la estabilidad, permanencia o continuidad en el tiempo de la misma, circunstancias precisas para proclamar que nos hallamos ante una organización criminal.

Por todo ello y ante la incorrecta aplicación de la cualificación el motivo debe estimarse». (F. J. 8º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Condena por conspiración para cometerlo.

Recurso: Casación nº 11535/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 334/2012 de fecha 25/04/2012

«Al trasladar los criterios jurisprudenciales precedentes al caso que ahora se juzga, ha de ponderarse que el acusado concertó la adquisición de una partida de heroína con las personas que controlaban y dirigían el transporte de la sustancia estupefaciente hasta España. En concreto convino que cuando trajeran la heroína a

España le reservaran una cantidad de sustancia estupefaciente para poder él a su vez revenderla a sus clientes.

Se puso por tanto de acuerdo con los poseedores de la droga y acordó comprarles una cantidad que, a tenor de las conversaciones telefónicas, no era de escasa cuantía, pues les pedía incluso más cantidad de la que ellos le ofrecían. Y cuando la droga ya estaba dentro del territorio nacional ratificó la compra telefónicamente, formalizando incluso una reunión para concretar la cuantía definitiva y el precio, reunión para la que delegó después en un hombre de su confianza: el coacusado Alberto C.

Así las cosas, la conducta ejecutada por el acusado ha de ser calificada como una conspiración para cometer el delito contra la salud pública previsto en los arts. 368, inciso penúltimo, y art. 369.5ª del C. Penal, en relación con el art. 373 del mismo texto legal. Pues el acusado concertó con el coimputado Mohamed B. la adquisición de la droga con el fin de poseerla con destino a la venta a terceros y resolvió con él ejecutar la acción delictiva, si bien al final se frustró la operación de la compra debido a la intervención de la policía con anterioridad a la reunión en que se iba a concretar el abono del dinero y la entrega de la droga.

La subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal de la conspiración y no en la tentativa queda justificada en el presente caso porque la entrega de la droga al acusado no era inminente, y además todavía quedaban algunos pasos intermedios de cierta relevancia para el inicio de la ejecución del delito, cuales eran fijar el precio concreto de la droga cuya compra había convenido y también la cuantía que finalmente adquiría, cuantía que aunque era elevada se hallaba sin especificar.

Se estima, en consecuencia, el motivo de impugnación del recurrente, y se le condena por la conspiración para cometer un delito contra la salud pública de tráfico de heroína, en la modalidad del subtipo agravado de la notoria importancia, al pretender comprar una cantidad de heroína que superaba los 240 gramos (arts. arts. 368, inciso penúltimo, y art. 369.5ª del C. Penal, en relación con el art. 373 del C. Penal), debiendo individualizarse las penas en la segunda sentencia». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Conducta impune. No hubo tentativa ni conspiración.

Recurso: Casación nº 11347/2011 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 15/2012 de fecha 20/01/2012

«La actividad delictiva objeto de esta causa, que es la que se imputa a los demás acusados, consistió en la realización de gestiones con algún proveedor extranjero de cocaína, que dieron como resultado el envío por correo de una cantidad de esta, en distintos paquetes, hasta nuestro país.

Siendo así, es claro —porque no solo no está en los hechos, sino que se excluye expresamente— que Morales S. no tuvo la menor intervención en esa fase;

ni siquiera la que, podría decirse indirecta, de haber determinado con su encargo el incremento de la cantidad de cocaína que los otros sujetos habían decidido adquirir. En consecuencia, su total ajenuidad al acto nuclear objeto de la acusación es patente, y esto le sitúa, con toda claridad, fuera de la fase de ejecución del mismo, de un modo que obliga a concluir que no aportó ningún coeficiente de riesgo para el bien jurídico.

Esta consideración obliga a tener por incorrecta la consideración de autor del delito del art. 368 Cpenal que se le ha atribuido, incluso en grado de tentativa. Pero no solo, porque ni siquiera cabría hablar de conspiración, debido a que, no importa insistir, Morales S. fue totalmente ajeno al transporte de droga objeto de las actuaciones, único delito en curso de ejecución. Es cierto que el mismo abrigaba la idea de realizar en un momento futuro actos de venta de cocaína, pero lo es también que su propósito quedó confinado en ese plano de la mera ideación, esto es, de los actos preparatorios impunes, pues que el posible objeto ni siquiera llegó a estar en poder del que podría haber sido su proveedor. Que es por lo que esta vertiente de su conducta está en realidad fuera de la acusación.

La sentencia de esta sala, n.º 748/2010, de 23 de julio condenó por conspiración en un delito contra la salud pública, pero en un supuesto en el que el imputado había formalizado el encargo y hecho que la droga estuviera objetivamente dispuesta ya para su material, y fue sorprendido cuando se dirigía al lugar de la cita portando el dinero del precio consigo. Un caso, por tanto, en el que —a diferencia del contemplado— la resolución conjunta de ejecutar el delito dejó de ser mero acuerdo de voluntades en abstracto, para producir algún efecto.

En definitiva, y por todo, el motivo tiene que acogerse». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Criterio para determinar la especial gravedad de la defraudación atendiendo al importe defraudado.

Recurso: Casación nº 568/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 31/2012 de fecha 19/01/2012

«No existen precedentes en la Sala que se pronuncien sobre los criterios a seguir para apreciar que estamos ante el supuesto de especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado.

No nos sirve el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, en cuanto en esas figuras delictivas, con independencia de la cuantía, siempre constituiría una infracción penal, que será delito si supera los 400 euros y falta si no alcanza esa suma, a diferencia del delito fiscal que sólo es infracción penal, como delito, a partir de los 120.000 euros; igualmente difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger, sin que pueda olvidarse que de seguirse una mera regla de tres con aplicación del criterio que se recoge en el artículo 250.5º del Código Penal, se exigiría una suma defraudada de más de 15.000.000 de euros lo que supondría

tanto como hacer ilusoria la aplicación de esta agravante específica, que supondría un hecho imponible difícilmente alcanzable.

El Tribunal de instancia explica, en la página 37 de la sentencia recurrida, que procede apreciar la especial gravedad atendiendo que en el impuesto sobre el Valor Añadido la suma defraudada fue de 402.555,65 euros que triplica con creces la referencia de los 120.000 euros. Con relación al Impuesto de Sociedades no se aprecia la especial gravedad en el delito correspondiente al ejercicio de 1995 ya que la suma defraudada lo fue de 205.480,62 euros, esto es no dobla los 120.000 euros y por el contrario si se aprecia en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996 ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros.

Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación.

Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.

La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito.

Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia.

En consecuencia, en el supuesto que examinamos en el presente recurso, sólo se supera esa cuantía en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996, ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros. No sucede lo mismo en el Impuesto del Valor Añadido, en el que la suma defraudada lo fue de 402.555,65 euros, en el que se aplicó la agravante por el Tribunal de instancia. Ello determina que se estime parcialmente el motivo, dejándose sin efecto la agravante apreciada en el Impuesto del Valor Añadido, debiéndose reducir la pena impuesta por ese delito a la que corresponda sin la mencionada agravante». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Encubrimiento. Excusa absolutoria.

Recurso: Casación nº 317/2011
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 1165/2011 de fecha 28/10/2011

«En el caso enjuiciado, no existe ningún elemento de donde deducir que Raquel P. S. guardaba la droga para traficar con ella en el futuro. La conclusión a la que llega la Audiencia, es decir que la ocultó para evitar que le incriminara a su compañero sentimental con el que convivía, es tan razonable como la sugerida por el Ministerio Fiscal.

La STS 227/1999, de 20 de febrero, declara: *«a efectos puramente dialécticos podemos admitir, como ya se ha hecho en alguna sentencia de esta Sala, que las hipótesis de supuestos de encubrimiento en los delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas, son más bien escasos en cuanto que nos encontramos ante un delito de carácter permanente que atrae hacia la coautora la mayoría de las conductas de colaboración en los propósitos de traficar o difundir. No obstante pueden existir supuestos de hechos muy concretos en los que cabría construir la figura del encubrimiento en la modalidad de ocultar o inutilizar los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento, relegando a esta modalidad aquellas conductas consistentes en destruir la droga con el fin de frustrar o dificultar la intervención de las autoridades encargadas de la investigación».*

En esta tesitura, está autorizada la aplicación del art. 454 del Código Penal, a cuyo tenor “están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451”.

Se trata de la excusa absolutoria entre parientes, que es aplicable a este caso, en tanto que la conclusión a la que llega la Sala sentenciadora de instancia es razonable y ha sido construida pro reo. Por lo demás, el *factum* de la sentencia recurrida se encarga precisamente de impedir la calificación delictiva solicitada, en tanto que se declara en el relato fáctico que las sustancias intervenidas en el domicilio que fue registrado eran poseídas por Tomás G. V. “*para su consumo y también para destinarlas al tráfico ilícito*”». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Grado de toxicidad.

Recurso: Casación nº 11801/2011 P
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez
Sentencia: nº 370/2012 de fecha 09/05/2012

«Últimamente —también según la sentencia primeramente citada— este tribunal ha matizado el uso del término "insignificancia", que podría generar cierta inseguridad en la aplicación de la norma penal y lo han sustituido por el de "toxicidad", de manera que lo que quedaría fuera del tipo penal son las transmisiones de sustancias cuyo consumo, dada la falta de lesividad, no

entrañen riesgo, ni siquiera abstracto, para las personas. También se ha advertido que el criterio de la atipicidad debe aplicarse de forma excepcional y restrictiva, y, en concreto, en los supuestos de desnaturalización cualitativa o de extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia objeto de comercio (SSTS 602/2007, de 4 de julio; 936/2007, de 21 de noviembre; 182/2008, de 21 de abril; 278/2009, de 18 de marzo; 273/2009, de 25 de marzo; 464/2009, de 28 de abril; y 640/2009, de 10 de junio). En este contexto, se sigue operando con las pautas fijadas en el pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, y así lo constatan las sentencias absolutorias dictadas en casos en que la droga incautada careció de la mínima toxicidad (SSTS 936/2007, de 21 de noviembre, 1110/2007, de 19 de diciembre; y 183/2008, de 29 de abril).

Pues bien, aplicado tal estándar al supuesto de esta causa, es claro que la cantidad de droga cuya venta se atribuye al que recurre está por debajo del mínimo psicoactivo, y, en tal sentido, ese acto no debió considerarse típico a los efectos del art. 368 Cpenal. Es el sentido en el que, el motivo debe estimarse». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Individualización de las penas: revisión de condena (LO 5/2010). No procede.

Recurso: Casación nº 10597/2011 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1042/2011 de fecha 17/10/2011

«La disposición transitoria segunda 1, segundo apartado prescribe que, tratándose de sentencias firmes, si la pena impuesta pudiera serlo igualmente a tenor de la nueva redacción del precepto de que se trate, este no se considerará más favorable. Y sucede que el marco punitivo resultante del art. 368 Cpenal en su actual redacción va de tres a seis años de privación de libertad, previsión en la que, claramente, tomando en consideración la agravante apreciada, resulta comprendida aquella.

De otra parte, esta última circunstancia excluye cualquier posibilidad de aplicación del nuevo precepto del art. 368,2º Cpenal.

Siendo así, para supuestos como el que se examina, resulta indiferente que de realizarse en este momento la individualización original de la pena según las circunstancias del hecho y del afectado, el resultado pudiera o tuviera que ser otro, porque lo que impone el legislador a los tribunales, tratándose de sentencias firmes y de pena aplicable a tenor de las dos redacciones en presencia, es, precisamente, esta exclusiva comprobación. Y tal es a lo que se ha atendido la Audiencia.

En consecuencia, el motivo tiene que desestimarse». (F. J. Único)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación Disposición Transitoria 2ª LO 5/2010. Pena “imposible”. Nueva individualización.

Recurso: Casación nº 11192/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 1296/2011 de fecha 24/11/2011

«El acusado fue condenado como autor de un delito contra la salud pública al haber sido sorprendido por agentes de la autoridad cuando, en la intersección de las calles Alfredo L. J. y Secretario A. de Las Palmas de Gran Canaria, vendía a Jesús C. P. una papelina con 0,80 gramos de cocaína y una riqueza del 79,6%.

La Audiencia Provincial ha denegado la revisión de la pena impuesta al entender que el párrafo segundo de la disposición transitoria 2ª de la LO 5/2010, 22 de junio, excluye esa revisión en aquellos casos en los que la pena impuesta sea también imponible con arreglo al nuevo precepto. De ahí que, habiéndose impuesto la pena de 6 años de prisión, conforme al marco penológico previgente -3 a 9 años- y a la concurrencia de la agravante de reincidencia, esa pena debería ser mantenida, toda vez que constituye el máximo imponible de la nueva franja punitiva, fijada ahora entre 3 y 6 años de prisión.

Sin embargo, esta Sala estima que el carácter “*imponible*” de una pena no puede determinarse con arreglo a un criterio puramente abstracto, basado exclusivamente en el contraste formal entre los marcos punitivos vigente y derogado. De lo contrario, se corre el riesgo de convertir la fijación de la pena en una operación alejada de las exigencias inherentes a los principios de culpabilidad y proporcionalidad». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nuevo subtipo atenuado. Escasa entidad.

Recurso: Casación nº 225/2011
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1110/2011 de fecha 21/10/2011

«2.- No cabe duda que la hipótesis descrita en dicho precepto establece una consecuencia jurídica que, para la misma y antes de dicha ley, no era posible ya que la pena era en todo caso la misma que para supuestos de mayor gravedad.

Partiendo pues de esa condición de norma penal más favorable y, por ello, aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, corresponde examinar si concurren los presupuestos típicos de aplicación.

Vienen estos constituidos por la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del autor. En relación con tales parámetros se ha partido; según recordábamos en nuestra Sentencia nº 922/2011 de 16 de septiembre, resolviendo el recurso nº 2/2011, con carácter general de la intensidad de **afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva**. Así en la Sentencia del este Tribunal Supremo nº 731/2011 de 13 de julio se vincula la entidad del hecho a esa lesividad potencial como medida de la *gravedad del injusto típico*,..

Como referencias, a su vez, para determinar si concurre esa condición se acude unas veces a **la cantidad** de droga objeto de tráfico. Así cabe citar, entre otros, los supuestos que fueron objeto de las Sentencias *TS nº 879/2011 de 27 de julio* en que se imputaba la entrega por el acusado a otro individuo de dos bolsitas de color azul que contenían 1,29 gramos netos de cocaína con pureza del 49,24% y un precio en el mercado de 108,23 euros; en la Sentencia del TS de 26 de Julio del 2011, recurso: 26/2011 se estimó el subtipo atenuado en un caso en el que se ocupó en poder del acusado 20 papelinas de cocaína que poseía con destino al tráfico con un peso neto de 1,81 gramos, con un porcentaje de pureza del 36% como valor medio y en otra sentencia de la misma fecha, resolviendo el recurso 166/2011, también se estimó igual subtipo atenuado en relación a la venta de 0,18 gramos de heroína, con una riqueza media del 17,8%.. Genéricamente en la citada Sentencia TS nº 731/2011 se refiere los supuestos en que se trata de **cantidades muy próximas a las dosis mínimas psicoactivas o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa,**

Otras veces hemos atendido a la ubicación del acto en la cadena de los que integran el total procedimiento, desde la elaboración a la entrega final al consumidor. Así en el supuesto decidido en la sentencia del TS nº 32/2011 en la que se hace referencia a supuestos de **vendedores de papelinas, que constituyen el último eslabón en la venta al menudeo,** cuando posean escasa cantidad de sustancias estupefacientes;

Y también se tomó en consideración que el hecho imputado constituyera un **acto aislado** en el que se entrega una sola papelina que contenía 0,421 gr. con una pureza del 7,1 % de diacetilmorfina (STS nº 731/2011 de 13 de julio).

La segunda referencia típica viene constituida por las circunstancias personales del acusado.

La no posibilidad de doble consideración de una misma circunstancia ha llevado a la exclusión, en principio, a estos efectos de las que dan lugar a la estimación de modificaciones genéricas de la responsabilidad.

Entre tales circunstancias han merecido consideración en nuestra jurisprudencia: la situación subjetiva de quien, siendo adicto, **vende al menudeo para sufragarse su adicción,** siempre que la actividad delictiva no se convierta en un "*modus vivendi*", como el hecho de que se tratase de la **primera actuación delictiva** sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro (STS nº 731/2011 de 13 de julio y la de 26 de julio de 2011 resolviendo recurso 26/2011).

Mas amplia es la consideración que se asume en la Sentencia 879/2011 de 25 de julio, citando la nº 927/2004, y en la que atribuye relevancia a estos afectos a las **situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto,** la **edad** de la persona, su grado de **formación** intelectual y cultural, su **madurez** psicológica, su **entorno** familiar y social, sus actividades **laborales,** su **comportamiento posterior** al hecho delictivo y sus **posibilidades de integración** en el cuerpo social,

3.- Pues bien, en el caso que ahora juzgamos, la cantidad de droga intervenida -0.21 gramos de cocaína con pureza de 51.2%- incluso la cantidad de droga que pudiera haber sido objeto de anteriores transacciones, que se infiere de la cantidad de dinero ocupado como proveniente de dichos actos de tráfico anterior, no revela una gravedad más allá de la calificable de escasa.

En relación a las circunstancias personales del acusado no reporta la sentencia datos que cuestionen aquella escasa en la gravedad del hecho, ni que den lugar a un pronóstico de recidiva que haga al sujeto merecedor de reproche de entidad no acorde a la ya asumida escasa gravedad del hecho.

Por lo cual debemos estimar este motivo, con las consecuencias que se dirán en la segunda sentencia en lo relativo a la pena a imponer». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Organización criminal (LO 5/2010).

Recurso: Casación nº 10625/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreriro

Sentencia: nº 207/2012 de fecha 12/03/2012

«Para dirimir la cuestión suscitada, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo que la pertenencia a una organización constituye lo que modernamente se denomina un delito de estatus y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización (SSTS 356/2009, de 7-4; 1258/2009, de 4-12; 55/2010, de ; 362/2011, de 6-5; y1115/2011, de 17-11).

Y más en particular, en la STS 544/2011, de 7-6, en un caso muy similar al presente, se afirma que *“en cuanto a la pertenencia a una organización, el artículo 369.1.2º del Código Penal, aplicado en la sentencia de instancia, al igual que el actual artículo 369 bis, establecía una penalidad agravada cuando el culpable perteneciere a una organización. No se trata, por lo tanto, de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. La posibilidad de que las organizaciones o asociaciones fueran de carácter transitorio, contemplada expresamente en el anterior artículo 369.1.2º, y desaparecida ahora del artículo 570 bis, en el que se define la organización criminal, no impedía estas consideraciones, que resultaban útiles para diferenciar en cada caso la organización, como elemento agravatorio, de la mera codelinuencia unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de una operación delictiva que presentara, por sus características, una relevante complicación”*.

Y prosigue diciendo la sentencia 544/2011 que *“en el caso solo se declara probado que el recurrente era miembro de la tripulación del barco en el que se*

transportaba la droga. Nada se dice respecto de sus previas relaciones con los demás acusados; ni de la forma en la que fueron contratados; ni sobre su eventual disponibilidad anterior o de futuro para otras operaciones similares; ni de su retribución; ni de ningún aspecto que pudiera resultar relevante a los efectos de afirmar que pertenecían a un grupo distinto del formado simplemente para integrar la tripulación del barco en esta operación.

Por lo tanto, no puede considerarse que el recurrente perteneciera a una organización, de manera que el motivo se estima en ese aspecto”». (F. J. 33º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Participación delictiva y grado de ejecución del delito.

Recurso: Casación nº 1272/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 213/2012 de fecha 22/03/2012

«Recordábamos en la citada Sentencia nº 672/2010 que: En los casos de complejidad ejecutiva, mediante actuaciones imputables a múltiples sujetos, la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que esos plurales sujetos asumen en el programa delictivo. Ni siquiera cabe exigir, como hizo una abandonada jurisprudencia, un acuerdo que sea necesariamente previo. Pero sí un **plan conjunto**. Aunque sea tácitamente asumido. Si todos conocen la plural contribución y la aceptan. En tales supuestos operará el principio de **imputación recíproca**. Y de esa manera, **si se alcanza la consumación, se alcanzará para todos**. Hayan tenido o no una detención física de la droga.

Es desde esta perspectiva que cobran sentido las exigencias jurisprudenciales para admitir la imputación a título de tentativa, referidas a solamente algunos de los múltiples sujetos intervinientes, consistentes en: **a)** que no se trate de *autores mediatos* con efectivo dominio del hecho, o de los que asumen en la operación de transporte, especialmente el internacional y **b)** que no se trate de sus *finales destinatarios de la remesa*. A unos y otros se les califica de autores y, en tales casos de envíos se considera que, como recuerda la Sentencia de 15 de Junio de 2010, *en los envíos internacionales de drogas desde que el estupefaciente es remitido..... desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte, se ha consumado el delito, tanto respecto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento e intervención policial* (SSTS. 19.4.88, 18.4.89, 6.390, 2.11.92, 15.2, 8.3, 29.6, 26.11 y 23.12.93, 24.1 y 23.2.94).

La consumación no se desvanece porque, en un momento del trayecto que el transporte sigue, el logro de la llegada al destinatario final haya sido abortado. Iniciado el transporte, la consumación se habrá producido. Por ello ha podido establecerse: **que la policía tuviese conocimiento de la operación y estuviera vigilando a los otros acusados no sitúa necesariamente el delito en la fase de la tentativa** ya que *-como precisa la STS. 933/2008 de 18 de diciembre- durante un tiempo se realizó íntegramente el tipo penal y la intervención de la policía pudo fracasar, por lo que no se puede escudar en un hecho ajeno a la conducta del autor*

para introducir un factor externo como interruptivo de la comisión. Cabe en tal sentido examinarse las Sentencias de 6 de Mayo de 2010 resolviendo el recurso: 11232/2009 y la Sentencia de 23 de Marzo de 2010 resolviendo el recurso 11173/2009 .

Por un lado puede considerarse bastante para la exclusión de la consumación el dato de que *el sujeto no llegue a tener **disponibilidad** efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas* (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009). Pero, por otro lado, si tal exclusión no se hace acompañar con la **exclusión también de integración en el plan conjunto** habrá coautoría y el delito se considera consumado para todos los que planearon el envío». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Posesión de droga: doctrina.

Recurso: Casación nº 10034/2012 P
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 219/2012 de fecha 22/03/2012

«La doctrina de esta Sala, por ejemplo en sentencia núm. 924/2009 de 7 de octubre, ha señalado «*La posesión se ha dicho por esta Sala Segunda, es un concepto esencialmente jurídico; no obstante ser un elemento normativo en el tipo del art. 368 Código Penal cabría preguntarse si el Legislador lo utiliza en sentido vulgar o es necesaria su integración acudiendo al Código Civil (arts. 430 y ss.)*».

*La cuestión no es en ultimo extremo tan trascendente, desde el momento en que el Código Civil opera con varios conceptos de posesión o, si se prefiere, con un concepto amplio y elástico. La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código Civil para, en esta serie de delitos contra la salud publica, sentar que **la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible**.*

(...)

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

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

Por ello, están incluidos los detentadores materiales de la droga, ya que tienen disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones los transportistas y correos y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar.» Sentencia núm. 924/2009 de 7 de octubre». (F. J. 8º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de condena. Subtipo atenuado (no se aprecia).

Recurso: Casación nº 10817/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 177/2012 de fecha 14/03/2012

«Como venimos recordando en las últimas resoluciones de esta Sala (por todas, SSTS núm. 69/2012, de 7 de febrero de 2012, y núm. 1419/2011, de 22 de diciembre), la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, ordena en su segundo inciso a los Jueces y Tribunales que procedan a "revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial", a lo que se añade como pauta interpretativa que "[e]n las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia". Esta Disposición coincide en su contenido con la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, asimismo vigente, y ambas excluyen la revisión de las penas privativas de libertad "cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código". Y esto es lo que sucede en el caso de autos, en el que el recurrente fue condenado como autor de un delito del art. 368 CP, por la tenencia de cocaína y hachís con fines de tráfico, a diversas penas, entre ellas la de tres años de prisión. Semejante sanción sigue constituyendo el mínimo de privación de libertad imponible en estos casos, por lo que, como razona adecuadamente la Sala de instancia en los FF.JJ. 1º y 2º del auto combatido, ajustándonos a las reglas transitorias que preceden no es factible revisar dicha pena.

Cuestión diferente, que en realidad representa el eje sobre el que gira el recurso y al que parece vincular el penado la falta de motivación, es la de la pertinencia de aplicar o no al supuesto de autos la modalidad atenuada, sobrevenida con la última reforma y añadida como inciso segundo al art. 368 CP, a

tenor de la cual y no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo precepto sustantivo, se dice que *“los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”*, facultad de la que no podrá hacerse uso *“si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”*. Ha de reconocerse que la Sala de instancia omite cualquier tipo de respuesta expresa al respecto, lo que no habría estado de más, si bien su aplicación retroactiva debe entenderse implícitamente descartada por el Tribunal en la resolución que se impugna.

En cualquier caso, de la resultancia fáctica y motivacional de la sentencia en su día dictada -de la que, como afirma la STS núm. 932/2011, de 22 de septiembre, debe partirse en estos casos- no es posible extraer los presupuestos que justificarían, en esta fase de ejecución de condena, una aplicación retroactiva del subtipo respecto del penado recurrente, ex art. 2.2 CP. Así, ha de negarse que concurra el primero de los requisitos exigibles -escasa entidad del hecho- desde el momento en que afirma el relato fáctico que el acusado fue sorprendido por los agentes actuantes cuando arrojaba por el inodoro del bar en el que se encontraban dos bolsas, en una de las cuales se hallaron diecisiete papelinas con un total de 8'27 gramos de cocaína al 62'5 % de pureza, mientras que la otra contenía tres trozos de hachís con peso total de 25'93 gramos y un principio activo del 18'8 %, valoradas respectivamente en 618'18 y 116'17 euros y todas ellas destinadas a la venta a terceros. Portaba además otros 65 euros, fruto de dichas ventas. La variedad, valor, cantidades y forma de presentación de las sustancias así descritas evidencia, sin lugar a dudas, una dedicación profesionalizada del acusado al tráfico ilícito, incompatible con la escasa gravedad que exige el tipo privilegiado y que esta Sala viene interpretando como una menor antijuridicidad del hecho delictivo, en este caso claramente ausente.

Por otro lado, descendiendo al segundo elemento, de carácter personal, tampoco hay dato fáctico alguno que, en mayor o menor medida, justifique una atenuación de esta naturaleza.

En suma, no concurriendo ninguno de los presupuestos necesarios para efectuar una subsunción sobrevenida en la modalidad interesada, la decisión de instancia debe ser confirmada y el actual recurso desestimado». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena. No cabe en caso de pena ya ejecutada.

Recurso: Casación nº 11668/2011 P

Ponente: Sr. Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 119/2012 de fecha 01/03/2012

«El recurrente ha sido condenado en distintas sentencias a varias penas privativas de libertad. Así, constan en la ejecutoria como documentos remitidos por el centro penitenciario, que cumple las siguientes condenas, todas ellas impuestas en sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas: tres años y cinco días de prisión en ejecutoria nº 179/2000; treinta días de prisión en ejecutoria nº

150/2001; seis años de prisión en ejecutoria 125/2002; y tres años y dos meses de prisión en ejecutoria 126/2003.

Habiendo comenzado a cumplir dichas penas el día 20 de diciembre de 2000, por el orden de su imposición o por el orden de su respectiva gravedad, en la fecha de entrada en vigor de la LO 5/2010 ya habría dejado extinguida la pena de seis años que pretende ahora que sea revisada. Así pues, debe entenderse que, en todo caso, en el momento en que solicitó la revisión, la pena impuesta en la sentencia ya había sido ejecutada, por lo que no procede la revisión como entendió la Audiencia en el Auto de 22 de diciembre de 2010, aunque en la resolución del recurso de súplica añadiera otros argumentos». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena en virtud de la Disposición Transitoria 2ª LO 5/2010. No procede.

Recurso: Casación nº 11449/2011 P
Ponente: Sr. Soriano Soriano
Sentencia: nº 2/2012 de fecha 16/01/2012

«...es de todo punto imposible revisar una sentencia en la que se impone una pena privativa de libertad que también podría imponerse con la nueva normativa.

La Disposición Transitoria, no menciona ningún elemento de proporcionalidad y desde luego se aparta de una individualización ex novo.

La pena de 5 años era imponible antes y ahora y a pesar de eso, el Tribunal de instancia la revisó con un talante evidente de benevolencia. La imposición de la pena en su mitad superior o inferior ha de ser consecuencia de la concurrencia en el hecho de circunstancias modificativas o de otra norma que así lo prevea (v.g. delito continuado, concurso ideal de delitos, etc...), pero en ausencia de tales circunstancias, que son a las que se refiere la ley, la pena que ahora se ha impuesto de 4 años, es inamovible.

No existe concesión alguna a la proporcionalidad aritmética.

Cierto que esta Sala ha seguido una línea interpretativa vacilante, y puede ser habida alguna excepcional sentencia, que con pretensiones de una precisión equitativa, que la ley no ampara, reducir una pena, que sería imponible con la nueva legalidad. Pero la regla general es el mantenimiento de la pena, que según los preceptos reformados podría imponerse, habida cuenta de que debe quedar excluido en la comparación el arbitrio judicial.

Sólo excepcionalmente tal regla podría quebrar cuando, en hipótesis de varios condenados en una causa, por efecto de la revisión se produzcan agravios comparativos que constituyan un ataque directo al principio de igualdad (art. 14 de la Constitución Española). En tales casos y por razones constitucionales, distintas al principio de proporcionalidad, podría rebajarse la pena dentro del nuevo marco penal». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): circunstancias personales.

Recurso: Casación nº 10326/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1230/2011 de fecha 16/11/2011

«En recientes sentencias de esta Sala (32/2011, de 25 de enero; 242/2011, de 6 de abril; 292/2011, de 12 de abril; y 380/2011, de 19 de mayo, entre otras) se argumenta sobre tales criterios que las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo 21 CP (Sentencia 233/2003 de 21 de febrero); los jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos; la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Las circunstancias personales del delincuente -prosiguen diciendo las sentencias reseñadas- son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización punitiva. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de la regla 6ª del art. 66.1, sino de las restantes reglas (cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinhas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente; cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta,

puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Sentencia 927/2004, de 14 de julio)». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): circunstancias personales del delincuente: reincidencia.

Recurso: Casación nº 627/2011
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 1359/2011 de fecha 15/12/2011

«...la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuadora. Distinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la “escasa entidad”. En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado.

Por lo demás, la agravante de reincidencia seguirá operando, pero no en el ámbito del tipo penal básico, sino en el del atenuado, con lo cual se evitará que se active dos veces en perjuicio del reo: bloqueando la aplicación del subtipo y exacerbando la pena del párrafo primero del art. 368 del C. Penal.

Por todo lo cual, procede estimar el recurso de casación y acceder a la aplicación del subtipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 del C. Penal, imponiéndose en esta instancia la pena que se dirá en la segunda sentencia, con declaración de oficio las costas del recurso (art. 901 de la LECr.)». (F. J. Único)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): compendio doctrinal.

Recurso: Casación nº 1707/2011
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 506/2012 de fecha 11/06/2012

«El precepto vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, o menor culpabilidad-, y no la concurrencia de ambas (Sentencias 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad -circunstancias personales-). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la

atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis o 370. (F. J. 5º)

(...)

i) En todo caso el excurso anterior conduce a una consideración de interés: las circunstancias personales juegan un papel secundario en el art. 368.2º. La clave principal de la que debe arrancarse es de la **escasa entidad del hecho**. Si la conducta no admite de ninguna forma esa catalogación el debate ha de darse por zanjado y cerrada la posibilidad de aplicar el art. 368.2º, en el bien entendido de que algunos factores de carácter predominantemente subjetivo y que por tanto encajarían en el concepto “circunstancias personales” también en ocasiones indirectamente abonan que el hecho tenga menor “entidad”. Lo subjetivo es en muchos casos también un aspecto relevante del “hecho”. Precisamente por eso por vía de principio no se encuentra impedimento alguno para que los partícipes en un mismo delito no respondan en virtud del mismo título. Son imaginables supuestos en que uno de los coautores (por la consideración objetiva de su aportación; o sus móviles) se haga acreedor de la atenuación del art. 368.2º; y otro, en cambio, responda por el tipo ordinario (por su intención, su papel más protagonista, su habitualidad en la actividad; o incluso el obstáculo que surge de una circunstancia personal). (F. J. 7º)

El recorrido argumental anterior nos sitúa ante la pregunta básica a contestar para resolver el recurso del Fiscal: ¿podemos hablar de hechos de “escasa entidad”? Ya se ha dicho que en la vertiente subjetiva no se detecta ninguna condición que lo impida, aunque la Audiencia también podría haber destacado otros datos que sí serían negativos y que ahora no se van a tomar en consideración (contar con un trabajo retribuido, hace más injustificable la dedicación a la comercialización de droga: vid. STS 163/2012 de 13 de marzo).

La respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa en virtud de la cantidad de droga ocupada y la inexistencia de otros datos objetivos aptos para menguar la gravedad. Aunque se sustraiga del total ocupado la sustancia que presumiblemente pudiera estar destinada al propio consumo -esporádico, no se olvide- como sugiere la Audiencia, estaríamos ante una cantidad que en una primera aproximación repele la etiquetación del hecho como de “escasa entidad”. Como antes decíamos no se habla de “escasa cuantía”, pero si la cuantía no es nimia y no existe ningún otro factor que denote una menor antijuricidad, quedan cerradas las puertas del art. 368.2º.

No será frecuente que lleguen a casación con el actual diseño legal, casos en que sea el tipo básico del art. 368.1º en relación a sustancias que no causan grave daño a la salud y en que se suscite el debate sobre la aplicabilidad del párrafo segundo, por obvias razones derivadas de las normas sobre competencia objetiva para el enjuiciamiento de delitos. De hecho no existe ningún precedente jurisprudencial en el año y medio aproximado de vigencia de la norma. Pero sí se cuenta ya con un nutrido grupo de pronunciamientos que valoran esa circunstancia desde la perspectiva de sustancias que causan grave daño a la salud y que se centran básicamente en la cuantía para decidir la escasa entidad de la conducta. La proyección de la diversidad de cuantías según la sustancia de que se trate permite

considerar que los criterios que se vienen utilizando para otras sustancias (cocaína o heroína) adaptados al haschís, determinan la inadmisibilidad del subtipo atenuado.

En efecto si atendemos a las cifras que esta Sala ha fijado para graduar la cantidad de notoria importancia a los efectos del art. 369.1.5 (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001) y a partir de ellas realizamos los correctivos oportunos, tendremos que si 2.500 gr. de haschís es el peso que se corresponde con 750 gr. de cocaína o 300 gr. de heroína (pura en ambos casos); 190 gr. de haschís sería el equivalente aproximadamente a 57 gr. de cocaína; o a 22,8 gr. de heroína. Con pesos muy inferiores esta Sala ha rechazado el subtipo atenuado (por todas, SSTS 111/2012, de 6 de marzo, 323/2012, de 19 de abril, o 86/2012, de 15 de febrero). Podrá argüirse que son más lesivas para la salud la heroína o la cocaína. Pero eso ya está valorado por el legislador al diferenciar las penas del tipo básico. A los fines de decidir cuándo por su escasa cuantía el tráfico de haschís puede llevarnos al art. 368.2º, es un referente equilibrado esa ecuación: operar con los precedentes jurisprudenciales que serán mucho más frecuentes referidos a sustancias que causan grave daño a la salud y buscar las equivalencias partiendo de las cifras fijadas en relación al art. 369.1.5ª». (F. J. 8º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): doctrina general.

Recurso: Casación nº 2693/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1139/2011 de fecha 04/11/2011

«Los delitos contra la salud pública para los cuales está prevista esta especial atenuación (que se configura como subtipo privilegiado en función de las circunstancias que se exigen para su aplicación), son fundamentalmente el pequeño tráfico de sustancias estupefacientes a terceros, y la escasa posesión de tales sustancias preordenada a dicho tráfico.

Conviene señalar que en este tipo de atenuaciones, sumamente circunstanciales, que se fundamentan en la escasa entidad del hecho o en las circunstancias personales del culpable, los criterios generales son de difícil definición de manera apriorística.

Son dos los parámetros interpretativos: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. La jurisprudencia ha declarado que basta el primero y que, respecto al segundo, es suficiente que no actúe por desconocerse tales datos personales o bien constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto, su adicción a las sustancias estupefacientes, o su marginalidad social a causa de la funcionalidad del delito. Desde luego, que el subtipo atenuado no podrá apreciarse cuando el hecho no revista esa escasa entidad, en tanto este dato fundamenta la menor antijuridicidad de la acción, y también hemos declarado que las circunstancias personales serán todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al

mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas. No podrá aplicarse, en consecuencia, cuando la afectación del bien jurídico protegido tenga como causa o finalidad el mero enriquecimiento del agente, es decir, cuando sin padecer la condición de toxicómano, lleve a cabo actos de tráfico sin otro objetivo que el lucro en su comercialización, *profesionalizando* su conducta criminal. Para estos casos, lo procedente es aplicar el párrafo primero del art. 368 del Código Penal, que tipifica tal acción, fuera de las posibilidades privilegiadas que se permiten hoy en el párrafo segundo, sin duda referidas a supuestos no comprendidos en la norma general, de la que este subtipo es una excepción (“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior...”), que comprende un ejercicio de discrecionalidad reglada (“los tribunales podrán imponer la pena inferior...”), y que se justifica en datos objetivos (“en atención a la escasa entidad del hecho”) y subjetivos (“las circunstancias personales del culpable”), es decir, la antijuridicidad de la acción y el estrato o grado de culpabilidad del acusado, y que se dirige, finalmente, a la aplicación de un precepto con criterios de moderación penológica en atención a las circunstancias *del caso*». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): escasa entidad (MDMA).

Recurso: Casación nº 713/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 193/2012 de fecha 22/03/2012

«Acudiendo a nuestra reciente doctrina podemos apreciar que en la sentencia de esta Sala 38/2012, de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de ocupación al condenado de dos bolsas conteniendo una cantidad neta de “unos tres gramos de cocaína, aproximadamente”. En la sentencia 49/2012, también de 2 de febrero, se aprecia la aplicación del art. 368.2º en un supuesto de “venta de una papelina y aprehensión de cinco más”, con una cantidad bruta de 2’539 gramos de cocaína al 39’6% de pureza (peso neto 0’576 gramos). En la sentencia 52/2012, también de 2 de febrero, se aplica la escasa entidad en un supuesto de venta de dos bolsitas conteniendo cocaína y ocupación de otras cinco bolsitas en el domicilio, con un peso total de 3’5 gramos de cocaína con un porcentaje de pureza del 32’40% (1,134 gramos de cocaína pura), y en la sentencia 30/2012, de 23 de enero, se aplica el art. 368.2º en un caso de ocupación de una piedra de cocaína de 5’970 gramos con una riqueza del 24’55%, es decir 1’48 gramos de cocaína pura.

En la sentencia de esta Sala núm. 980/11, de 29 de septiembre, se analiza el recurso referido a un caso en el que la sentencia de instancia declara probado que el recurrente fue detenido cuando se disponía a vender varios comprimidos de MDMA a un tercero, que a su vez entregaría en pago 20 euros, arrojando al suelo, al percatarse de la presencia policial, dos bolsitas termo selladas conteniendo dos comprimidos cada una. En la sentencia de instancia no se contienen otros datos, ni referidos a los hechos ni tampoco a las circunstancias personales del acusado. Se trata, en consecuencia, de un supuesto muy similar al planteado en el presente recurso. La sentencia dictada por esta Sala estima que “*De los elementos*

disponibles se desprende la menor entidad del hecho, así como el carácter neutral de los datos referidos a las circunstancias personales, por lo que resulta de aplicación el párrafo segundo del artículo 368”.

Aplicando esta doctrina al caso actual procede acoger el motivo, por lo que es de apreciar la concurrencia de las circunstancias del art. 368.2º del Código Penal vigente, con estimación del recurso y casación de la sentencia impugnada, dictándose segunda sentencia en la que, con aplicación del referido párrafo segundo, se individualizará la pena dentro del nuevo marco señalado en dicha norma». (F. J. 5º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP): supuestos en que procede su aplicación.

Recurso: Casación nº 10832/2011 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 1368/2011 de fecha 20/12/2011

«Al respecto ha señalado esta Sala que procede la aplicación del mencionado tipo atenuado, en casos diversos, como cuando se trata de una vendedora de *dos papelin*as de cocaína que constituye el último escalón de venta al menudeo (STS 242/2011, de 6 de abril); o en el caso de *una* papelina de cocaína de 0´51 grs y concentración del 49´93 %, por importe de 30 euros (STS 298/2001, de 19 de abril); y también en el supuesto de venta de *una sola* papelina de cocaína de 0´090 grs y una concentración del 85´5%, con un valor en el mercado de 13´07 grs (STS 337/2011, de 18 de abril). E igualmente se ha puntualizado (STS 448/2011, de 19 de mayo), que *basta* la concurrencia de *uno* de los elementos señalados en el art 368.2, y la *inoperancia del otro*, para que se pueda aplicar el descenso de pena. (Cfr. STS nº 1323 /2011, de 7 de diciembre)». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: organización criminal (elementos).

Recurso: Casación nº 11795/2011 P
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 612/2012 de fecha 26/06/2012

«Es claro que se está en una situación cuantitativamente distinta de la mera codelinuencia. Basta recordar, que los elementos de la organización criminal para la aplicación del correspondiente subtipo agravado se integra por los siguientes -- SSTS 1003/2011; 207/2012 ó 579/2012, entre las más recientes--:

- Pluralidad de personas.
- Coordinación entre ellas y reparto de responsabilidades.
- Cierta jerarquía.

-Utilización de medios idóneos para el fin perseguido.

-Cierta estabilidad o permanencia, aunque sea de carácter transitorio, pero una estabilidad que se mantendría aunque se alternase o cambiase alguno de los elementos personales que integran la red.

Es obvio que en este caso se dan todos los requisitos debiéndose destacar la importancia de la red y de sus contactos de aprovisionamiento, a la vista de la importancia de la cantidad de droga ocupada.

Obviamente se está en presencia de una red clandestina definida por su opacidad y capacidad de destrucción de pruebas, por lo que no se pueden pedir organigramas o documentos propios de una organización que opere en la legalidad, pero es evidente que de la investigación llevada a cabo se deriva con una certeza más allá de toda duda razonable que se está ante una organización criminal que supera la mera codeincuencia.

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

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. Conducta impune: drogodependientes que obtienen la droga conjuntamente.

Recurso: Casación nº 566/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1152/2011 de fecha 07/11/2011

Sin embargo, al socaire del art. 368 del Código Penal, que el recurrente invoca como infringido, podemos ensayar una interpretación beneficiosa para el mismo, que sin citar de forma expresa, resume de sus argumentos. En efecto, se dice que ambos sujetos intervinientes en la consecución de la droga son consumidores y no le falta razón, si bien entre ellos se establece una relación muy singular. Para obtener la droga ambas personas, el mandante del encargo y el mandatario, con el fin de satisfacer su adicción, uno contribuye con dinero y otro despliega la actividad dirigida a la obtención de la sustancia tóxica deseada, participando en un objetivo común. Ambos se conciertan para obtener la droga y la consiguen porque ambos son consumidores, y por ende su conducta es impune.

De no entenderlo así, el que encomendó la gestión al acusado recurrente también debió ser imputado, juzgado y condenado, porque en última instancia facilitó el consumo a un drogadicto, entregándole parte de la droga comprada, es decir, como pago de la gestión le facilitó una porción de droga para que la consumiera (favorecimiento del consumo). Esta insólita interpretación del suceso nos permite concluir, que sin apartarse del tenor de los hechos probados, ambos obtuvieron la droga para consumirla, dada su condición de drogodependientes con mayor o menor adicción, y por tanto no merece ninguno de ellos la consideración de traficantes o facilitadores de la droga, cuando ambos, de acuerdo con sus medios, la obtuvieron para el propio consumo (autoconsumo), como lo indica la cantidad escasa o poco relevante de la misma.

El motivo, aunque por razones distintas de las expuestas en el recurso, debe merecer la estimación, por lo que al no reputar el hecho enjuiciado delictivo, huelga el análisis de los restantes». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de precursores, lo absorbe el tráfico de drogas.

Recurso: Casación nº 10854/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 940/2011 de fecha 27/09/2011

«Se considera "precursor" toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia. Los precursores son utilizados como reactivos, disolventes o catalizadores en los distintos procesos químicos necesarios para la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Se definen tres categorías de sustancias químicas catalogadas o sujetas a fiscalización, que se identifican con los mismos 1, 2 y 3 en función del grado de control a que ha de ser sometido el producto por parte de los órganos de inspección e investigación; en la "categoría 1" se incluyen sustancias químicas tales como la edefrina, la ergometrina, la ergotamina, el esosafitol, el piperonal, el safrol y la noroefedrina entre otras. En la "categoría 2" se incluyen el anhídrico acético, el ácido antranílico, el ácido fenilacético, la piperidina y el permanganato potásico entre otros. Por último en la "categoría 3" se incluyen la acetona, el éter etílico, el tolueno, el ácido sulfúrico y el ácido clorhídrico.

Pues bien el llamado delito de tráfico con precursores constituyó una de las novedades de las reformas realizadas por L.O. 8/92 con la introducción del art. 344 bis g en el antiguo CP 1973. El art. 1.10.1 de la ley de contrabando define como "precursor" las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20-12-1988 y cualquiera otras adicionales al mismo convenio o en otros futuros convenios ratificados por España.

El tipo básico del artículo 371 CP 1995 castiga " *el que fabrique, transporte, constituya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20-12-1988, como el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan en otros futuros convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para estos fines* ", por lo que constituye realmente un acto preparatorio punible del delito del art. 368, en cuyo ámbito, podrían encontrar acomodo dichas actividades.

Las STS 14-4-99 y 26-3-2001 afirman que el tipo delictivo es de mera actividad puesto que el elemento objetivo se realiza por el mero medio de tener en propio poder los equipos, materiales y sustancias referidas, en el que el dolo no solo cubre la acción típica, sino otras a las que sirve de antesala o propósito a esto se refiere el precepto cuando exige para la integración del tipo que el poseedor actúe a "sabiendas".

No estamos ante un delito de sospecha porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación, es un tipo en el que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de los actos meramente preparatorios, adelantando las barreras de intervención penal, así como la posesión de drogas es punible cuando va acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o fabricación de drogas.

Contrario con lo expuesto es que si el poseedor de sustancias o productos considerados como "precursores" está a su vez, integrado en un grupo organizado dedicado a la elaboración y distribución de la sustancia estupefaciente, siendo su papel dentro del grupo, precisamente el suministro de aquellos productos, el delito del art.371, como acto preparatorio, queda absorbido. por el delito absorbido del ar. 368 Código Penal, en virtud del artículo 8, CP como aconteció en el caso presente a la que fueron intervenidos más de 14 kg. de cocaína.

EL motivo, por lo expuesto, debe ser desestimando». (F. J. 38º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Atipicidad de los hechos.

Recurso: Casación nº 1225/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 212/2012 de fecha 09/03/2012

«4.- Tampoco la interpretación desde la perspectiva del bien jurídico nos lleva a coincidir con el criterio del Tribunal de instancia.

La rúbrica bajo la que se encuadra el tipo penal sugiere que la razón de ser de la sanción penal es otorgar esa protección a los derechos del ciudadano extranjero. Desde luego la identificación de ese bien protegido por el artículo 318 bis no es de fácil. El obligado deslinde con la tipificación del artículo 311 y ss del Código Penal obliga a prescindir de los derechos de orden laboral como el objetivo de esta protección de la inmigración clandestina.

Pero, por otra parte, si el comportamiento atribuido al sujeto activo de este delito se dirige inequívocamente a procurarle al ciudadano extranjero un estatuto que supere los gravámenes que el ordenamiento administrativo vincula a la situación ilegal del extranjero, no parece razonable pensar que aquella conducta vulnere los derechos del ciudadano extranjero.

Por eso, en el caso de la sanción penal de determinados comportamientos, caracterizados por mejorar, de conseguir su resultado, dicho *status* del extranjero al que se refieren, no puede decirse que se dirija a proteger aquel bien jurídico que predica la rúbrica del título en el que se encuadra el artículo 318, bis. Muy al contrario, en tal caso la intervención sancionadora no tiene otra justificación que la de proteger la regulación de los flujos migratorios. Pero es dudoso que tal objetivo debe ser protegido en todo caso penalmente, ni siquiera que esa sea la finalidad de la norma penal en todo caso.

De ahí que en nuestra Jurisprudencia no falten las resoluciones que recuerdan la necesidad de atemperar la referencia a la protección del flujo inmigratorio con la exigencia de empeoramiento del estatuto del ciudadano extranjero. Decíamos en la reciente Sentencia nº 1378/2011 de 14 de diciembre: *El desarrollo del motivo hace necesario recordar que como hemos dicho en STS 378/2011 de 17-5, con cita de las sentencias 1238/2009, de 11-12, 1087/2006, de 10-11, y 1465/2005, de 22-5, el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, "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 similar 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 intereses 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".*

Y reiterando doctrina anterior se advierte que: *el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable.*

Por ello, en la medida que de los hechos probados no deriva la constatación de perjuicio alguno de los ciudadanos extranjeros en cuanto a sus derechos y obligaciones, el comportamiento tampoco puede entenderse tipificado en el apartado 1 del artículo 318 bis del Código Penal». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. No concurre.

Recurso: Casación nº 925/2011
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 1378/2011 de fecha 14/12/2011

«Es cierto que durante el tiempo que duraban los trámites administrativos, el acusado tenía trabajando a extranjeros sin permiso de trabajo y residencia, lo que, por regla general constituiría una infracción muy grave del art. 54.1 de LO 4/2000, sancionada con multa de 6001 a 60.000 euros.

Consecuentemente nos encontramos ante una situación irregular pues los extranjeros habían entrado como turistas por un plazo de tres meses y en tal situación comenzaban a trabajar en los restaurantes del acusado, sin que la legalización estuviese acordada, sino solo en trámite, pero que no debe subsumirse, sin más, en el tipo delictivo del art. 318 bis CP.

En efecto, hemos de partir de que el citado art. 54.1.b LO 4/2000, redacción dada por Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, considera infracción muy grave "inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito". Por consiguiente, para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para que los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. Así hemos dicho en STS 147/2005 y 569/2006 de 19-5 que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10-11- el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable o como dice la STS 635/2007 de 2-7, en su art. 318 bis 1 *"se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, **proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales** (STS 1465/2005, de 22-11, y 1304/2005, de 19-10)".*

Plus de antijuricidad que no se constata en la actuación del acusado Francisco G. En efecto, tal como ya hemos indicado, en los hechos probados se recoge que contrataba a cocineros extranjeros, contactando con ellos bien desplazándose a sus países de origen, bien telefónicamente a través de extranjeros que ya se encontraban en Gran Canaria, pero que trabajaran en sus restaurantes especializados en comida brasileña, mejicana y tailandesas de Las Palmas, les

pagaba el billete de avión para su entrada en España con un permiso de estancia de 3 meses, durante los cuales trabajaban a prueba e iniciaba los trámites para regularizar su situación en España mediante la concesión de los permisos de trabajo y residencia lo que tenía lugar con carácter habitual se destaca en el "facum" - y con más condiciones laborales -sueldo entre 900 y 1250 euros y alojamiento gratuito los tres primeros meses -sin que conste, pasado ese tiempo, continuaban en esas condiciones de alojamiento: Edvin y su mujer Jandira, en un apartamento de la plazoleta de Los Betancores; Janio en un piso de la c/ Galileo n X; y Adelardo en un piso en la Plazoleta Farray-, que, más allá de su propia situación de ilegalidad, la cual traía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la Seguridad Social, no suponían un perjuicio, supresión o limitación de sus derechos laborales, ni atentaban contra su dignidad humana (ver STS 208/2010, de 18-3; 1471/2005, de 12-12; 1390/2004, de 2-11, en relación con el delito del art. 312-2CP).

El motivo, por lo expuesto, debe ser desestimado». (F. J. 3º)

DELITO DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. Tipo y participación delictiva.

Recurso: Casación nº 835/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 199/2012 de fecha 15/03/2012

«Este tipo penal es un delito especial propio cuya autoría queda restringida a quien tiene la condición de Autoridad o funcionario público y que, por razón de dicho cargo, ponga en peligro concreto el bien jurídico de la imparcialidad al intervenir en asuntos determinados o bien resulte un peligro abstracto para dicho bien porque el funcionario estuviera destinado o dependa del centro directivo u oficina en que aquellos asuntos se "tramiten, informen o resuelvan". Se trata de un delito de mero peligro que no requiere la lesión de ese bien jurídico. Y, menos aún, de otros bienes jurídicos como la indemnidad del patrimonio público.

El comportamiento tipificado consiste en el desarrollo, por sí o por persona interpuesta, de actividades profesionales o de asesoramiento, precisamente en esos mismos determinados asuntos y lo haga "bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares". Sin que la antijuridicidad de tal incompatibilidad resulte excluida en virtud de alguna Ley o Reglamento.

El tipo no exige la producción de ningún resultado, salvo que por tal se tenga la producción de aquel peligro, quedando consumado desde el momento de realización de tal actividad. Por ello no requiere ni la obtención de beneficios económicos en el sujeto activo ni que se deriven perjuicios para la Administración en la que está encuadrada su función. Menos aún se exige perjuicio para terceros.

Pues bien, la descripción del hecho probado, cuando en sus páginas once a catorce -recibiendo el hecho imputado en el apartado A de la conclusión primera de la acusación pública-, además de otros datos innecesarios, recoge que D.

Joaquín R. F. desempeñaba simultáneamente las actividades públicas y privadas que describe, deja establecido el total supuesto fáctico del citado delito.

En efecto aquella actividad privada, profesional, como apoderado y gestor de la sociedad Majo SXXX SL, recaía en asuntos en los que había de intervenir por su responsabilidad política y que, en todo caso, se tramitaban en la entidad pública de la que dependía como miembro de la Corporación.

La absolución por el delito de malversación aleja cualquier cuestión concerniente a la eventual existencia, o exclusión, de un concurso de normas. Lo que elimina el obstáculo puesto en la recurrida para la punición por este otro delito de negociaciones prohibidas.

6.- En cuanto a las personas criminalmente responsables ninguna duda cabe suscitar en cuanto al acusado D. Joaquín R. F. Al mismo se atribuye la directa materialización de los actos típicos que hemos indicado.

La cuestión se suscita en orden a establecer la posibilidad de participación en el delito de personas en las que no concurre la condición del sujeto especial indicado en el tipo penal.

(...)

Ahora bien, para que la infracción de ese deber lleve a imputar al partícipe por no haber impedido la comisión del delito del otro, ha de estarse al canon que establece el artículo 11 de nuestro Código Penal, que con acierto invoca el acusado D- Lluç T. M. Aquel juicio normativo requiere que exista ese deber específico de actuar y que su infracción *sea equiparable según el sentido de la ley* a la comisión activa del delito. Pero, en todo caso, aún antes, ha de concurrir un presupuesto típico: que el delito del que se determina la responsabilidad sea de la categoría de los **delitos de resultado**. Ninguna de esas circunstancias concurre cuando del delito del artículo 441 del Código Penal se trata, y, además, **no puede tampoco predicarse un deber específico del Alcalde dirigido a evitar actividades privadas** del sujeto al que atribuye la condición de delegado de determinadas funciones.

Si, por razones diferentes de la infracción del deber de garante al que acabamos de referirnos, se pretendiera justificar el regreso al comportamiento del Alcalde para imputarle el delito constituido por el ejercicio de actividades privadas del Concejal, habría de acreditarse como probado que la conducta que, en la actuación de su autónoma responsabilidad, adoptó dicho Alcalde estaba determinada, de manera inequívoca en el caso concreto, por el designio de hacer posible el acto del otro (cooperación necesaria) o favorecer accesoriamente, con medios fungibles, dicho acto ajeno (complicidad).

Ya hemos dejado expuesto como el hecho probado, y más abiertamente la fundamentación jurídica con alcance descriptivo, excluyen que este acusado tuviera protagonismo alguno en la estrategia delictiva de sus coacusados, al menos inicialmente. Y, además, en todo caso, dada la naturaleza del acto constitutivo del tipo penal imputado, el desarrollo de esas actividades privadas del sujeto activo

queda fuera de cualquier posible interferencia o aportación determinante del Alcalde.

Finalmente, la previa absolución del Alcalde por este delito exigiría para imponerle la responsabilidad penal como cooperador, una reelaboración del hecho probado que, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta, es incompatible con las exigencias del derecho de defensa en el ámbito de esta casación en la que dicho acusado no pudo ser oído personalmente.

Por ello hemos de rechazar el motivo en cuanto solicita la condena de este acusado.

7.- Por el contrario los actos que se declaran probados respecto de la coacusada D^a María del Amor resultan de una disponibilidad que solamente ella controla. Es ella la que, confiriendo el apoderamiento formal, o inhibiéndose de hecho ante la gestión que efectivamente llevaba a cabo D. Joaquín R. F., hizo posible el desenvolvimiento por éste de la actividad profesional que constituye el tipo penal.

Por ello, hemos de estimar el motivo en cuanto a tal acusada, con las consecuencias que fijaremos en la sentencia que dictaremos a continuación de esta de casación». (F. J. 22º)

DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Asociación Hammerskin España (HSE).

Recurso: Casación nº 623/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1396/2011 de fecha 28/12/2011

«... en el *factum* se recogen, de forma clara expresiones tales como:

a) Que todos los recurrentes forman parte "*...de una asociación denominada Hammerskin España -HSE- la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad y por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisionismo, que sienten propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos....*".

b) Se dice quienes ocupan puestos relevantes en dicha asociación, y que todos los condenados recurrentes son miembros de pleno derecho a excepción de José Manuel Q. y Fabián P. que son "*miembros en perspectiva*", pero todos tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

c) Que propagan la supremacía de la raza blanca impulsando el odio y la violencia utilizando como medios de difusión los conciertos de música, citando al grupo O. del que dos recurrentes forman parte.

d) Se citan las revistas El Martillo y Extremo a través de las cuales se expanden sus ideas racistas aunque tales revistas tengan una apariencia de publicaciones de contenido musical.

e) Para la venta y difusión de las publicaciones y discos HSE utiliza dos apartados de correos cuyos titulares que se citan también son recurrentes.

Habrà de convenirse desde un mínimo rigor intelectual que ante esta descripción que en resumen se ha hecho de lo que con más detalle consta en el *factum*, no puede cuestionarse que se está ante una de las asociaciones a las que se refiere el art. 515-5º Cpenal, y que los recurrentes forman parte de la misma, con independencia de que dos de ellos sean "*prospects*" ya que todos coadyuvan a los fines de la asociación, y con independencia de que algunos tengan específicos cometidos a causa de concreta actuación y responsabilidad, unos confeccionando la página web, otros encargados de las ventas por Internet, otros de tesorería, seguridad, etc. etc.

La sentencia de instancia analiza la naturaleza de HSE en el F.J. decimoquinto --folios 154 y siguientes--, donde se estudian con detenimiento el contenido documental de los anexos que se citan en referencia a los efectos que les fueron ocupados a los recurrentes en los respectivos registros e igualmente, la Sala ha observado toda la documentación que conforma los anexos uno a veintisiete que se encuentran en el Tomo VII de la instrucción, folios 2120 a 2285. Tanto los textos y documentos ocupados como las banderas y demás efectos ocupados son tan explícitos en cuanto que ensalzan la doctrina nacionalsocialista, promoviendo el odio y el racismo y xenofobia que sobra cualquier argumentación adicional, y lo mismo puede decirse de las fotos obrantes en las actuaciones en las que aparecen algunos de los recurrentes con toda la liturgia nazi, debiéndose rechazar algunas objeciones en relación a la letra de las canciones de Odal --folios 2155 a 2162-- se dice que se desconoce el autor de las transcripciones, tal alegación carece de toda virtualidad si se tiene en cuenta que obra en las mismas el sello del Servicio de Información de la Guardia Civil, siendo funcionarios de dicho servicio quienes la han efectuado, careciendo de relevancia la identidad de las mismas, como ocurre también en las transcripciones de las intervenciones telefónicas, en las que no suele aparecer la identidad de los agentes. Lo relevante son los discos ocupados siendo las letras de los folios indicados mero medio de facilitación.

En definitiva, se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011 de 10 de Mayo denominada "*Skin Heads Blood and Honour España*" que promueve el odio o la violencia, o inciten a ello. Es tan patente el "*discurso del odio*" que predica HSE que incluso el término "*odio*" aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes --Javier Barroso--, en la foto obrante al folio 2143. En relación al "*discurso del odio*", STS 224/2010 de 3 de Marzo, en relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

En este control casacional se coincide con los razonamientos que le llevaron a dicha calificación que, por lo razonado, no puede ser cuestionado en esta

sede casacional en el ámbito del motivo séptimo formalizado por la vía del *error iuris*.

Se incurre en causa de inadmisión, que en este momento opera como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo». (F. J. 2º)

DELITO DE ATENTADO. Delimitación de los posibles sujetos pasivos del delito. Concepto de “función pública”.

Recurso: Casación nº 972/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1125/2011 de fecha 02/11/2011

«El sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos.

La jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS nº 1292/2000, de 10 de julio; STS nº 68/2003, de 27 de enero; STS nº 333/2003, de 28 de febrero y STS nº 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública, y aquella participación en las funciones públicas puede serlo -como expresa la STS 22-4-2003- tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública". Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto «nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo». Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se

reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos.

2. En cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

(...)

3. La jurisprudencia ha considerado que participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento debe ser considerado funcionario público, el Presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales, (STS nº 1590/2003); el asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería, (STS nº 1544/2004, de 23 de diciembre); un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados”, (STS nº 576/2002, de 3 de setiembre), precisándose más adelante en esta Sentencia que “su función, como dispensador de productos médicos a través de la Seguridad Social, ya central, ya autonómica, le hace merecedor de esa consideración funcional definida en el artículo 119 del Código Penal de 1973 en cuanto tal función la ejercía por la simple designación como Farmacéutico Titular, con todos los beneficios y todas las obligaciones que tal cargo supone”; un médico de la Seguridad Social, (STS nº 2361/2001, de 4 de diciembre), considerando que “dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública”, recordando esta sentencia además, que “la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, y, entre las de recientísima fecha, cabe citar la de 7 de noviembre de este mismo año 2001”; los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, citando la STS de 10-10-1997, en la que

esta Sala ha considerado que ostentan la calidad de funcionarios públicos, en tanto que dicho “Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” (STS nº 789/2001, de 10 de mayo).

En otras ocasiones, ya en relación con delitos de atentado, la STS de 26 de febrero de 1991 confirmó la condena por atentado contra un Catedrático de Universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido. Y la STS de 22 de julio de 1988, por atentado contra funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria; en la STS nº 1183/1993, de 20 de mayo, confirmando una condena por dicho delito de atentado, se consideró funcionario público a la víctima, médico de la Seguridad Social, argumentando que la “actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15-11-1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15-6-1979 y 7-4-1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del -antiguo- Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal”. En la STS de 7 de abril de 1981 que se cita en la anterior, declaraba de forma terminante que “... legalmente funcionario público es el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas (art. 119) siendo el Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública”. Y la STS nº 876/2006, de 6 de noviembre, antes citada, confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

4. De lo expuesto se desprende el carácter de función pública que cabe reconocer desde el punto de vista penal a la prestación de los servicios sanitarios públicos.

(...)

6. Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Código Penal. Cabe plantearse si el delito de

atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador.

Las objeciones que pueden hacerse es que aún aceptando que el personal sanitario del servicio del 061 tenga la condición de funcionario, se niega que participe en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de esta clase. Y en segundo lugar porque el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad.

El primer aspecto encuentra respuesta en las consideraciones efectuadas con anterioridad. Como ya se ha dicho, las disposiciones legales vigentes, especialmente las contenidas en la Ley 14/1986, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, ponen de manifiesto la existencia de toda una serie de actuaciones relacionadas con la protección de la salud pública, como finalidad reconocida en el citado precepto constitucional, que son encomendadas a los poderes públicos quienes actuarán a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2 CE), estando reguladas por normas de carácter administrativo, a las que asimismo quedan sujetos quienes las prestan. Por lo tanto, debe ser considerada como una función pública a los efectos penales.

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública, excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado. Sin embargo, tal distinción no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en que consiste la prestación asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica.

La segunda cuestión ha de relacionarse con las particularidades del caso concreto. En el hecho probado se establece que cuando llegó al lugar una dotación sanitaria de urgencias para atender a Josefa, y la acusada, tras permanecer al principio en calma, se interpuso entre los enfermeros y la herida, impidiéndoles que la atendieran debidamente, llegando a atacar a una de ellos, María Consuelo... a la que arrancó un mechón de pelo, empujando al otro, José Víctor... cuando trató de separarle.

Por lo tanto la conclusión ineludible es que la acusada conoce que la actividad prestada por la dotación sanitaria de urgencias no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.

Y respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de denigrar o desconocer el bien jurídico protegido -el normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos, como ya hemos señalado en motivo precedente "va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido", entendiéndose que quien acomete o agrede conociendo la condición del sujeto pasivo "acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por **dolo directo de segundo grado**, matizaciones que "la presencia de un animus o dolo específico puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con acción la ofensa o menoscabo 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 funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio queda vulnerado por causa de su proceder (STS 231/2001 de 15-2)». (F. J. 6º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Blanqueo por imprudencia grave.

Recurso: Casación nº 366/2011

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1137/2011 de fecha 02/11/2011

«3. En el caso, el tribunal de instancia razona que solo existen datos de que ambos entraron en contacto unos ocho meses antes de ser detenidos en enero de 2009, a pesar de lo cual entiende que el recurrente estaba en condiciones de representarse que Alí no tenía actividad laboral, dada su forma de comportarse. Afirmando finalmente que el recurrente podía saber o al menos representarse la actividad ilícita de Alí R.

Sin embargo, no se menciona en la sentencia ningún dato que acredite que el recurrente conoció la actividad delictiva de Alí o que resulte tan significativo por su propia naturaleza que necesariamente le condujera a suponer que el dinero no

podía tener otro origen que el delictivo. De esta forma, no queda acreditado de forma suficiente que conociera el origen del dinero a los efectos del tipo doloso.

No obstante, la conducta consistente en adquirir un vehículo para de forma inmediata entregarlo a un tercero para que proceda a su utilización exclusiva resulta intrínsecamente sospechosa respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real, y no se ha aportado por el recurrente ninguna razón para justificarla. Si Ali solicitó al recurrente que figurara como titular del vehículo que adquiriría el primero, si entre ambos no existía ninguna relación que explicara tal decisión y si, además, no le constaba al recurrente el desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada por parte de Ali, era claro el riesgo de contribuir a una operación de blanqueo de capitales mediante la ocultación de la identidad del propietario del bien adquirido, por lo que la aceptación de la operación, sin realizar actuación alguna de verificación de su legalidad, al menos en el campo de lo mínimamente exigible a cualquiera, es constitutiva de imprudencia, que debe ser considerada grave al haberse omitido cualquier clase de cautela.

En consecuencia, se estiman los motivos y se dictará segunda sentencia absolviendo al recurrente del delito doloso y acordando su condena como autor de un delito imprudente». (F. J. 3º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. Prueba indiciaria.

Recurso: Casación nº 2467/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1283/2011 de fecha 29/11/2011

«Desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, señala la 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).

Sobre el modo en que debe analizarse la prueba indiciaria en esta modalidad delictiva y los parámetros e indicios que deben ser considerados, existe también una doctrina, ya consolidada en esta Sala, que se origina en la STS núm. 755/1997, de 23 de mayo, y se reitera en las de 15 de abril de 1998 núm. 356/1998 y 9 de mayo de 2001, núm. 774/2001.

Así se indica que "en los supuestos en que la acusación se formula por delito de *blanqueo* de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes (art. 546

bis f, Código Penal 73; Art. 301.1.2 Código Penal 95, los indicios más determinantes han de consistir:

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

b) En segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

c) En tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas".

En el caso que nos ocupa, el Tribunal de instancia, como expresa en los fundamentos jurídicos de la sentencia, la participación en los hechos de este recurrente resulta de la declaración de Faisal, el coimputado, que sí lo manifiesta, "admitió haber recibido dinero de Adnan" al que no conocía por ese nombre sino el de Murat; de la testifical de los funcionarios de policía que afirmaron haber visto a los dos condenados juntos, narrando las visitas que se realizaban, la llegada y el intercambio de una bolsa. Esas visitas se corresponden con las anotaciones que han sido intervenidas y a las que nos hemos referido en el anterior fundamento. Respecto al conocimiento de la procedencia ilícita del dinero el tribunal lo infiere de la prueba indiciaria que valora, entre ellas la existencia en proceso penal contra él, del que fue absuelto, y la relación con su hermano, condenado por el delito contra la salud pública. En la vivienda se interviene una balanza de precisión. Además tiene en cuenta las declaraciones de Faisal y el propio recurrente que manifiesta conocer a Faisal de tomar café "en varias ocasiones", cuando no tenían trabajo y reconoce que se hacía llamar Murat, cuya documentación falsa fue intervenida.

La inferencia del tribunal sobre el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero es razonable y parte de una relación con actividades delictivas referidas al tráfico de drogas, pues el que haya sido absuelto no supone que no haya tenido relaciones con esa ilícita actividad, como resultan de las investigaciones realizadas, en las que sí ha intervenido su hermano con el que se relaciona y al que ha visitado en prisión; las entregas de dinero a Faisal, que es condenado por el delito de blanqueo de dinero al transferir el dinero procedente de la ilícita actividad y según resulta de sus declaraciones, las de Faisal, y las del acusado quien manifiesta conocerlo, además de las anotaciones que se corresponden con las vistas realizadas.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima». (F. J. 4º)

DELITO DE COHECHO. Consumación.

Recurso: Casación nº 1624/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 126/2012 de fecha 28/02/2012

«2. En cuanto a las demás cuestiones, debe señalarse, en primer lugar, que el delito de cohecho no precisa de la ejecución del acto que se pretende que el funcionario corrupto lleve a cabo. Si efectivamente lo ejecuta, se tratará de hechos distintos que pueden ser sancionados separadamente, como expresamente prevé el artículo 419, tanto en la redacción vigente al tiempo de los hechos como en la vigente en la actualidad. De otro lado, el planteamiento del recurrente sería extensible a la prevaricación administrativa cuando el acto injusto requiera una resolución, lo que no impediría la aplicación del artículo 420 cuando no fuera así. En referencia a la redacción vigente al tiempo de los hechos, es posible que el acto injusto sea constitutivo de delito al llevarse a cabo mediante el dictado de una resolución injusta, y también lo es que se trate de un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no requiera que se dicte una resolución, lo cual permite la aplicación diferenciada de los artículos 419 y 420 en relación con el 446, todos del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo de los hechos.

En el caso, para hacer efectiva la libertad de los imputados era necesario dictar una resolución delictiva por su injusticia, lo cual permite la aplicación de ambos preceptos». (F. J. 11º)

DELITO DE COHECHO. Elementos.

Recurso: Casación nº 1087/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 186/2012 de fecha 14/03/2012

«a) El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS 27.10.2006). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay, que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho afirma la STS 31.7.2006 es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función. Así, en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

El cohecho pasivo es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta la dádiva, presente ofrecimiento o promesa. Cuestionándose en el caso presente la cualidad de funcionario, la jurisprudencia, STS 1030/2007, de 4-12 y 1125/2011 de 2-11, ha señalado, que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento

de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS nº 1292/2000, de 10 de julio; STS nº 68/2003, de 27 de enero; STS nº 333/2003, de 28 de febrero y STS nº 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública, y aquella participación en las funciones públicas puede serlo -como expresa la STS 22-4-2003- tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad (STS 4.12.2001).

(...)

b). En cuanto STS 2.11.2011 al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Así, en la STS nº 1292/2000, se dice que “lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública”. En la STS nº 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública”. También en este sentido la STS nº 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS nº 866/2003, de 16 de junio,

se entendió que lo “verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos”.

En la STS nº 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que “la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas”.

c)- En relación al ejercicio del cargo, no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho antes petición pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de ese acto en el ejercicio de su cargo. (S. 504/2003, de 2-4).

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado». (F. J. 1º)

DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES. Subtipo agravado del art. 189.3. d).

Recurso: Casación nº 456/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 184/2012 de fecha 09/03/2012

«El segundo motivo, inaplicación indebida del artículo 189.3.d) C.P., suscita el alcance de la violencia física o sexual aplicada al material pornográfico que represente a niños o incapaces. Tiene razón la acusación cuando sostiene la necesidad de diferenciar una y otra violencia "no solo como el medio empleado para acceder al contacto sexual, sino dentro de la relación misma, y sin que por violencia sexual pueda entenderse, al menos exclusivamente, una subespecie de la denominada violencia física".

Es cierto que nuestra jurisprudencia no es excesivamente explícita en la aplicación de este subtipo, aunque las S.S. citadas en el desarrollo del motivo (30/2011, 1098/2010 o 674/2010, no 647) apuntan ciertas consideraciones en este sentido, como la desproporción entre los órganos sexuales del autor y su víctima. En cualquier caso la violencia sexual tiene un componente físico que no se dirige directamente a doblegar la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo sino que debe situarse en la esfera de una conducta sexual en sí misma desproporcionada, anormal o excesiva. Violencia es la cualidad de violento y este es un adjetivo que se aplica tanto a quien actúa sin comedimiento, a las cosas fuertes o intensas, a lo que va contra la tendencia o condición naturales, las acciones que suponen una agresión física o moral o incluso a situaciones incómodas. Aplicado ello a los actos sexuales no puede significar otra cosa que lo ya apuntado más arriba: comportamientos alejados de la tendencia o condición natural de los mismos, acciones fuera de todo comedimiento, imágenes especialmente fuertes e intensas. Pues bien, aplicado ello a los menores, se justifica la agravación cuando la desproporción es tan evidente como en el caso de autos, criterio ya apuntado en alguno de nuestros precedentes, tratándose de una niña de cuatro años penetrada vaginal y analmente en repetidas ocasiones por un pene adulto en erección y rotulador o similar, con independencia que durante la ejecución no aparezca el rostro de la niña, lo que afectaría además a su intimidad, y no se observe el empleo de fuerza física por parte del adulto, que sería violencia física, como se describe en el factum. Por último, la estimación del segundo motivo en todo caso excluye la del primero porque siendo el mismo hecho probado no es posible agravarlo doblemente tomando la violencia sexual como contenido típico exclusivo, absorbiendo la calificación del hecho como degradante o vejatorio, lo que no sucedería necesariamente en el caso contrario». (F. J. 5º)

DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Participación de extraño en delito especial. Aplicación del art. 65.3 CP.

Recurso: Casación nº 1674/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 641/2012 de fecha 17/07/2012

«El Ministerio Fiscal señala que estamos ante una detención ilegal cometida por funcionario con abuso de sus funciones, prevista en el artículo 167 del Código Penal, delito especial en relación a la detención común tipificada en el artículo 163 del mismo texto legal, y el ahora recurrente es un particular cooperador de ese delito especial. Así las cosas, se pregunta si el particular debe responder por el delito común del artículo 163 o por el delito especial del artículo 167. La Audiencia se inclina por la primera de las opciones invocando una sentencia 2/1998,

de 29 de julio, si bien cuando se dictó esa sentencia todavía no se había introducido en el Código Penal el artículo 65.3. Es significativa la distinción ya que de inclinarlos por esta segunda opción (colaboración con detención cometida por funcionario) tendría repercusión en la pena a imponer. Se partiría de la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta pero con posibilidad de rebajarla en un grado –art. 65.3- lo que llevaría a una pena privativa de libertad comprendida entre dos años y seis meses y cuatro años, once meses y veintinueve días y una inhabilitación absoluta también reducida en un grado (entre cuatro y siete años, once meses y veintinueve días), pena que resultaría inferior a la que correspondería de aplicar el tipo común del artículo 163.

Estas razones, unido a que sería factible hacer uso de la posibilidad que brinda el artículo 65.3 del Código Penal, en cuanto se parte de una cooperación necesaria realizada por un *extraneus* a un delito especial, deben ser atendidas y procede en consecuencia la aplicación del artículo 167 y, en este caso, del artículo 65.3 del Código Penal, con la reducción de la pena correspondiente». (F. J. 4º)

DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL E INTEGRIDAD MORAL. Caso “Alakrana”. Dolo de autor: requisitos para su extensión a otros copartícipes.

Recurso: Casación nº 11164/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1387/2011 de fecha 12/12/2011

«...la detención de los dos acusados fue un incidente no previsto por los secuestradores que surgió como un hecho nuevo que exacerbó los ánimos de estos y derivó en una conducta sin duda degradante y vejatoria para con los marineros secuestrados. Este comportamiento revanchista, vindicativo y coactivo por parte de los secuestradores que permanecían en el barco no puede atribuirse a los dos acusados que ya estaban detenidos en ese momento, pues se trató de una conducta que se inició cuatro o cinco días después del abordaje del barco, como reacción a la detención de sus compañeros y que no había sido planificada ni preparada con ocasión de convenir o acordar el abordaje y el secuestro de la tripulación.

Tal como ya se ha advertido anteriormente, una vez acreditada la planificación del secuestro y su alargamiento en el tiempo hasta que se consiguiera el correspondiente rescate, no puede cuestionarse la participación de los dos acusados como cooperadores necesarios en la agravación punitiva del secuestro debido a su extensión durante 47 días, toda vez que figuraba necesariamente dentro del plan delictivo que la detención de los tripulantes del barco pesquero se dilatará en el tiempo hasta conseguir el rescate. Por lo cual, concurre en los dos acusados el doble dolo del cooperador necesario sobre el subtipo agravado de secuestro aunque los recurrentes no intervinieran en el secuestro a partir del tercer día en que ya fueron detenidos.

En cambio, no puede decirse lo mismo de una incidencia como la acaecida con motivo de la detención de los acusados y de la reacción ante ello de los secuestradores.

No cabe, por tanto, atribuir la coautoría de los dos acusados en estos actos decididos *ex novo* y relativos a un comportamiento atentatorio contra la integridad moral de las víctimas, mediante los cuales los secuestradores pretendían hacer frente a la contingencia surgida de repente en el curso de la ejecución de la actividad planificada.

No resulta factible, en consecuencia, asumir el argumento de la Sala de instancia cuando afirma que *“incluso aunque los acusados ya no estaban en el atunero, aunque materialmente no dispararan por encima de las cabezas de los tripulantes, aunque no se burlaron ni se rieran de ellos por el pánico que veían en sus caras, el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores”*. Pues no consta probado que lo planificado fuera vejar y degradar con actos graves a las personas secuestradas con el objetivo de obtener el rescate. Ello se ejecutó no para conseguir el fin de lucro previsto y planificado en la operación del abordaje y secuestro del barco, sino con el objetivo de que fueran liberados los dos secuestradores detenidos por la fragata española.

Partiendo de la doctrina de esta Sala de que actúa con dolo eventual quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, demuestra aceptación o, cuando menos, indiferencia acerca del resultado, no puede afirmarse que los dos acusados cuando planificaron el secuestro y materializaron parte de su ejecución conocieran que estaban generando un peligro concreto para la integridad moral de las víctimas, ni tampoco que asumieran que estas fueran sometidas a un trato degradante que entrañaba un plus cualitativo sobre las conminaciones y vejaciones que resultan inherentes al propio acto del secuestro. Fueron actos ajenos a la conducta proyectada y que en modo alguno eran necesarios, connaturales o inherentes a la acción del secuestro, sino que surgieron de improviso ante una contingencia con la que, en principio, no contaban los secuestradores.

Por lo cual, se comparte el criterio seguido por la acusación pública de no imputar en la instancia a los dos acusados los 36 delitos contra la integridad moral por los que fueron finalmente condenados a instancia de una de las acusaciones particulares.

Se estima, pues, parcialmente este segundo motivo con las consecuencias que se especificarán en la segunda sentencia con respecto a la exclusión de la condena por los delitos contra la integridad moral, declarándose de oficio las costas ocasionadas con su impugnación (art. 901 de la LECr.)». (F. J. 2º)

DELITO DE INCENDIO. Peligro o riesgo actual para las personas (art. 351.1 CP): doctrina.

Recurso: Casación nº 11591/2011 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 24/2012 de fecha 26/01/2012

«Lo que requiere el precepto aplicado (art. 351,1 Cpenal) es que, contando con un fuego eficazmente producido y ya haciendo presa en determinados materiales combustibles, el desarrollo y el avance del mismo tenga como efecto posible la afectación a alguna o algunas personas, cuando menos en su integridad física. Es decir, que estas sean puestas en una situación de cierta proximidad a sufrir los efectos de aquel.

En este sentido, se requiere que el fuego alcance una entidad que le dote de patente aptitud destructiva, por su capacidad de difusión. De la que, por ejemplo, cabe decir, carecería el producido en el rellano de una escalera, en un entorno de elementos no combustibles. Pero es claro que el que aquí interesa no fue de este género, aunque el recurrente trate de dar particular relieve al hecho de que en la parte de la puerta pudo ser sofocado por los vecinos, pues lo cierto es el mismo, entonces, ya se había propagado —según el plan de su autor— en el interior de la casa afectada, que resultó invadida por el humo, que salía a la calle en abundancia. Y se sabe que fue precisa la intervención de los bomberos para extinguirlo, y antes la evacuación del inmueble.

El recurrente juega, en el plano interpretativo, con las gradaciones del riesgo personal, para negarlo, que es a lo que equivale propugnar la opción contemplada en el párrafo segundo del precepto de referencia. En efecto, pues este remite al art. 266 Cpenal, que a su vez lo hace al art. 263 del mismo texto, que habla de “daños en propiedad ajena” ocasionados “mediante incendio”. Es decir, de los que, por razón del contexto, hubieran estado desprovistos de la capacidad de incidir física y materialmente sobre las personas.

No es el caso. Y por eso no vale el ejemplo del recurrente cuando trata de asimilar el peligro generado aquí para los ocupantes de las viviendas del entorno con el que el comercio con drogas ilegales pudiera deparar a la salud pública. Porque la salud pública es una categoría abstracta y el riesgo contemplado pensando en ella, y a esa escala, más bien teórico. Pero en el supuesto de esta causa se trató de seres humanos bien concretos, cuya cotidianeidad se vio directamente perturbada por la presencia del fuego; y si tuvieron que ser desalojados no fue por cumplir un trámite burocrático, sino en aplicación de una máxima de experiencia bien contrastada que abona suficientemente el hecho de que el fuego, en el contexto de una vivienda que contiene abundantes materiales inflamables, cuenta con bien conocida capacidad de propagar sus efectos destructivos en el entorno más inmediato, en este caso, el de las viviendas contiguas, y sobre sus moradores.

En el diccionario se define el peligro como contingencia inminente de que suceda algún mal; donde inminente es lo que amenaza con carácter actual. Pues bien, a tenor del contexto de la acción inculpada, no puede sino concluirse con la sala de instancia que el incendio ocasionado por el recurrente puso en esa clase de riesgo la integridad de algún número de personas, que objetivamente resultaron amenazadas por el fuego. Y el motivo tiene que desestimarse». (F. J. 2º)

DELITO DE MALTRATO EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Parientes no convivientes: falta del art. 617.1 CP.

Recurso: Casación nº 1676/2011
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 288/2012 de fecha 19/04/2012

«La cuestión reside, por tanto, en dilucidar si en el caso de que la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo. La dicción del art. 173.2, al que se remite el art. 153.2 C.P. no es, ciertamente, un ejemplo de claridad. Allí se contemplan varios grupos de sujetos pasivos: a) al que sea o hubiere sido "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia". b) Los "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad". Y c) menores o incapaces que convivan con aquél o que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

De los del apartado a) el legislador los considera sujetos pasivos "aun sin convivencia"; los comprendidos en el apartado c) necesitan que "convivan", o se encuentren integrados en el núcleo de su "convivencia familiar". De los del grupo b) nada se especifica, por lo que inevitablemente esa indefinición genera la duda de la necesidad de que la víctima "conviva" o se integre en el grupo de personas donde se desarrolla la "convivencia familiar", y es bien sabido que no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma en contra del reo.

Por ello, la alegación del Fiscal debe ser estimada, máxime cuando viene avalada por la STS de 16 de marzo de 2007, según la cual lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo- admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los "descendientes, ascendientes o hermanos" sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 C. Penal.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del C. Penal de 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la L.O. 14/1999

mantenía la misma exigencia; y fue la L.O. 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de "violencia de género".

La estimación del motivo conlleva la casación de la sentencia impugnada, debiéndose dictar otra por esta misma Sala en la que se absuelva por el delito tipificado en el art. 153.2 C.P. y se condene a la acusada por una falta del art. 617.1 C.P. a la pena de dos meses de multa con cuota diaria de 25 euros y con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago establecida en el art. 53 C.P. Esta sanción es justa y equitativa atendiendo a la especial gravedad del hecho, por cuanto la víctima no es cualquier "otro", sino la madre de la acusada, octogenaria y enferma y que la agresión que sufrió se repitió varias veces, todo lo cual produce un sentimiento de repulsa en la ciudadanía, de la que emana la justicia que se imparte por los órganos jurisdiccionales del Estado, que debe ser castigada de acuerdo con la antijuridicidad del hecho punible y el reproche que merece». (F. J. 14ª)

DELITO DE MALTRATO HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Principio acusatorio.

Recurso: Casación nº 822/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 168/2012 de fecha 14/03/2012

«No es ocioso recordar que la STS de 27 de junio de 2003 al analizar una sentencia que condenaba al acusado por delito de violencia doméstica, recurrida también por alegada infracción del principio acusatorio, señalaba que en el caso que nos ocupa, nos enfrentamos ante un comportamiento delictivo que, por sus especiales circunstancias, no puede agotarse en una acción concreta y en un sólo resultado causal. Se trata de examinar una historia de desencuentros, agresiones y violencia física y psíquica, en el seno de una relación matrimonial, que no se puede reducir a un relato sintético, cuando lo que se persigue es una reiterada y constante actuación agresiva, que pueda incardinarse en el tipo delictivo del artículo 153 del Código Penal. El citado precepto contempla una agresión continuada, que afecta no sólo a la integridad física sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de pareja, se ve sometida, por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima.

Las acusaciones relataron, sin ánimo exhaustivo, la parte esencial de la imputación. La descripción pormenorizada de los detalles de la conducta agresiva y humillante hubieran convertido el relato en una dramática narración literaria, que se habría apartado de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 650, exige, solamente, escoger los hechos que, por su contenido, sean suficientes para sustentar una calificación delictiva». (F. J. 2º)

DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. Requisitos.

Recurso: Casación nº 491/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1094/2011 de fecha 27/10/2011

«Repasa el recurrente los elementos que deben concurrir para subsumir los hechos en el tipo penal aplicado: 1) que solo puede ser cometido por Autoridad o funcionario público, o personas asimiladas del art. 435 citado; 2) que tenga a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos de que se trate; 3) que éstos han de ser necesariamente de carácter público; 4) que la acción consista en sustraerlos o consentir que otros los sustraiga; 5) que exista en el autor el ánimo de lucro exigido expresamente por el art. 432 citado; 6) que la comisión sea dolosa. Tal como ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia 248/2003, de 18 de febrero.

Admite el recurrente la concurrencia de todos estos componentes del delito a excepción del ánimo de lucro y del dolo en la conducta del autor de los hechos. Respecto del primero, sostiene el motivo ninguna prueba existe sobre el destino del dinero y que este fuera utilizado por el acusado para fines propios o de terceros.

A lo que cabe responder que, articulado el motivo por "error iuris", los Hechos Probados mencionan literalmente "los 127.505,65 € que el acusado distrajo en su propio beneficio", que es una perfecta expresión del ánimo de lucro. Por otro lado, es doctrina tradicional que no puede obligarse a la administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios, pues sería casi siempre una prueba imposible (véase STS de 22 de febrero de 2.006). También hemos declarado que el ánimo de lucro que se recoge en el párrafo primero del precepto no exige necesariamente un enriquecimiento personal del autor. Y, en relación con el elemento subjetivo del dolo, es reiterada la jurisprudencia que requiere únicamente un dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que el dinero o los objetos sustraídos pertenecen a la Administración y constituyen por tanto, caudales o efectos públicos (entre otras, STS de 18 de febrero de 2010).

En otro orden de cosas, la propia actuación del recurrente, tratando de justificar la sustracción -término que equivale a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (SS.T.S. 15-05-1999; 18-02-2003; 22-01-2004 y 24-11-2008)- con argumentos tan peregrinos como que: 1) 46.000 € que corresponden a 230 billetes de lotería de Navidad del sorteo del año 2008, que supuestamente jugaba anualmente la directiva del mercado central de Zaragoza, quedó olvidado en la caja fuerte de la administración de loterías 54; 2) que 44.000 € corresponden a deudas de lotería de cinco personas; 3) el resto dice "que se mandó por Seur a sus clientes de fuera de la lotería que tienen fijada todo el año así como parte del dinero que estaba en mi administración" (folio 43 de las actuaciones).

A lo que el Tribunal sentenciador replica que en cuanto al apartado primero es una simple manifestación de parte de la que no aporta prueba alguna, pero en el hipotético supuesto de ser cierto, ni se devolvió la lotería ni se abonó a la L.A.E. antes del sorteo de Navidad; respecto del apartado segundo, en el plenario al ser

preguntados los citados, todos menos el Sr. Martín C., niegan que le deban nada y que asimismo que no reconocen la firma de los documentos exhibidos (lo que evidentemente llevó consigo la comisión del delito de falsificación como se dirá). Y en cuanto al citado Sr. C., lo único que reconoce deber es una serie de lotería de un sábado que según su criterio no supera los 120 €. Finalmente en cuanto al apartado tercero no se aporta prueba alguna que lo justifique». (F. J. 2º)

DELITO DE PIRATERIA INTERNACIONAL. Naturaleza.

Recurso: Casación nº 11164/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1387/2011 de fecha 12/12/2011

«La pretensión de la parte recurrente de que se le aplique el art. 616 ter del C. Penal, establecido en la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, solo puede entenderse como un error de la defensa, toda vez que en modo alguno le resulta favorable la aplicación de tal precepto.

La nueva norma dice así: *“El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.*

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

Por consiguiente, al aplicarle a los acusados el nuevo precepto serían castigados, además de por los delitos por los que ya lo han sido en la sentencia recurrida, por un delito a mayores de piratería que conlleva una pena de 10 a 15 años de prisión, pena que habría de sumarse a los 439 años de prisión que se les impuso a ambos acusados como coautores de los delitos de secuestro de 36 personas, atentado contra la integridad moral contra el mismo número de víctimas, asociación ilícita y robo con violencia e intimidación.

La única explicación que tiene la petición de la parte —puesto que su alegación se muestra ayuna de todo argumento— es que interprete que el nuevo tipo penal de piratería absorbe los delitos ejecutados contra los bienes personales de las víctimas; de modo que el castigo del primero con una pena de prisión de diez a quince años embebería o desplazaría la imposición de los 439 años de prisión correspondientes a los delitos que fueron objeto de condena en la instancia.

Se trata, obviamente, de una interpretación inasumible, toda vez que el delito de piratería entraría en concurso real con los restantes delitos contra bienes individuales de las víctimas, tal como se refleja en el segundo párrafo del nuevo precepto, cuando advierte que *“la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.*

El nuevo tipo penal de piratería es un delito contra la comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual distinto de los bienes individuales que se tutelan en los tipos penales por los que han sido condenados los recurrentes en la sentencia de instancia. Dado lo cual, es patente de que en el caso de que se asumiera la tesis de la defensa el acusado no solo resultaría penado por los delitos que ahora se cuestionan sino también por otro de nueva implantación en la última reforma del texto punitivo. De ahí que la tesis de la defensa resulte inacogible». (F. J. 2º)

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS. Doctrina. Diferencias con la inmigración ilegal.

Recurso: Casación nº 1687/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 385/2012 de fecha 10/05/2012

«2. En la exposición de motivos de la **LO 5/2010, de 22 de junio**, por la que se modifica el C.Penal de 1995, se afirma en el epígrafe XII que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, concluye diciendo la exposición de motivos de la LO 5/2010, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.

Así pues, con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: “De la trata de los seres humanos”).

El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad.

Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina.

Por último, el nuevo texto del art. 313 del C. Penal, precepto relativo a las migraciones laborales, suprime el apartado 1 de la redacción anterior a junio de 2010, dejando ahora un solo apartado con la siguiente dicción: «El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior».

Se suprime, pues, en el art. 313 la referencia a la “inmigración ilegal” y se acude ahora a la expresión de “la emigración” ejecutada a través de medios determinados: con simulación de contrato o colocación o usando otro engaño semejante. Sin que pueda entenderse que la supresión de la palabra “inmigración” suponga su exclusión de la regulación de la norma, que simplemente se ha simplificado en su redacción, comprendiendo ahora tanto una como otra, ya que se atiende a la emigración desde la perspectiva del sujeto pasivo. Ello significa que bajo la palabra “emigración” se cobijan los supuestos en que los traslados de personas se realizan desde España o con destino a España, suprimiéndose también en el nuevo texto la referencia específica a la Unión Europea.

La inmigración laboral como tipo específico debe por tanto aplicarse en los casos en que la emigración afecte a los derechos del individuo como trabajador y no afecte a los derechos que le corresponden como persona, deslinde de no fácil verificabilidad en la práctica, dada la interconexión y coimplicación que generalmente concurre entre ambas modalidades de derechos. De ahí los complejos problemas concursales que pueden aflorar en los supuestos enjuiciables.

Las dificultades interpretativas se incrementan debido a la elevada pena prevista en el art. 318 bis (de 4 a 8 años de prisión), punición que se vería

acentuada de forma desproporcionada en el caso de apreciar un concurso de delitos entre los tipos penales del art. 313 y del 318 bis del C. Penal». (F. J. 5º)

DELITO DE USURPACIÓN. Doctrina.

Recurso: Casación nº 10365/2011 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1045/2011 de fecha 14/10/2011

«El tipo del art. 401 CP tiene la misma redacción que el art. 470 del código anterior que, a su vez, repetía el texto del art. 483 del CP 1870, en ambos casos formando parte de un título especial referido a los llamados delitos contra el estado civil de las personas; lo que pone de relieve la doble naturaleza de esta irregular norma penal: su aspecto falsario y constituir un atentado contra un bien de carácter personal, el estado civil.

(...)

La conducta típica gira en torno al verbo "usurpar". Hay que entenderlo como "*quitar a uno lo que es suyo*" o "*arrogarse algo de otro*", en este caso el estado civil.

(...)

Constituyen elementos configuradores del delito:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22-1-2002; 29.9.2000, 30.4.94).

b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal- no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7; 283/2006, 9-10. Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas –

materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (“títulos oficiales”, “actos propios de una profesión”, etc) son los que han de servir de complemento exegético al mismo – se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente- que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial. (F. J. 10º)

La doctrina sentada en las STS 12-11-2001 y 1-4-2003 y TC 283/2006 y 181/2008 no señaló que el R.D. 127/84 fuese inadecuado para integrar la remisión normativa incluida en el tipo penal de intrusismo, desde la perspectiva formal de no ser adecuada para cumplimentar dicho tipo por su carencia de rango de ley exigido en el art. 36 CE, pues tal cuestión, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de cumplimiento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE. Baste recordar, a estos efectos que como reiteradamente, ha afirmado el TC “la reserva de ley, que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos”, sino porque tal Real Decreto no establece una delimitación rigurosa genérica acerca de cuáles son los atributos competenciales privativos de ejercicio profesional que, por tanto, impedía cumplimentar el contenido del elemento típico requerido por el delito de intrusismo, al no recoger un elenco de las actividades médicas que cabrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su art. 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter.

Situación que no ha cambiado con la Ley 44/2003 de 21-11, que sigue sin tener un catálogo de actos propios de cada especialidad médica, tal es así en su Exposición de Motivos – como señala la sentencia recurrida- establece: “la necesidad de resolver con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión. Por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente, y que en su art. 16 “Junta de Especialistas en Ciencias de la Salud, tras señalar en el apartado 1 que corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y de la Organización u organizaciones colegiales que correspondan, el establecimiento de los títulos de especialistas en Ciencias de la Salud, así como su supresión o cambio de denominación, en el apartado 2 que el título de especialista tiene carácter de oficial y validez en todo el territorio del Estado, en el apartado 3 se limita a precisar que

“sin perjuicio de las facultades que asisten a los profesionales sanitarios citados en el art. 6.2 y 7.2 de esta Ley, ni de los derechos reconocidos por norma legal o reglamentaria, a quienes se encuentran habilitados para desempeñar plaza de especialista sin el correspondiente título, **la posesión de título especialista será necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados**”. Por lo tanto al igual que acaeció con el Real Decreto 127/84 para determinar el contenido de la prohibición, se deberá acudir en primer lugar a la Ley 44/2003 y descender después hasta las resoluciones administrativas reguladoras de los planes de formación para concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente – en este sentido el art. 17 de la Ley al regular la expedición del título de especialista- entre los requisitos que contempla, en el apartado B que señala el “acceder al sistema de formación que le corresponda, así como completar éste en su integridad de acuerdo con los programas de formación que se establezcan...”.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado sin que la pretensión del recurrente de que se aplique el apartado 2 del art. 403 “atribuirse públicamente la cualidad profesional amparada por el título referido” (Médico Especialista en Ginecología) subtipo agravado sancionado con pena de prisión de 6 meses a 2 años, pueda ser aceptada.

En efecto, sin perjuicio del posible concurso de normas que podría producirse con el delito del art. 401 en cuanto el recurrente no solo se atribuyó “la condición de ginecólogo sino que, al menos, en algunos casos, lo hizo haciéndose pasar por una persona concreta que sí tenía su título, concurso de leyes que se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta sanitaria 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”, y que se resuelve con arreglo al art. 8-4 CP, de manera que los hechos serían castigados con arreglo al art. 401, sancionado con mayor pena – 6 meses a 3 años- (STS 1182/2005, de 29-11, - esta especial cualificación agravatoria viene determinada, según la Doctrina, por la incardinación más directa en la estructura de las falsedades.

El sujeto además de ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título, se atribuye públicamente la cualidad de profesional. Esta forma falsaria viene a sobreañadirse a la actividad intrusa.

El verbo nuclear de la conducta es el de **atribuir**. La atribución ha de ser **pública**. Ha de hacerse de la cualidad de profesional amparada por el **título referido**. Todo lo precedente, la atribución pública por el acusado de la cualidad de profesional amparada por el título señalado, necesita, en razón del adverbio **además** que se ejerzan actos propios de la cualidad profesional. De forma que si no se comete la infracción recogida en el apartado 1º no es posible la comisión de ese subtipo agravado, y la simple asignación personal de la cualidad profesional, sin actos propios de la misma, no configura esta tipología, aunque podría ubicarse, en su caso, en la falta del art. 637 CP». (F. J. 11º)

DELITO SOCIETARIO. Administrador de derecho y administrador de hecho.

Recurso: Casación nº 731/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 286/2012 de fecha 19/04/2012

«Es claro que la figura del administrador de derecho no resiste dificultad alguna por tratarse de un concepto claramente delimitado por la legislación y la doctrina. El administrador de derecho es aquél que ha sido nombrado de acuerdo con la normativa correspondiente societaria, constanding así, pública y registralmente en toda la actividad de la sociedad concernida.

Sin embargo en relación a la figura del administrador de hecho su relevancia penal es clara en la medida que el legislador, en estos delitos societarios ha ampliado el círculo de los posibles autores para incluir también a los administradores de hecho como ocurre en el caso del delito que se comenta (que se reitera en los arts. 293, 294 ó 295, aplicándose en este último incluso a los socios).

En sede doctrinal, se han dado hasta tres concepciones del administrador de hecho.

En una primera posición se puede estimar al administrador inicialmente de derecho pero cuyo nombramiento adolece de alguna irregularidad, como serían los supuestos de nombramiento no aceptado, defectuoso, no inscrito o caducado, no obstante se objeta que las funciones del administrador pueden ser ejercidas de facto no solo por el administrador irregular, sino por un tercero que utiliza como testaferro a quien formalmente aparece como administrador.

Una segunda posición estima, precisamente como administradores de hecho a aquéllos que, de hecho, ejercen realmente las funciones de administración, tanto frente a los administradores de derecho como frente a los administradores irregulares, se trataría de la persona que *"está detrás"* del aparente administrador y que, de hecho, controla la sociedad a través del administrador aparente que sería una mera pantalla.

Una tercera solución, parte de la consideración de que el concepto de delito especial no está vinculado con la delimitación del autor sino con la fundamentación instrumental de la posición de garante.

Como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos, el que nos ocupa del art. 290 Cpenal, son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento.

La STS 59/2007 de 26 de Enero, estima como administrador de hecho *"....quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad,*

ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa....", y por su parte, en el mismo sentido la STS 816/2006 de 26 de Junio, nos dice que "...se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales...."». (F. J. 2º)

DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 293 CP.

Recurso: Casación nº 1393/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 532/2012 de fecha 26/06/2012

«Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los artículos 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones "maliciosa" y "reiteradamente" que figuraban en el proyecto), pero si una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala (TS de 26 Nov. 2002), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información. Y se expresa que el tipo objetivo de esa conducta típica tiene un elemento negativa o impeditivo al ejercicio de los derechos de información y participación en la gestión o control de la actividad social y un elemento normativo consistente en la no existencia de causa legal que lo justifique.

Y esos elementos y los que describen las sentencias de esta Sala a las que se ha hecho mención no resultan del hecho probado que expresa el carácter familiar de la sociedad, la manera informal en la que era llevada, ciertamente sin cumplir con los requisitos legales sobre la llevanza de las cuentas. Esa informalidad la refiere el hecho probado a la convocatoria de las juntas y a la información suministrada. Pero también se relaciona, fundamento cuarto de la sentencia, que esa informalidad en la llevanza de la sociedad se desarrollaba con la armonía de todos los socios, sin que hubiera problemas entre los socios. Concluye afirmando que esa forma de llevar la sociedad fue consentida y tolerada por todos los socios, lo que es difícilmente compatible con el tipo penal en que se trata de tutelar al socio que ve perjudicado e ineficaz en sus derechos sociales frente a la administración de la sociedad». (F. J. 2º)

DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA. Absorbe el delito de tenencia ilícita.

Recurso: Casación nº 78/2011

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 947/2011 de fecha 21/09/2011

«1. El delito de tenencia ilícita de armas y el de tenencia de armas de guerra son infracciones de peligro abstracto, que no requieren para su consumación más que la disponibilidad sobre el arma o armas de que se trate. La regulación legal no contempla expresamente una agravación de la pena en función del número de armas que se posean, salvo cuando se trata de armas reglamentadas en las que la posesión de un número mayor de cinco constituye ya no tenencia sino depósito, como figura de mayor gravedad. La posesión de cuatro armas reglamentadas no constituye, pues, más que un solo delito. Cuando se trata de depósito de armas de guerra, la ley parte de que la tenencia (fabricación o comercialización) de una sola arma (“de cualquiera de ellas”) ya constituye el delito, sin que la posesión de dos o más armas suponga una agravación de la conducta que dé lugar a una nueva infracción, sino, en todo caso, a una individualización de la pena que la sitúe en una extensión superior. Es claro, pues, que si la tenencia de dos armas de guerra no supone la existencia de dos delitos de depósito, sino de uno solo, quedando absorbida la tenencia de la segunda en la de la primera, lo mismo debe ocurrir cuando la segunda arma poseída no es un arma de guerra.

La cuestión ya se planteó en alguna otra ocasión ante esta Sala que entendió que “...el depósito de armas de guerra no es una acción independiente de la tenencia de un arma que no ostente dicha calificación. Por el contrario, la gravedad de la pena prevista para el depósito absorbe también el ilícito de menor gravedad de la tenencia simple de otras armas”. (STS nº 919/1996).

2. En el caso, al recurrente se le ocupan en distintos lugares y, según se afirma, a su disposición, una pistola y un fusil. Para la configuración del delito de depósito de armas, como se acaba de decir, es suficiente la posesión del fusil, sin que la posesión de otra arma pueda dar lugar a un nuevo e independiente delito susceptible de sanción independiente.

En consecuencia, de acuerdo en este aspecto con el dictamen del Ministerio Fiscal, el motivo se estima y se dejará sin efecto la condena por el delito de tenencia ilícita de armas». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Comunicación Abogado-defendido.

Recurso: Causa Especial nº 20716/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 79/2012 de fecha 09/02/2012

«2. El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado

conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso.

En este marco, los principios de contradicción e igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción, de manera que ésta solo podría operar en ejercicio del poder judicial dadas determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado.

El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. No se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.

En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado en cuanto a la persecución y sanción de las conductas delictivas, solo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de derecho. Nadie discute seriamente en este marco que la búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia.

3. Directamente relacionados con la defensa y la asistencia letrada, aparecen otros aspectos esenciales para su efectividad. De un lado, la confianza en el letrado. El TC ha señalado (entre otras en STC 1560/2003) que “la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal”. En este sentido, STC 196/1987, la privación del derecho a la designación de letrado, consecuencia de la incomunicación, solo puede aceptarse por el tiempo y con las exigencias previstas en la ley.

De otro, la confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, resulta un elemento esencial (STEDH *Castravet contra Moldavia*, de 13 de marzo de 2007, p. 49; y STEDH *Foxley contra Reino Unido*, de 20 de junio de 2000, p. 43). En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Viola contra Italia* (61), se decía que “...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (Sentencia S. contra Suiza de 2 noviembre 1991, serie A núm. 220, pg. 16, ap. 48). La importancia de la confidencialidad de las entrevistas entre el acusado y sus abogados para los

derechos de la defensa ha sido afirmada en varios textos internacionales, incluidos los textos europeos (Sentencia Brennan contra Reino Unido, núm. 39846/1998, aps. 38-40, TEDH 2001-X)".

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, señaló que "la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario", aunque supeditó tal beneficio a dos requisitos: "...por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral".

En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia. En la primera de las sentencias antes citadas, *Castravet contra Moldavia*, el TEDH afirmó en este sentido que "...si un abogado no fuera capaz de departir con su cliente y recibir instrucciones de él sin supervisión, su asistencia perdería gran parte de su utilidad, teniendo en cuenta que el Convenio pretende garantizar derechos prácticos y efectivos"

(...)

5. Además, sufrirían reducciones muy sustanciales otros derechos relacionados. En primer lugar, el derecho a no declarar. La comunicación con el letrado defensor se desarrolla en la creencia de que está protegida por la confidencialidad, de manera que en ese marco es posible que el imputado, solo con finalidad de orientar su defensa, traslade al letrado aspectos de su conducta, hasta llegar incluso al reconocimiento del hecho, que puedan resultar relevantes en relación con la investigación. Es claro que el conocimiento de tales aspectos supone la obtención indebida de información inculpatoria por encima del derecho a guardar silencio. En estos casos, la prohibición de valoración de lo ya conocido no es más que un remedio parcial para aquellos casos en los que, justificada la intervención con otros fines, el acceso haya sido accidental e inevitable, pero de esa forma no se elimina la lesión ya causada en la integridad del derecho.

En segundo lugar, el derecho al secreto profesional. Concebido como un derecho del letrado a no revelar los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa (artículo 416 de la LECrim y 542.3 de la LOPJ), opera también como un derecho del imputado a que su letrado no los revele a terceros, ni siquiera bajo presión. El conocimiento indebido del contenido de las comunicaciones entre ambos, pues, dejaría en nada este derecho.

En tercer lugar, el derecho a la intimidad. La relación entre el imputado y su letrado defensor se basa en la confianza, de forma que es altamente probable que estando el primero privado de libertad traslade al segundo cuestiones, observaciones o preocupaciones que excedan del derecho de defensa para residenciarse más correctamente en el ámbito de la privacidad, que solo puede ser invadido por el poder público con una razón suficiente.

6. No se trata, por otra parte, de derechos absolutos. El TEDH, en la Sentencia Viola contra Italia, de 5 de octubre de 2006, señaló que "...el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Se trata de saber en cada caso si, a la luz del conjunto del procedimiento, la restricción privó al acusado de un proceso equitativo".

Pero sus posibles restricciones, que no siempre son aceptables en la misma medida, requieren, según la interpretación que el TC ha hecho de la Constitución y el TEDH del Convenio, del cumplimiento suficiente de, al menos, tres exigencias. En primer lugar, una previsión legal suficiente, (en este sentido, STC 196/1987 y otras muchas), que en nuestro ordenamiento, en tanto que ley de desarrollo de un derecho fundamental, debe respetar en todo caso su contenido esencial (artículo 53.1 CE). En segundo lugar, una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad. A este aspecto se refieren la STEDH de 2 noviembre 1991 Caso S. contra Suiza y la STEDH de 31 enero 2002 Lanz contra Austria. Y en tercer lugar, en nuestro Derecho, una autorización judicial, regulada en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el TC, aunque su forma y características admitan algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción.

(...)

8. Se han traído a colación los casos en los que se intervienen comunicaciones de un sospechoso y entre las que son grabadas aparecen algunas con su letrado defensor, o aquellos otros en los que existiendo indicios de actuación criminal contra un letrado o letrados, se intervienen sus comunicaciones personales o las de sus despachos, y entre las conversaciones mantenidas aparecen algunas con sus clientes relativas al ejercicio del derecho de defensa. A estas se ha referido en alguna ocasión la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la STS nº 2026/2001, FJ 9, en la que se decía que "El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes".

Pero son supuestos diferentes al aquí examinado, porque en ambos casos se trata de intervenciones generales de las comunicaciones telefónicas, de manera

que, siendo imposible conocer de antemano el contenido, la afectación de la defensa es accidental.

Mientras que en el caso que se examina lo que se ha acordado es una intervención específica de las comunicaciones interno-letrado, que incluyen indefectiblemente las mantenidas con el letrado defensor y, por lo tanto, relativas con alta probabilidad al ejercicio del derecho de defensa. En segundo lugar, porque en aquellos casos se trata de comunicaciones telefónicas, mientras que aquí se examina el supuesto de comunicaciones presenciales desarrolladas en un ámbito absolutamente controlable desde la Administración. Y en tercer lugar, porque en el caso aquí examinado, era posible diferenciar de antemano las comunicaciones con la defensa de las mantenidas con otras personas, de manera que nada impedía dejar a salvo el derecho de defensa no acordando la intervención de aquellas». (F. J. 7º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Contradicción. Lectura de declaración testigo sin asistencia letrado imputado: no posibilidad de valoración.

Recurso: Casación nº 1237/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 125/2012 de fecha 29/02/2012

«Pues bien en el supuesto sometido a nuestra revisión casacional, fue la propia Sala de instancia la que, tratándose de un testigo protegido, cuyos datos personales, por tanto, solo eran conocidos por el instructor, de forma tajante declara en la sentencia que el instructor debió, dadas las características del testigo: extranjero y sin arraigo en este país, al amparo del art. 448 LECrim, citarlo de nuevo, adoptando las previsiones necesarias por tratarse un testigo protegido, para que prestara declaración en presencia del letrado defensor, a fin de que éste pudiera someter a contradicción su testimonio.

Pronunciamiento correcto pues, como precisó la STS 238/2009 de 6.3 las características de aquel testigo protegido cabía inferir fácilmente una seria dificultad de asegurar su presencia en el acto del juicio, no se hizo uso de la opción consagrada en esos preceptos —que podría muy bien haberse dado— de manera que, realmente, en ningún momento de la causa ha llegado a darse la posibilidad de efectiva contradicción de los acusados, ahora condenados, con los testigos de cargo.

A tenor de lo que expresivamente se razona en la STS 192/2009, de 12 de febrero, el dato de la nacionalidad y las circunstancias de las denunciadas de esta causa prefiguraba un supuesto paradigmático de preconstitución de prueba, en el que tendría que haberse procedido necesariamente conforme al art. 777,2º Lecrim; al ser perfectamente previsible la eventualidad de la falta de localización y consiguiente imposibilidad de asistencia al juicio. Que es lo que hace que tal ausencia —como también se explica en la misma sentencia que acaba de citarse— no pueda atribuirse a un factor de los que habilitan para acudir al expediente del art. 730 Lecrim, pues no se trató de la emergencia de un verdadero imponderable, sino, simplemente, de la concurrencia de un supuesto con el que, en términos de

experiencia corriente, podría y tendría que haberse contado, y, por pura imprevisión indisculpable, no se contó.

Y en términos similares la STS 788/2010 de 22.9, declaró que “según nos enseña la experiencia acumulada en esta clase de episodios, no cabe poner en duda que a la vista de las circunstancias...una mínima prudencia y diligencia hubiera hecho advertir al Juez de instrucción de la altísima probabilidad de que no acudiera a declarar al juicio oral, por lo que, en relación a la incriminación de los acusados realizada por aquella...hubiere debido citarla de comparecencia tras la detención y puesta a disposición (de los acusados)...para que depusiera sobre tales acusaciones a presencia de los letrados defensores de éstos, de manera que pudieran ejercer debidamente su derecho de defensa mediante el interrogatorio contradictorio de aquella”.

En el caso actual no se hizo nada, cuando pudiera haberse hecho, máxime cuando el testigo protegido tenía domicilio conocido en España. Ni siquiera se intentó en ese momento procesal esa citación por lo que no cabe admitir que una nueva declaración sobre los hechos que imputaba a los ahora recurridos, no hubiese sido factible.

(...)

En definitiva una cosa es que formalmente se dieran las previsiones del art. 730 LECrim – que la presencia del testigo fuere imposible o de muy difícil asistencia por haber fallecido o encontrarse en ignorado paradero o fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia y habiendo quedado acreditado que el tribunal agotó razonablemente, – las posibilidades para su localización y citación- y otra muy distinta que aquella declaración cumpla con todos los requisitos exigidos constitucionalmente para ser valorada como prueba de cargo, entre ellos el objetivo que se haya garantizado la contradicción, que la defensa haya podido intervenir eficazmente en dicha diligencia ejerciendo su derecho a interrogar al testigo, pero – como concluye en STS 788/2010 de 27-9 “no es legal ni constitucionalmente posible para fundamentar una sentencia condenatoria, sustituir la declaración del testigo de cargo en el juicio oral, en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción, por otros medios probatorios que no respeten tan esenciales garantías, sean estos la lectura de las declaraciones sumariales de aquél...”

En similar dirección el TS SS 187/2003, de 27.10; 12/2002, de 28-1, ya indicó “resulta así que el órgano de enjuiciamiento, en decisión luego ratificada en apelación, decidió valorar un testimonio de cargo que no pudo adecuadamente contradicho por las acusadas que, sin negligencia por su parte, no pudieron en momento alguno ni interrogar ni hacer interrogar a la testigo que les atribuía una conducta delictiva. En estas condiciones el testimonio valorado carece de las condiciones mínimas que posibilitan su contradicción y con ello también su finalidad, y no debía integrar el material probatorio a la hora de dictar Sentencia **sin que el hecho de su lectura en el acto del juicio oral, que solo posibilita una contradicción limitada, sea suficiente para reparar el vicio de origen del testimonio”**». (F. J. 4º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la imparcialidad judicial: dirección de los debates por el Presidente del Tribunal.

Recurso: Casación nº 11993/2011 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 195/2012 de fecha 20/03/2012

«6. Además de la “policía de estrados”, a que se refiere el art. 684 LECr, el art. 683 LECr atribuye al Presidente del Tribunal “**la dirección de los debates**, cuidando de impedir las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, **sin coartar** por esto a los defensores la libertad necesaria para la defensa”. Se trata, por tanto de una función que corresponde a quien dirige los debates, para que se desarrollen sin desviarse de su fin, y que ha de ejercitarse con la mayor prudencia, con objeto de no “coartar”, es decir, impedir o perjudicar el derecho de defensa de ninguna las partes, garantizando la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad propios de tal fase procesal (Cfr .STS 20-12-2011, nº 1367/2011)». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE): efectos de las irregularidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro.

Recurso: Casación nº 1827/2011
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 648/2012 de fecha 17/07/2012

«Así recapitulamos en la STS nº 291/2012 de 26 de abril que: *cuando se trata de un imputado que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS núm. 352/2006, de 15 de marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre).*

Por su parte, la allí citada STC nº 219/2006 había dicho que: “*Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción ” (SSTC*

303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999 de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005 de 24 de octubre, FJ 6)".

En el presente caso la sentencia da cuenta de que en el juicio oral depusieron como testigos los agentes que practicaron el registro domiciliario. Por otra parte en el mismo se encontraba el coimputado que es pareja de la recurrente y con quien no mantiene relación conocida que de cuenta de intereses contrapuestos o incompatibilidad alguna. Ambos actúan en la causa bajo la misma representación procesal.

Por ello, además de no haberse vulnerado el derecho a la inviolabilidad domiciliaría, tampoco sufrió quiebra alguna el derecho de defensa y la información testimonial permite establecer como probado el dato de la presencia de droga en el domicilio de la recurrente». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley: notificación a las partes de la composición del Tribunal y del Ponente de la decisión. Irregularidad que no fundamenta una causa de recusación.

Recurso: Casación nº 852/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 502/2012 de fecha 08/06/2012

«La notificación a las partes del ponente de la resolución y, por tanto, de las sustituciones que puedan producirse, con indicación de las causas que justifiquen el cambio, constituye una exigencia del art. 203 de la LOPJ. La necesidad de esa notificación es lógica. Los derechos al juez predeterminado por la ley y a un juez imparcial, correrían el riesgo de ser menoscabados si las partes no pudieran activar el instrumento de la recusación con el fin de apartar del proceso a aquel Juez o Magistrado en quien concurra alguna causa de carácter personal o ligada a su incompatibilidad funcional, que le impida el ejercicio imparcial de la función jurisdiccional.

(...)

Reitera esta exigencia la STC 282/1993, 27 de septiembre, en la cual se afirma que *“...es claro que la mencionada falta de notificación supone un incumplimiento de lo previsto en los arts. 202 y 203, 2. L.O.P.J., que disponen, respectivamente, el deber de comunicar a las partes la designación de los Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala y el de comunicarles igualmente el nombre del Magistrado Ponente. Sin embargo, para que la omisión de estos deberes del órgano judicial --que han de ser puestos en relación con el derecho de las partes a recusar, llegado el caso, a los Magistrados que componen la Sala (art. 202 L.O.P.J., STC 180/1991, fundamento jurídico 6.)-, alcance relevancia constitucional no basta con constatar la existencia de la irregularidad formal en sí, pues ya hemos afirmado con reiteración que para que una irregularidad procesal formal alcance esa relevancia, la misma ha de tener una incidencia material concreta, que se proyecte --para un caso como el presente-- en el derecho a tener*

un proceso público con todas las garantías, el cual exige la presencia de un Juez imparcial.

Tal incidencia material, esto es, la trascendencia de las mencionadas faltas de notificación en relación a la posible violación de un derecho fundamental, se ha de apreciar cuando a la denuncia sobre la ausencia de comunicación de la composición de la Sala o del Magistrado Ponente se acompaña «manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedida a causa de aquel desconocimiento y omisión» y cuando, además, tal causa de recusación no resulta prima facie descartable [(STC 230/1992, fundamento jurídico 4.)]. En tales casos no se estaría, pues, ante una infracción procesal meramente formal, centrada en la simple ignorancia de los miembros que componen la Sala o del nombre de Ponente, sino que se incidiría, de hecho, en el ejercicio del derecho a recusar en un momento procesal idóneo, derecho que, de otro lado, por estar previsto para preservar la imparcialidad del juzgador (SSTC 136/1985, 145/1988, 136/1992, entre otras muchas), integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 C.E. La vulneración del art. 24.2 C.E. procedería, por lo tanto, no como una consecuencia necesaria del incumplimiento formal acusado, sino de la imposibilidad que en el caso concreto pudiera constatarse de ejercer el derecho a recusar a un Juez; derecho que ha de ponerse en conexión con una garantía esencial del proceso vinculada a la imparcialidad, pues como ya hemos afirmado la privación de la posibilidad de ejercer la recusación «implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente» (STC 230/1992, fundamento jurídico 4.)”.

Pues bien, a diferencia de lo que acontece en algunos de los supuestos de hecho contemplados en las sentencias anotadas, el objeto que define el presente recurso se caracteriza por carecer de toda referencia a una posible o hipotética causa de recusación, cuya viabilidad se hubiera entorpecido como consecuencia de la falta de notificación del cambio de ponente. Cobra pleno sentido la jurisprudencia constitucional transcrita, que reserva para tales casos el calificativo de simple irregularidad procesal carente de trascendencia constitucional.

Tiene toda la razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que la parte recurrente denuncia una simple infracción procesal pero no manifiesta que el nuevo Magistrado ponente designado estuviera incurso en alguna de las causas de recusación establecidas por la ley. Por lo tanto, no constando que la sustitución efectuada tuviera capacidad de afectación al derecho a un Tribunal imparcial que, en definitiva, es la garantía constitucional cuya vulneración se denuncia, procede la desestimación del motivo». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al proceso con todas las garantías. Condena “ex novo” en segunda instancia: doctrina del TC y del TEDH.

Recurso: Casación nº 932/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 32/2012 de fecha 25/01/2012

«3. La **jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo** también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, en las que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación».

Así las cosas, al extrapolar al caso ahora enjuiciado los argumentos que se acaban de transcribir de la sentencia de esta Sala 1423/2011, de 29 de diciembre, al caso ahora enjuiciado, es claro que no puede acogerse el motivo primero del recurso, centrado en el error en la apreciación de la prueba». (F. J. 4º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: (doctrina de la Sala) SITEL.

Recurso: Casación nº 10625/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 207/2012 de fecha 12/03/2012

«...el sistema SITEL, en contra de lo que afirma la parte recurrente, sí se ajusta según la doctrina de esta Sala a la norma constitucional, por lo que no pueden prosperar las tesis de la parte recurrente.

Es cierto que siempre concurren riesgos de que el contenido de los DVD o los CD aportados por los funcionarios policiales no coincida con el que figura en el servidor central y que por tanto no haya sido volcada correctamente en los soportes digitales o que estos hayan sido alterados antes de su aportación al órgano judicial. Sin embargo, y con independencia de que en el presente caso no concurren indicios objetivables de ello y que tampoco los denuncia la parte recurrente, hay que advertir que tal riesgo también existía con el sistema analógico tradicional, en el que tampoco se podía evitar que los casetes que aportaban los funcionarios policiales en el juzgado pudieran hallarse alterados o manipulados, sin que una mera alegación sin indicios serios en esa línea determinara una nulidad probatoria, que es lo que ahora pretende la parte recurrente con su cuestionamiento procesal.

En el supuesto enjuiciado la parte recurrente no denunció en su escrito de calificación el sistema SITEL de escuchas, sino que impugnó genéricamente todas las conversaciones telefónicas, su grabación y su transcripción en la causa, y también cuestionó la información policial que dio origen a las intervenciones telefónicas, y más en concreto la comunicación que contenía los números de los dos teléfonos que fueron objeto de una primera intervención telefónica y de otros

posteriores. En el escrito de calificación de la defensa no aparece, en cambio, ninguna queja relativa a alguna anomalía, alteración o manipulación concreta que pusiera en cuestión la autenticidad y la integridad de las grabaciones telefónicas aportadas a la causa.

A tenor de lo que antecede, el motivo se desestima». (F.J. 6º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Doctrina del “hallazgo casual”.

Recurso: Casación nº 1996/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 468/2012 de fecha 11/06/2012

«Ahora bien, aunque es cierto que por la denominada doctrina del *hallazgo casual* se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, la doctrina de esta Sala Casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma.

Pero hemos dicho también que cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado *en todo caso* a la causa, porque el juez de instrucción de todos modos hubiera tenido que decretar la diligencia cuestionada, surge la doctrina del “*inevitable discovery*”, que es una corrección de la doctrina del “*fruit of poisonous tree*” (fruto del árbol envenenado). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada “conexión de antijuridicidad” que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición (STS 21-5-2002).

Con similar criterio se pronuncia la STS 768/2007, de 1 de octubre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. En la STS 885/2004, de 5 de julio, se decía que “las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio, y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva...”». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Escuchas telefónicas. Falta de firmas del Juez y del Secretario en los Autos autorizantes de la medida.

Recurso: Casación nº 528/2011
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 1356/2011 de fecha 12/12/2011

«En la causa objeto de la presente censura, obran unas apariencias de resoluciones judiciales en las que se acuerda la intervención telefónica, la injerencia en un derecho fundamental, pero no hay constancia de la judicialidad de la medida, pues no aparece firmado por el juez, tampoco el secretario judicial da fe de su efectiva realización en los términos previstos en la ley. Tampoco se justifica la existencia de mandamientos que así lo acuerden y que supongan la ejecución de lo ordenado judicialmente.

Es cierto que la ausencia de firmas puede deberse a un mero error, y como tal error no tiene porque suponer la nulidad de la injerencia, pero esa situación requeriría un intento de subsanación del error, una observancia mínima de las exigencias de formalidad de las resoluciones judiciales, que pasan por la firma del juez y la del secretario, dando fe de su realización y de su ejecución y tramitación procesal. Nada de esto ocurre en la causa, no hay dato alguno que permita considerar que nos encontramos ante un simple olvido fácilmente subsanable. En la causa lo que hay es una apariencia de resolución que, cuando menos, evidencia un descontrol en la organización de la oficina judicial y una actuación poco respetuosa con los derechos fundamentales llamados a ser protegidos por el órgano jurisdiccional que, al parecer, acordó la injerencia.

La adopción de injerencias en derechos fundamentales exige un escrupuloso respeto y una observancia de la disciplina de garantía dispuesta en la ley para asegurar la judicialidad de la medida y el efectivo control de su ejecución. La falta de firmas evidencia, cuando menos, un descontrol judicial de la injerencia que no puede ser tratada como mero error sin relevancia alguna.

Consecuentemente, ninguna lesión a la tutela judicial se ha producido cuando el tribunal de instancia ha actuado su función jurisdiccional con escrupuloso respeto a la observancia del contenido esencial del derecho constitucional afectado». (F. J. Único)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Convenio internacional de Asistencia Penal.

Recurso: Casación nº 10625/2011 P
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 207/2012 de fecha 12/03/2012

«En el **primer motivo** se denuncia, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho al **secreto de las comunicaciones** (art. 18.3 CE).

Argumenta al respecto la defensa del recurrente que la autorización de las intervenciones telefónicas se apoyó en una mera nota de un agente del SOCA (*Serious Organised Crime Agency*), llamado G. Ch., que actuaba como oficial de enlace al servicio de ese organismo del gobierno del Reino Unido, que tiene encomendada la lucha contra el crimen organizado, especialmente en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, delincuencia informática y blanqueo de dinero.

La parte recurrente se queja de que el contacto entre el agente del SOCA y la policía española y el intercambio de información no se ajustó al art. 7 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, porque no se ha explicado el origen de esos datos y la forma de su obtención, impidiendo a la defensa un control sobre la fuente de la información. Tampoco se habría supervisado por la Audiencia Nacional la cumplimentación de la legalidad procesal extranjera en el conocimiento de los dos números de teléfonos cuya intervención se solicitaba en el oficio policial (folios 6 y 7 del sumario). Y además alega que se tuvo oculta la nota en el proceso penal hasta el 11 de octubre de 2010, fecha en que quedó unida a la causa (folio 4.017 del rollo de Sala), y ello a pesar de que se trataba de una nota confidencial que tenía que ser de uso exclusivo policial y que no debía ser utilizada en procedimientos de carácter judicial, salvo autorización expresa, según se dice en el encabezamiento de la nota. Por todo lo cual, se solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas y de las pruebas derivadas de las mismas (art. 11 de LOPJ).

La impugnación carece de fundamento, toda vez que la nota informativa aportada por la agencia británica a la policía española, nota que da origen al oficio de la UDYCO solicitando la intervención telefónica, procede de un servicio policial oficial extranjero y se remite en el marco propio de la colaboración de las policías de ambos países contra el tráfico de drogas ejecutado por organizaciones que operan en el ámbito internacional.

La referencia que hace la parte a la conculcación del Convenio de Asistencia judicial de 29 de mayo del año 2000 olvida que ese Convenio tiene su órbita natural de aplicación en el marco judicial más que en el policial, y la queja relativa a que la nota no tendría que haberse incorporado al proceso penal por prohibirlo expresamente el propio encabezamiento del documento, más que vulnerar los derechos fundamentales del acusado los tutela, ya que se puso en conocimiento de todas las partes el escrito de la agencia policial británica, con lo cual conocieron el origen de la actuación de la policía española y tuvieron por tanto la posibilidad de cuestionarlo y contradecirlo.

En lo que se refiere a la alegación relativa a que no consta que el SOCA haya obtenido por procedimientos lícitos los dos números de teléfono que aportó a la policía española, y a la queja de que no se acredita que las investigaciones de los agentes británicos se hayan ajustado a la normativa propia del Reino Unido,

tampoco le asiste la razón a la parte recurrente. Pues esta Sala tiene establecido que no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS 509/2009, de 13-5; 309/2010, de 31-3; y 862/2010, de 4-10). Y es que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos en tal sentido (85/2011, de 7-2).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Informaciones confidenciales: precisan corroboración.

Recurso: Casación nº 182/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 978/2011 de fecha 27/09/2011

«6. En cuanto a las noticias confidenciales, como base para la restricción de un derecho fundamental, como se manifestaba en la STS 25-05-2010, y recuerda la STS nº 1025/2010, citando sentencias del T.E.D.H., del Tribunal Constitucional y de esa Sala, la doctrina jurisprudencial ha admitido la legalidad de la utilización de las fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo, argumentado que en esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial Y añadiendo, que las noticias o informaciones confidenciales aunque se consideren fidedignas no pueden ser fundamento, por si solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, han de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión.

En este sentido, en la STS nº 53/2006, se decía que “...no puede establecerse como regla general que la Policía identifique a sus confidentes, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Por lo tanto, las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez”.

En consecuencia, las informaciones confidenciales, válidas como medio de investigación, no justifican por sí solas una restricción de un derecho fundamental, precisando de una corroboración suficiente, mediante datos objetivos». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. No requiere autorización judicial interceptación conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.

Recurso: Casación nº 93/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1397/2011 de fecha 22/12/2011

«Para una mejor comprensión de este motivo, hay que decir que las Diligencias Previas 130/2007 del Juzgado de Instrucción Central de Madrid nº 5, tuvieron su origen en una investigación efectuada por el Servicio de Vigilancia Aduanera que motivó las Diligencias Previas 297/2006 del mismo Juzgado nº 5. En el marco de esta investigación se descubrieron unos hechos que no guardaban relación con lo que era objeto de investigación en las precitadas Diligencias Previas 297/2006, por lo que así se comunicó al Juzgado y éste acordó aperturar otras Diligencias Previas que luego fueron transformadas en Sumario y en las que recayó la sentencia ahora objeto del presente recurso de casación.

Pues bien, es en relación a estas Diligencias que se denuncian como insuficientes los datos facilitados por la policía en el oficio de fecha 23 de Marzo de 2007, así como el subsiguiente auto autorizante judicial de 3 de Abril de 2007.

Como ya se ha dicho, el oficio policial se encuentra en el folio 2 del Tomo I y el auto judicial al folio 10.

Se dice en el motivo que el oficio policial de 23 de Marzo de 2007 en el que se comunica la captación de comunicaciones interceptadas por radio y que podían sugerir una operación de tráfico de drogas diferente de la que estaban investigando los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera y que comunicaron al Juzgado fueron inespecíficas y por tanto que la apertura de las nuevas diligencias carece de motivación.

Se trata de cuestión ya alegada en la instancia y resuelta correctamente en el F.J. segundo.

El estudio directo de las actuaciones acredita que tras la captación casual de las conversaciones interceptadas los días 19 y 20 de Marzo de 2007, entre los barcos que se identifican como "*Capricornio*" y "*Parga*", siendo los indicativos de los interlocutores "*Gordo*" y "*Negro*", estas fueron remitidas en cinta cassette al Juzgado de Instrucción Central nº 5 y por auto de 3 de Abril de 2007 se autorizó la escucha de las conversaciones que pudieran producirse entre las embarcaciones concernidas.

Esta queja es inatendible, como señala la sentencia recurrida, dada la particular especificidad de las conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público, a las que no alcanza la protección del art. 18.3 C.E. como indica la sentencia de 9 de Marzo de 2007 de esta Sala a la que se remite la de la Audiencia Nacional, en su apartado II interceptación de las comunicaciones. F.J. segundo, validez de las fuentes de prueba». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Detención policial y traslado a dependencias policiales. Cacheo. Asistencia letrada.

Recurso: Casación nº 10615/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1347/2011 de fecha 30/10/2011

«Descendiendo ya al supuesto de autos, al amparo del art. 899 LECrim., constatamos que, mientras aquella tarde los agentes del C.N.P. actuantes se encontraban desarrollando funciones de prevención del delito en la Estación Norte de Valencia, observaron cómo el hoy recurrente descendía de uno de los trenes y, dado que apreciaron en él una actitud nerviosa y esquiva al apercibirse éste de su presencia, procedieron a su identificación y cacheo, si bien, para evitar que este registro personal se efectuara en la vía pública y ante los demás usuarios de la estación, le requirieron para que les acompañara a dependencias policiales, lugar en el que observaron un bulto sospechoso al lado del bolsillo del pantalón, bulto que el propio recurrente extrajo de su ropa interior y entregó a los agentes, portando en él unos 50 gramos de sustancia blanca, aparentemente cocaína. Fue entonces cuando los agentes procedieron a su detención, dando lectura de sus derechos, e incoaron atestado en Comisaría ante otros agentes que actuaron como Instructor y Secretario.

La actuación policial descrita se encuentra amparada, en primer lugar, por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 20 señala que *“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la [Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad](#). 2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”*.

Resulta, asimismo, ajustada a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según el cual *“[l]as Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: f) Prevenir la comisión de actos delictivos. g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”*.

La actitud sospechosa que mostró el hoy recurrente justifica la pesquisa policial, que de ningún modo constituye una diligencia de declaración y, por consiguiente, no precisaba de asistencia letrada. Tampoco pueden tenerse por declaración policial del investigado las manifestaciones que, según apuntaron los agentes actuantes en la diligencia inicial del atestado, libremente efectuó el recurrente ante ellos en el sentido de que había adquirido la sustancia por un precio de 1300 euros con el objetivo de venderla en Valencia y sacar así algo de dinero (F. 2), pues no deja de ser un aserto policial de mera referencia sobre lo supuestamente alegado por el recurrente, con una muy limitada incidencia demostrativa en aquel momento acerca de la veracidad de lo manifestado espontáneamente por el sospechoso. Como señala con acierto el Fiscal en su informe, una afirmación de tal naturaleza no habría de cambiar el curso de la indagación policial, que igualmente habría proseguido aunque el recurrente no se hubiera pronunciado en ningún sentido.

Lo verdaderamente relevante en este punto es que, desde el momento en que se procedió a su detención (21:00 horas del 14/09/2009), se le informó de sus derechos como tal, no siendo requerido para prestar declaración policial sino a las 11:30 horas del día siguiente. Y, estando debidamente asistido de letrado del turno de oficio en este momento, optó por acogerse a su derecho a no declarar (F. 9), derecho del que bajo idéntica asistencia técnica hizo de nuevo uso en sede judicial (F. 17 y 18). No hubo, pues, vulneración alguna de sus derechos y garantías procesales». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro de una autocaravana.

Recurso: Casación nº 11795/2011 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 621/2012 de fecha 26/06/2012

«Se dice en el recurso que como la autocaravana tiene las características idóneas de ser vivienda, debió haberse solicitado el oportuno mandamiento de entrada y registro, y al no efectuarse, tal diligencia es nula.

Se trata de denuncia ya efectuada en la instancia y resuelta en la sentencia en sentido adverso a lo solicitado por el recurrente.

En la pág. 30 de la sentencia se dice:

"...En la caravana, que no constituía domicilio sino medio de transporte, se intervinieron...".

Que una autocaravana pueda tener la condición de domicilio por desarrollarse en ella la privacidad de sus ocupantes, no supone que siempre y en todo caso sea así, por el contrario habrá de verificarse si en el caso concreto enjuiciado, junto con el transporte, se desarrollaba en su interior la vida privada de sus ocupantes.

Obviamente no fue este el caso de autos, ya que la autocaravana se recogió de un camping y se hizo en un solo día el trayecto desde Cataluña hasta el polígono Polvoranca de Leganés -Madrid-, y vuelta con el cargamento de cocaína hasta el punto donde fueron detenidos por la policía que estaba al tanto de la operación mediante el correspondiente seguimiento y vigilancia de la operación como se acredita a los folios 916 y siguientes del Tomo II de la instrucción, máxime si se tiene en cuenta que como se dice en la sentencia --pág. 29--, cuando la caravana fue detenida por la policía, y abrió la puerta del conductor --Xavier E.-- los propios agentes policiales pudieron observar desde fuera unos paquetes envueltos en forma semejante a como se empaqueta la cocaína.

No existió la vulneración que se denuncia». (F. J. 7º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez ordinario predeterminado por la ley. Imparcialidad judicial: pérdida de la misma en diferente causa.

Recurso: Casación nº 11773/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 351/2012 de fecha 07/05/2012

«3. La primera objeción que cabe oponer a la petición de los recurrentes es que no centran su queja en ninguna de las causas que, bajo un sistema taxativo o «*numerus clausus*», aborda el art. 219 LOPJ, incumpliendo así uno de los requisitos de procedibilidad señalados por el Tribunal Constitucional (víd. ATC núm. 224/2002, de 20 de noviembre). Debemos, en su defecto, entender que, más que a la causa señalada en el expediente de recusación (art. 219.11ª LOPJ), que evidentemente no concurre, la vinculan a una enemistad manifiesta de la Sra. Murillo con el Sr. Otegui (art. 219.9ª LOPJ), cuya persistencia en el tiempo conculcaría de forma continuada su imparcialidad, objetiva y subjetiva.

No obstante, ha de convenirse con la Sala de procedencia en que, lejos de aportar los recurrentes indicios que afecten específicamente al objeto del proceso de autos, se limitan a fundamentar tal pérdida de imparcialidad, única y exclusivamente, en remisiones a la causa anterior. Incumplen de este modo otro de los principales requisitos exigidos por el TEDH, en el sentido de justificar, caso a caso, dichos visos de parcialidad. El único dato, pues, del que sería posible extraer tal conclusión sería la frase proferida por la Magistrada frente al silencio del Sr. Otegui tras ser interrogado acerca de si condenaba la violencia de ETA. Llegados a este punto, debemos recordar la principal razón por la que la STS núm. 31/2011 entendió que, con dicho aserto, la Juez podría haber emitido un prejuicio, para lo cual, en aras de proporcionar una mayor claridad, transcribimos literalmente el punto 3º del f. 1º de nuestra sentencia de entonces:

“Cuando tiene lugar el incidente que se examina, solamente se había procedido al interrogatorio del recurrente por parte de su defensa, ya que, como se ha dicho, acogiéndose a sus derechos como acusado había comunicado que no respondería a otras preguntas. En sus manifestaciones en el curso del citado interrogatorio había manifestado, tal como se recoge en la sentencia, que su intención no era enaltecer el terrorismo, ya que «solo pretendía apelar a una

negociación pacífica, política y democrática, y solicitaba la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia». Con independencia de la valoración de estas aclaraciones, que correspondería realizar en la sentencia, de ello se desprende que su declaración tenía un contenido claramente exculpatorio, atribuyendo a las palabras entonces pronunciadas un significado ajeno a lo que podría considerarse enaltecimiento del terrorismo y desde luego no coincidente con el que le asignaban las acusaciones. Como se ha expuesto antes, la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito.

La pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente que, a juicio de las acusaciones, constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo. Dicho con otras palabras, no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de las explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter delictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.

Al valorar el conjunto de lo ocurrido debe admitirse, pues, que desde el punto de vista del recurrente existían razones objetivas para poder sostener que en ese momento la Presidenta del Tribunal y ponente de la sentencia estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podía reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad. Prejuicio que, como tal, se expresaba antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial, pues, como se ha dicho, aun no se había procedido siquiera a la práctica de la prueba y a dar al acusado la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exterioriza antes de que el juicio oral llegara a su fin.

En esas circunstancias, las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas”.

Así pues, como señala esta sentencia y los recurrentes vienen a admitir expresamente en su escrito, en aquella ocasión el Sr. Otegui estaba siendo interrogado en el plenario, siendo su testimonio el que había dado comienzo a la práctica de la prueba, y había manifestado que únicamente respondería a las preguntas que le formulara su defensa, acogiéndose en lo demás a su derecho a no declarar. El punto clave de la estimación en aquella ocasión de la presumible pérdida de imparcialidad de la presidenta del Tribunal estribó, pues, en la precipitación del juicio de fondo que aquella frase venía a traslucir sobre unos hechos respecto de los cuales se seguía acusación por presunto delito de enaltecimiento del terrorismo. Por ello, no debe sacarse de ese contexto el valor o relevancia que la STS núm. 31/2011 otorgó a la concreta expresión emitida por la

magistrada frente al silencio del acusado. Como expresamos entonces, «no era irrazonable» entender que con esa respuesta la juez pudiera estar emitiendo un prejuicio, al haberse proferido al comienzo de la práctica de prueba. Mas de esta situación y sin otros argumentos que los señalados no se sigue una contaminación respecto de los aquí examinados, referidos a diferente ilícito, por más que ambos afecten a cuestiones terroristas. Presuponer que todo magistrado declarado contaminado en una causa forzosamente ha de estarlo en cualquier otra posterior, por el mero hecho de haber podido estarlo en aquella ocasión, supone emitir un juicio universal de parcialidad carente de mínima constancia objetiva «ad causam» cuando, como es el caso, no se aportan nuevos elementos que permitan apreciar una pérdida de imparcialidad relacionada con los hechos ahora enjuiciados o bien que revelen una actitud perdurable en el tiempo y hostil hacia el acusado que permita estimar concurrente esa enemistad manifiesta que, entonces sí, privaría de objetividad al juez en cuestión.

Ha de convenirse así con lo que, a modo de conclusión, refiere la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al rechazar la recusación solicitada: *“La sentencia de la Sección 4ª de 2 de marzo de 2010, dictada ya por los tres Magistrados, que son recusados, contiene un pronunciamiento del Tribunal, y una toma de postura, en relación a ese concreto objeto. Es un pronunciamiento estrictamente profesional, que provoca que, anulado el juicio, deban de encargarse otros magistrados de la celebración del nuevo enjuiciamiento, pues ellos ya se han pronunciado sobre esa materia, pero en modo alguno supone una contaminación objetiva para resolver sobre otras acciones penales, por más que se dirijan contra el mismo acusado”* (f. 3º).

A mayor abundamiento, tampoco es posible entender -lo que ni siquiera mínimamente vienen a apuntar los recurrentes- que la Sra. Murillo tenga algún tipo de interés, directo o indirecto, en el resultado del presente proceso (art. 219.10ª LOPJ).

Igualmente por sí sola la pregunta sobre la condena o no de la actividad terrorista responde a un hecho objetivo que puede integrar un indicio que ha sido y es valorado por los tribunales (Sala del Artículo 61, Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo) para resolver las cuestiones sometidas a su decisión.

La cuestión de la parcialidad o imparcialidad subjetiva e incluso en muchos casos objetiva es una cuestión sumamente delicada porque incide directamente sobre la conformación de los tribunales sujeta al imperio de la ley. Por ello, las apariencias solo podrán ser trascendentes si tienen relación con las causas legales de recusación establecidas por el legislador, debiendo remitirse a ellas, de forma que no es posible establecer causas distintas acudiendo al criterio analógico o configurando la apariencia como causa autónoma y con vida procesal propia. Por otra parte, no puede concebirse el prejuicio o contaminación si no es como efecto de un interés personal del juez que se superponga al de la recta interpretación y aplicación de la ley, pues de lo contrario prescindiríamos de la objetividad de la justificación de la causa legal, de forma que el interés personal debe trascender de la mera sospecha, recelo o aprensión subjetiva del recurrente. No es posible, por ello, prescindir del catálogo de causas establecido por el legislador como medida y orden de la composición de los tribunales. Cuestión distinta es su interpretación

conforme a la Constitución y a los Pactos Internacionales suscritos por España, atendida la jurisprudencia que los interpreta». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Relación entre presunción y tutela cuando se invoca falta de motivación.

Recurso: Casación nº 883/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1228/2011 de fecha 16/11/2011

«El grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial, dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (SSTC 209/2002, de 11 de noviembre, F. 3; 169/2004, de 6 de octubre, F. 6; 143/2005, de 6 de junio, F. 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino que exige «una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica» (SSTC 5/2000, de 17 de enero, F. 2; 249/2000, de 30 de octubre, F. 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FF. 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, F. 4). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar «que cuando el juez llegó a la conclusión fáctica que expresa lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable» y para poder controlar «desde una perspectiva objetiva, que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables» [STC 145/2005, de 6 de junio, F. 5 b)]. Tal información constituye una garantía «que ha de ser respetada con especial rigor en el marco de la denominada prueba indiciaria (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre, o 91/1999, de 26 de mayo, F. 3)», pero que es también exigible en la denominada prueba directa, pues ésta «para ser conectada con los hechos probados requiere también en muchas ocasiones una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación» (SSTC 5/2000, de 17 de enero, F. 2; 249/2000, de 30 de octubre, F. 3; 209/2002, de 11 de noviembre, F. 3).

C) En el presente caso, el examen de la sentencia cuestionada no permite advertir la vulneración de los derechos que se dicen infringidos. Esta Sala entiende que el Tribunal *a quo* no ha silenciado el proceso intelectual-valorativo que le ha llevado a formular el juicio de autoría respecto de Manuel Federico García. Y una vez exteriorizado, no observamos que en el mismo anide un déficit en el canon de racionalidad exigido por nuestro sistema constitucional de valoración probatoria». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva: falta de correlación entre relato fáctico, motivación y fallo. Doctrina constitucional.

Recurso: Casación nº 1948/2011
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 496/2012 de fecha 08/06/2012

«En efecto, la **STC 107/2011, de 20 de junio**, contempla un supuesto muy similar al que ahora se juzga. En ese recurso de amparo el Tribunal Constitucional examinó el caso de una sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal —se enjuiciaba un delito de tráfico de hachís— que también contenía un “factum” claramente inculpativo y una fundamentación, en cambio, sustancialmente exculpativa que derivó en un fallo absolutorio. En tal supuesto el Ministerio Fiscal, como sucede también ahora, solicitó a través del recurso de apelación la condena del acusado en virtud del propio relato de hechos probados de la resolución recurrida, y la Audiencia Provincial, sin solventar la grave cuestión que suscitaba la contradicción interna de la sentencia impugnada, condenó al acusado en apelación al entender que este tenía que haber impugnado el relato de hechos probados o cuando menos pedir una aclaración de la sentencia, a pesar de haber sido absuelto en ella, absolución que fue el motivo que le llevó, lógicamente, a no recurrir.

Pues bien, el supremo intérprete de la Constitución estimó que las contradicciones internas de la sentencia del Juzgado de lo Penal, asumidas a su vez por la Audiencia Provincial, vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva, argumentando en el sentido siguiente:

*“Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la **tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, favorable o adversa, es **garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos**, lo que implica, en primer lugar, que la resolución esté motivada, es decir, contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, esto es, no acoja una **aplicación arbitraria** de la legalidad, no resulte **manifiestamente irrazonada o irrazonable**, y no incurra en un **error patente** ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 158/2002, de 16 de septiembre; 30/2006, de 30 de enero; y 82/2009, de 23 de marzo)”*.

Y añadió a continuación que *“La Sentencia absolutoria de instancia incurrió en **incoherencia interna manifiesta entre el relato de hechos probados y la fundamentación jurídica y el fallo absolutorio** como fue descrito en los antecedentes de esta Sentencia, ya que por una parte en los hechos probados se declara que el demandante entregó droga a cambio de dinero y en los fundamentos jurídicos se razona que no se ha acreditado que vendiera el hachís. Por lo tanto el razonamiento que sustenta el pronunciamiento de condena dictado por el Tribunal de apelación parte de una premisa incoherente entre el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia y su fundamentación para llegar al fallo absolutorio”*.

Y finalmente señaló que *“La motivación que así justifica la condena resulta de todo punto **irrazonable, conforme a la doctrina de este Tribunal**, (por todas STC 223/2002, de 25 de noviembre), que considera irrazonables las resoluciones judiciales cuando ‘a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y*

*argumental, se comprueba que **parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas***".

En la misma línea de considerar vulnerado de forma patente el derecho a la tutela judicial efectiva cuando las sentencias contienen contradicciones sustanciales internas pueden citarse otros precedentes anteriores del Tribunal Constitucional: 170/1995, de 20 de noviembre; 68/1997, de 8 de abril; y 42/2005, de 28 de febrero.

(...)

Esa pretensión del Fiscal resulta inasumible porque, tal como se razona en la STC 107/2011, de 20 de junio, anteriormente citada, no puede beneficiarse la parte acusadora de la grave incoherencia de una sentencia para sustentar sobre ella un pronunciamiento condenatorio, pronunciamiento que realmente se cimienta sobre una justificación irrazonable y una ostensible contradicción entre los hechos declarados probados y la motivación de la prueba». (F. J. ÚNICO)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva: legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación

Recurso: Casación nº 1373/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 499/2012 de fecha 12/06/2012

Por otra parte, es asimismo oportuno recordar la jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 1344/2009, de 16 de diciembre, sobre la legitimidad del Ministerio Fiscal para promover el recurso de casación alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la que se expresa que está fuera de toda duda la legitimidad del Ministerio Fiscal para alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se añade en esta Sentencia que el Ministerio Fiscal es parte necesaria en todo proceso penal --excepto los delitos estrictamente privados--, y al mismo tiempo garante del interés público en los términos recogidos en el artículo 1 del Estatuto Orgánico aprobado por Ley 50/81 que la Ley 24/2007 de 9 de Octubre ha venido a reforzar como se acredita con la nueva redacción dada al artículo 3 del Estatuto. También debemos citar el artículo 124-1º de la Constitución. La jurisprudencia de esta Sala es clara al respecto, como se acredita con la cita de las SSTs de 8 de Marzo de 2000, 2012/2000 de 26 de Diciembre, 5 de Septiembre de 2003 ó 501/2006 de 5 de Mayo. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional --STC 86/1985 de 10 de Julio se pronuncia en el sentido bien que en referencia al recurso de amparo cuando dice "*.....esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un ius agendi reconocido en ese órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental. promoviendo el amparo constitucional el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos....*".

La jurisprudencia mencionada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos, y le es lícito al Ministerio Fiscal instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución, que se han visto conculcados, y todo ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías que conforman un juicio justo (art. 6 C.E.D.H.), que el Fiscal asume (art. 3.1 E.O.M.F.) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso». (F. J. Único)

EJECUCIÓN DE CONDENAS. Abono de prisión preventiva. Límite de 30 años.

Recurso: Casación nº 10584/2011 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1060/2011 de fecha 21/10/2011

«Doctrina reiterada de esta Sala establece que la aplicación del tiempo sufrido en diferentes prisiones preventivas se hará en cada una de las penas impuestas en sus respectivos procedimientos, y no sobre el total de su máximo de cumplimiento (por aplicación de la regla que se disciplina en los arts. 75 y ss. del C. penal). Así, la STS de 11 de febrero de 2011 determina: *“Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS 1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ”*.

En lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de "acumulación de condenas" (arts. 75 y ss. del C. penal), como así se afirma en nuestra reciente Sentencia núm. 207/2011, una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo que resulta de realizar una operación jurídica, por lo que las diferentes penas se van cumpliendo, cada una de ellas según sus circunstancias, aplicando los beneficios y redenciones que procedan, iniciándose el cumplimiento de una en una, hasta que quede extinguida la anterior y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones que establece el art. 76 del C penal. Por tanto, el cómputo de los períodos que ha estado en prisión preventiva el recurrente se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo del cumplimiento efectivo de la pena, previsto en el art. 76 del C penal, la reducción del tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre el máximo de cumplimiento, sino para cada una de las penas, y se ha de efectuar según lo previsto en los arts. 75 y 76 del C.penal.

Con la nueva regulación del art. 58.1 del C. penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, lo que se quiere dejar claro es que en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad puede ser computado en más de una causa, zanjando definitivamente la polémica del abono de la prisión preventiva en los casos de refundición de condenas (arts. 75 y ss. del C. penal), como es el presente; evidentemente, la situación varía si una vez recaída condena en la causa por la que se está privado de libertad preventivamente se refunde ésta condena con otras anteriores y el abono de la prisión preventiva se realiza sobre el total de la condena surgida tras esa refundición. Sin embargo, atendiendo al principio de irretroactividad de la Ley penal, esta previsión introducida por ese nuevo precepto no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuestas con anterioridad a su entrada en vigor; por tanto, la modificación operada en el art. 58 del C. penal realizada por la LO 5/10, de 22 de junio, no es de aplicación al presente caso, el cual ha de resolverse de acuerdo con la redacción del precepto al tiempo de comisión de los hechos (STC 58/2008, de 28 de abril). (F. J. 2º)

Decíamos en la STS 197/2006, que “es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una «refundición de condenas», sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (TR 1973).

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante”, en el sentido del limitación penológica, claro es.

Este mecanismo, se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 C.P. 1973 y art. 73 C.P. 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1ª C.P. 1973; art. 75 C.P. 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2ª C.P. 1973; art. 76 C.P. 1995)». (F. J. 3º)

EJECUCIÓN DE CONDENAS. Auto de licenciamiento definitivo.

Recurso: Casación nº 11043/2011 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1089/2011 de fecha 27/10/2011

«En términos del Auto de 7 de abril de 2008, el art. 988 de la Ley procesal establece el recurso de casación para las resoluciones dictadas en acumulación de condenas y las que determinan "el máximo de cumplimiento de las mismas", expresión que comprende tanto las condenas que se acumulan como la determinación del máximo de cumplimiento, es decir, el cuanto y el cómo del cómputo de las condenas... El tenor literal del art. 988 de la Ley procesal refiere dos aspectos íntimamente relacionados, susceptible de casación. En primer lugar, la acumulación, es decir, la unificación de las distintas condenas por hechos que pueden ser objeto de un único proceso, la acumulación, en segundo término, la determinación del máximo de cumplimiento que, como se ha señalado, es fijada en la misma resolución de acumulación de manera apriorística que se concreta, antes del término de la ejecución, en el Auto de licenciamiento definitivo. Por lo tanto, este Auto, que concreta una resolución de acumulación, forma parte del contenido del Auto previsto en el art. 988..."

En el mismo sentido la STS 195/2010, de 24 de febrero, refiere que el Auto de licenciamiento definitivo, es una resolución que concreta la fecha de licenciamiento apriorísticamente realizada en el inicial auto de acumulación que fija un contenido de acumulación, un límite de cumplimiento y de las bases para la fijación a priori de la fecha de extensión que se concreta en el Auto de licenciamiento definitivo.

Consecuentemente, no cabe argumentar que se ha aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial, pues tal cambio no es equiparable a un cambio legal, afectado por las exigencias del principio de legalidad, y, además, la ejecutoria se integra también por el Auto de licenciamiento definitivo que supone el señalamiento definitivo del licenciamiento lo que implica una valoración del conjunto de la pena privativa de libertad y que por su trascendencia es recurrible en casación. En esta resolución judicial que concreta otra anterior, el órgano jurisdiccional ha de aplicar la norma, y los criterios de interpretación, vigente al tiempo de su adopción, sin que quepa entender que el Auto de acumulación, que fija las penas que se acumulan, y el límite del cumplimiento y, provisionalmente, la fecha de cumplimiento, que se concreta en el Auto de licenciamiento definitivo, fija, con el carácter de intangible e inmodificable, la fecha de licenciamiento por esa resolución, como en este caso, dictada en el año 2000 es provisional y sujeta a revisión respecto al cómputo realizado.

Desde esta perspectiva tampoco es factible atribuir efectos de cosa juzgada al auto de acumulación en orden a la fecha de licenciamiento. Este Auto es firme en lo referente a la acumulación y al señalamiento de un límite de máximo cumplimiento, pero la fecha de licenciamiento es provisoria y sujeta a determinación definitiva en el auto de licenciamiento definitivo que, como se ha dicho, concreta el anterior auto de acumulación. Como dijimos en la STS 1076/2009, de 29 de octubre "El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o varias sentencias, y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extienda al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese periodo temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la interpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso"... "Por lo tanto los criterios a aplicar en ese momento final son los vigentes en ese

tiempo aún cuando se hubiera realizado cálculos provisionales respecto a un posible licenciamiento definitivo utilizando otros criterios, que pudieron estar vigentes entonces, pero que se han abandonado al considerarlos posteriormente erróneos"». (F. J. 3º)

EJECUCIÓN DE CONDENA. Suspensión de condena y prescripción de la pena.

Recurso: Casación nº 1966/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 450/2012 de fecha 24/05/2012

«...como precisa la STS 952/2004 de 15-7, varias pudieran ser los criterios para iniciar el conjunto de la prescripción en el caso de que se hubiera cometido un delito durante el periodo de suspensión provisional de la condena.

Como se afirma que se inicia el día en que se declaró la firmeza de la sentencia condenatoria. Otro que defiende que se iniciaría el cómputo una vez transcurrido el tiempo que se hubiese fijado para la remisión definitiva, un tercero, el de la fecha en que se hubiera extinguido la pena, caso de que realmente se hubiera cumplido, en analogía con lo que se dispone para la cancelación de antecedentes penales. Y un cuarto que tendría en cuenta para iniciar el cómputo la fecha en la que se hubiere cometido el siguiente hecho delictivo que impide la remisión definitiva, y determina la revocación de los beneficios de la suspensión de la ejecución de la condena.

La primera opción -que defiende el recurrente- no es compartida por la Sala en la referida sentencia, ya que está pensada para cuando no se han otorgado los beneficios de la suspensión de la ejecución de la condena, como ha sucedido en el presente caso "supuesto que altera substancialmente los presupuestos para realizar el cómputo".

Por la misma razón, tampoco se puede compartir la segunda, "ya que aunque resulta razonable, no puede hacerse coincidir con un plazo que dejó de existir cuando se cometió el nuevo hecho delictivo, en cuanto hace imposible la remisión definitiva".

El criterio de computarlo a partir de la fecha en la que se hubiera cumplido la condena, caso de no haberse concedido la suspensión a la misma, presenta el inconveniente de que parte de una situación fáctico, que no se ha producido y que sería difícil señalar la fecha igualmente imaginaria en la que hubiese iniciado ese cumplimiento.

Por ello, concluye la sentencia 952/2004, normalmente la fecha término del plazo de prescripción, en casos como el que examinamos, será aquella en la que se revoca la suspensión de la condena y se ordene su ejecución.

Y ello resulta consecuencia obligada de un hecho, el que el sujeto hubiera delinquirido durante el plazo de suspensión que se le hubiere fijado. Por consiguiente, la comisión del nuevo delito aparece como el hecho clave de la

mencionada revocación y esa relación de causa a efecto hace que sea causa resulte especialmente relevante y deba ser tomada en cuenta a los efectos de iniciar el cómputo de la prescripción. Este criterio presenta además la ventaja de aparecer como el más ajustado a la seguridad jurídica, principio constitucional, en cuanto es una fecha normalmente fija y no sujeta a circunstancias aleatorias, como pudiera ser aquella que depende de la de mayor o menor agilidad en la tramitación de la siguiente causa». (F. J. 4º)

ESTAFA. Autotutela de la víctima.

Recurso: Casación nº 1042/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 162/2012 de fecha 15/03/2012

«Es conveniente, en consecuencia, efectuar algunas consideraciones sobre la denominada victimodogmática, doctrina que desplaza la responsabilidad sobre el perjudicado en supuestos penalmente típicos en los que ha concurrido negligencia o descuido de la víctima, exigiéndole su autotutela. (F. J. 11º)

El tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad.

La denominada victimodogmática subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de la civilización que los ciudadanos han hecho dejación de la violencia punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, *“un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”* y en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas y que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto.

Conviene, por todo ello, matizar una cita fragmentada que se realiza en la resolución recurrida de una sentencia de esta Sala, que lamentablemente es citada con cierta frecuencia de una forma incompleta que no respeta totalmente su sentido. La sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1988 no afirma simplemente, como recoge literalmente la sentencia de instancia (fundamento jurídico primero), que *“el derecho penal no debe convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a si mismos”*, sino que se expresa de forma más matizada, al reconocer que **el punto de vista** de que el derecho penal no **debería** convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a si mismos, **es hoy una cuestión debatida**.

En concreto, lo que literalmente se señala en esta sentencia de 21 de noviembre de 1988, que expresa un punto de vista de innegable raíz académica al ser una de las primeras dictadas como ponente por un ilustre Catedrático y relevante Magistrado de esta Sala, es que *“Indudablemente en la configuración de los elementos del delito de estafa se debe tener en cuenta el comportamiento de la víctima. El derecho penal, en este sentido, no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos. La extensión de las consecuencias de este punto de vista, sin embargo, es hoy una cuestión debatida. En términos generales, de todos modos, se debe tener en cuenta que el grado de diligencia que se debe exigir a la víctima de la estafa se determinará mediante las pautas que socialmente se consideran adecuadas en una situación concreta”*...añadiendo más adelante que *“De cualquier manera, el comportamiento descuidado de la víctima no afecta en sí mismo al engaño, sino, en todo caso, a la relación de casualidad entre el engaño y el error del sujeto pasivo”*.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

Y, en el caso actual, es indudable que el perjudicado fue inducido deliberadamente a error por un procedimiento sofisticado, en absoluto burdo, con intervención de varias personas que se repartieron los papeles, ganándose su confianza y simulando solvencia así como un negocio inexistente. Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recuso». (F. J. 12º)

ESTAFA. Cuantía de lo defraudado. Determinación por el Juzgador en caso de mandato o comisión de venta.

Recurso: Casación nº 1035/2011

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 173/2012 de fecha 12/03/2012

«El recurrente razona la impugnación partiendo de lo afirmado en el fundamento jurídico sexto, en sus dos últimos párrafos, en los que se dice que fueron tres las operaciones fraudulentas acreditadas, la de Rubén por 23.000 euros, la de Nouredin 6.300 y la de Sorin 26.220 euros”, en total 55.520 euros, superior a los 50.000 previstos en la Ley.

(...)

3.- ... el juzgador de origen ha observado un criterio racional y sensato en orden a la determinación del monto de lo defraudado, amén de explicitar el modo de señalar el importe total defraudado. Así, donde existió compraventa fue el precio de ésta el que se tuvo en cuenta, a pesar de que en un caso el valor venal del vehículo favorecía al acusado y en el otro le perjudicaba.

Pero cuando no existió compraventa acudió a la tasación pericial, concretamente al valor venal del coche. Es muy probable que en los tres casos las relaciones jurídicas iniciales tuvieran por objeto un contrato de mandato o comisión mercantil para la venta de los vehículos, pero cuando existió una compraventa del mismo, es lógico y razonable entender que el numerario que hizo propio el acusado fue el importe de la compraventa. Cuando no existió compraventa fue el propio vehículo el objeto de la estafa, que hizo propio o que dispuso de él, en cuyo caso resultaba elemental acudir a su valor venal más de una vez inferior y más beneficioso para el acusado, que valor el de afección que subjetivamente representa para su propietario, a la vista de que el servicio que le presta el vehículo es el mismo cualquiera que sean los criterios valorativos.

Estos principios resolutivos, amén de extraerse de los hechos probados, la Audiencia también los explicita en la fundamentación jurídica, motivando su decisión. En este sentido, en el fundamento tercero, párrafo cuarto, página 10 de la sentencia, se afirma: “En el caso de Rubén y Sorin la dinámica es muy parecida”. “La diferencia entre uno y otro radica en que el caso de Sorin no se fijaba el precio, mientras que en el caso de Ruben sí, siendo de 24.000 euros, de los que el acusado le entregó 1.000 a cuenta a la firma del contrato...”.

En el párrafo segundo reafirma que el pacto jurídico con Sorin no pasó de la comisión de venta. Así se dice que “le habría encomendado su venta y cuando cogió el coche para enseñárselo a varios clientes, se estropeó...”.

Por todo lo expuesto el motivo primero y segundo debemos rechazarlos». (F. J. 1º)

ESTAFA. Infracciones de carácter continuado constitutivas de falta, que acumuladas justifican un único delito.

Recurso: Casación nº 1141/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 232/2012 de fecha 05/03/2012

«Examinando ya el supuesto de autos, constatamos que se atribuye al acusado un total de diez conductas sucesivamente desplegadas entre los meses de septiembre y diciembre de 2009, todas ellas bajo idéntica mecánica comisiva, consistente en solicitar de diversos ciudadanos de nacionalidad extranjera - mayoritariamente, paraguayos-, en situación irregular en España, la entrega de documentación y simultáneamente de una cantidad de dinero anticipada, que oscilaba entre los 200 y 300 euros, según el caso, como previa a la ejecución por su parte, en su condición de abogado, de las gestiones administrativas necesarias para cumplimentar los trámites que habrían de finalizar, en caso favorable, en la obtención por aquéllos del permiso de residencia y/o trabajo precisos para permanecer en nuestro país. No obstante, en ninguno de estos casos el acusado dió comienzo a las labores profesionales encomendadas, siendo así que la asunción de la encomienda de gestión realmente constituyó una puesta en escena, previamente concebida por el acusado para conseguir un lucro económico, sin verdadera intención de ejecutar su cometido, que de hecho no materializó, siquiera mínimamente, respecto de ninguno de los clientes denunciados.

La conducta así descrita es correctamente subsumida por la Sala de instancia en la figura de la estafa, al haber mediado un engaño precedente que condujo a error a los sujetos pasivos afectados, determinante de su decisión de desplazamiento patrimonial. Es asimismo acertada la calificación de los hechos en su conjunto como delito, a la vista de la reiteración de idéntica conducta en tan corto intervalo de tiempo y bajo similares circunstancias, lo que permite acudir a la suma del conjunto defraudado para su valoración jurídica como delito, dentro del tipo básico de la estafa del art. 248.1 CP, al superarse ampliamente con dicha suma la cifra de 400 euros, límite entre el delito y la falta ex arts. 249 y 623.4 CP, en su redacción vigente tanto en la actualidad como al tiempo de los hechos». (F. J. 3º)

ESTAFA. Modalidad agravada de “cosas de primera necesidad”. No concurre.

Recurso: Casación nº 1141/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 232/2012 de fecha 05/03/2012

«No resulta acertada, en cambio, la catalogación de los hechos como estafa agravada del art. 250.1.1ª CP, cuya concurrencia justifica escuetamente la Sala de instancia en el inciso segundo del F.J. 1º bajo *“la pérdida del dinero entregado y la no entrega de permiso de residencia o trabajo alguno”*, subrayando el doble perjuicio sufrido así por los afectados. Es cierto que algunos pronunciamientos de esta Sala (v.gr. SSTS núm. 43/2007, de 19 de enero, y núm. 1735/2003, de 26 de diciembre; ATS núm. 213/2012, de 26 de enero) han apreciado tal modalidad agravada de afección de bienes o cosas de primera necesidad

“cuando la conducta delictiva se refiere a los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España que, como bien dice la sentencia recurrida, son los que en definitiva, le van a servir a cada trabajador extranjero para ganarse la vida lícitamente aquí”. Ahora bien, en este caso no es posible afirmar que, dados los hechos declarados probados, se viera efectivamente afectada esa consecución de los documentos necesarios para residir y/o trabajar en nuestro territorio, de forma tan grave que justifique por sí misma la pretendida agravación, pues lo cierto es que la rápida reacción conjunta de los perjudicados, que prontamente constatan la anómala situación y deciden denunciar los hechos, impide estimar verdaderamente obstaculizada su facultad de solicitar los permisos necesarios para permanecer en España, al ser perfectamente viable que acudieran a otro profesional con el mismo fin con el que habían acudido al aquí acusado. No concurren, pues, las circunstancias que justificarían una agravación de esta naturaleza por haberse colocado a los afectados en una situación de desprotección de excepcional gravedad.

Conviene añadir a lo anterior que, como también hemos señalado en la STS núm. 981/2001, de 30 de mayo, la categoría «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquéllas «de las que no se puede prescindir», según el Diccionario de la Real Academia, lo que esta Sala viene vinculando a productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas, lo que no acontece en el caso ante el que nos encontramos, por las razones señaladas. Tampoco cabe hablar aquí de «cosas de reconocida utilidad social» en sentido propio, puesto que el concepto tiene como referente las cosas directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos. De otro lado, es cierto que el trabajo, como objeto de derecho, resulta merecedor de protección penal, pero también lo es que su protección en tal sentido encuentra cobijo a través de previsiones específicas, que el Código actual recoge, por ejemplo, en los arts. 311 y siguientes». (F. J. 3º)

ESTAFA. Modalidad impropia: cargas ocultas.

Recurso: Casación nº 1551/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 333/2012 de fecha 26/04/2012

«... la cuestión estrictamente jurídica que se plantea en este recurso es la de interpretar la expresión legal que integra el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente “*ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma*”.

Se trata de resolver si dicha expresión se refiere únicamente a un comportamiento omisivo del vendedor, es decir **no transmitir al comprador la información normativamente pertinente sobre la existencia de la carga**, o también se integra con un comportamiento activo, **afirmando falsamente que la carga está cancelada**.

Y en este sentido procede estimar que ambos comportamientos son punitivamente equivalentes, pues **si se afirma falsamente que una carga ha sido**

cancelada, se está ocultando que la carga persiste, y se está provocando igualmente un error al comprador. Error determinante de un desplazamiento patrimonial mayor del que correspondería realizar en caso de conocer que la carga persiste, ocasionándose con ello al comprador el ilícito perjuicio que la norma penal pretende evitar.

En consecuencia en ambos casos debe tener lugar la imputación objetiva del resultado típico al vendedor porque ha infringido su deber de veracidad al ocultar una información relevante para la decisión del comprador, bien por omisión, al no informar de la existencia de la carga, bien por acción, al informar falsamente sobre su cancelación.

Constituye un criterio jurisprudencial consolidado en la aplicación de este tipo delictivo que el precepto demuestra que el Legislador ha querido constituir al vendedor, en el ámbito de la compraventa, en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, ya en el momento de celebración del contrato, y por tanto el vendedor tiene el deber de informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación (SSTS de 17 de febrero de 1990 y 18 de julio de 1997, entre otras)

Tampoco cabe excluir la aplicación del tipo acudiendo al deber de autoprotección del comprador, pues como ha señalado esta Sala en la sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo, *“Cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe”*, doctrina jurisprudencial que procede ratificar.

Máxime cuando, como sucede en el presente caso, al informar el vendedor en el propio acto de la venta que la cancelación se ha producido el mismo día, y por ello vende la finca libre de cargas, no resulta posible confirmar la veracidad de dicha afirmación a través del Registro pues la inmediatez temporal entre el pago supuesto del préstamo hipotecario y la disposición patrimonial del bien inmueble como libre de cargas, determina que aunque la cancelación económica de la carga fuese real todavía no estaría formalmente reflejada en el Registro de la Propiedad. Por ello la comprobación de la veracidad de la información del vendedor sobre la cancelación del gravamen no es normativamente accesible para el comprador en el momento de la celebración de la venta.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto casando y anulando la sentencia impugnada y dictando segunda sentencia conforme a derecho en la que, **manteniendo íntegramente los hechos declarados probados por el Tribunal “a quo”, se interprete jurídicamente el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente en el sentido anteriormente indicado**, es decir incluyendo en su ámbito punitivo tanto los comportamientos omisivos que oculten la carga al comprador, como los activos que informen de la cancelación de la carga sin que dicha información responda a la realidad». (F. J. 7º)

ESTAFA. Modalidad impropia: “doble venta”.

Recurso: Casación nº 488/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 209/2012 de fecha 23/03/2012

«Como recuerdan las SSTS núm. 819/2009 y núm. 780/10, de 16 septiembre, los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes: 1º) Que haya existido una primera enajenación. 2º) Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación "antes de la definitiva transmisión al adquirente", es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3º) Que se cause perjuicio a otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código Civil. 4º) Que el acusado haya actuado con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

En consecuencia es cierto que no puede exigirse en los supuestos de estafa impropia del art 251 una aplicación rígida de los elementos de la estafa común, lo que no resulta posible en todos los casos al tratarse de preceptos autónomos. En casos como el aquí enjuiciado, el perjuicio del primer adquirente no resulta de una maniobra engañosa que haya determinado su acto de disposición, sino de una conducta posterior realizada con un tercero, en la que no es imprescindible que éste resulte engañado ni que resulte perjudicado, ya que el precepto admite como elemento típico alternativo el perjuicio de uno u otro. Y lo cierto es que, en el caso actual, el tercero que ha colaborado de mala fe en la segunda venta, no ha resultado engañado ni perjudicado.

Ni siquiera es necesario para la apreciación del delito de doble venta que la voluntad o el propósito de realizar la segunda venta precedan en el tiempo a la ejecución de la primera. El tipo solo exige que, habiendo sido efectuada una primera venta, se venda nuevamente la cosa a otro antes de la definitiva transmisión. En cuanto a la relación de causalidad, en estos delitos no es preciso que el engaño determine un acto de disposición, aunque el perjuicio debe derivarse de la acción constitutiva de la segunda venta». (F. J. 7º)

ESTAFA. Principio de confianza.

Recurso: Casación nº 486/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 76/2012 de fecha 15/02/2012

«Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, “*el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el*

fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”.

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, y se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo, *“un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”*, reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que *“La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.*

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos –algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa”.

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección». (F. J. 20º)

ESTAFA. Tipo agravado: estafa procesal (nueva regulación).

Recurso: Casación nº 486/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 76/2012 de fecha 15/02/2012

«...en lo relativo a la manipulación de pruebas, el tipo penal -actual art. 250.1.7 CP redacción según LO 5/2010, de 22-6-, exige que se trate de pruebas en las que las partes fundamenten sus alegaciones, por lo que si se trata de pruebas que no tienen tal fin, su eventual manipulación no tendrá eficacia para apreciar una estafa procesal. A lo que han de añadir que no cabe apreciar engaño cuando tiene lugar una discusión en el seno del procedimiento sobre el alcance jurídico de unos hechos concretos, pues precisamente para dilucidar tales cuestiones acuden a las partes a la vía judicial.

En este sentido de la STS 853/2008, de 9-12, se deduce que no es suficiente cualquier ocultación o inexactitud derivada del planteamiento de la cuestión en sede civil, y en un caso en que el hermano de un fallecido denunció que la querellada, viuda de éste, se arrogó indebidamente la condición de heredera ab intestado, ya que tenía conocimiento de descendientes extramatrimoniales del causante, estimó que "...no ha existido estafa procesal. La quiebra del principio de legalidad, por sí sola, no integra el delito que se dice cometido" (de estafa procesal), añadiendo que: "la determinación de un alcance típico no puede fijarse criminalizando toda ocultación al órgano jurisdiccional...pues esta forma agravada de estafa (...) no tiene por objeto sancionar a todo aquel litigante que quebrante el deber de buena fe que impone, con carácter general, el art. 11 LOPJ"». (F. J. 2º)

EXCUSA ABSOLUTORIA. Improcedencia respecto del delito de falsedad documental y estafa.

Recurso: Casación nº 928/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 23/2012 de fecha 25/01/2012

«En relación con la aplicación de la excusa absolutoria al delito continuado de falsedad de documento mercantil, porque este ilícito penal queda extramuros de aquélla, como ya se ha dicho repetidamente por esta Sala, entre otras, en SS.T.S. de 30 de junio de 1.981, 25 de febrero de 2.005 y 24 de abril de 2.007.

Y en cuanto al delito continuado de estafa, porque el art. 268 C.P. extiende sus efectos únicamente al autor de la defraudación cuando la víctima sea su cónyuge en los casos no exceptuados en el precepto, ascendientes o descendientes y hermanos por naturaleza o adopción y los afines en primer grado siempre que vivan juntos». (F. J. 2º)

EXIMENTES. Eximente completa de alteración psíquica. Compatibilidad con alevosía y ensañamiento en delito de asesinato.

Recurso: Casación nº 11024/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 216/2012 de fecha 01/02/2012

«En el único motivo de sus respectivos recursos, y en ambos casos bajo el amparo del art. 849.1º LECrim, el Ministerio Fiscal y la acusación particular vienen a denunciar la incorrecta aplicación por el TSJ de Castilla y León del art. 101.1 del Código Penal, relacionándolo con los arts. 139 y 140 del mismo Texto legal. Cuestionan que, revocando el pronunciamiento de instancia, la sentencia dictada por la Sala de procedencia declare incompatibles las circunstancias cualificadoras del asesinato que apreció el tribunal del jurado (alevosía y ensañamiento, art. 139.1º y 3º CP) con la eximente completa de alteración psíquica del art. 20.1ª CP, razón por la que el TSJ, al modificar la calificación jurídica de los hechos para incardinarlos en la modalidad básica del homicidio (art. 138 CP), reduce la duración de la medida de internamiento en centro psiquiátrico adoptada como sustitutiva de la pena de prisión correspondiente, que queda así fijada en quince años, frente a los veintidós iniciales.

Coinciden las acusaciones recurrentes en exponer que, a la vista de los hechos declarados probados, ambas circunstancias agravatorias no sólo resultan concurrentes, sino que devienen plenamente compatibles con lo prevenido para los inimputables en el art. 101.1 CP, como así lo viene entendiendo esta Sala de Casación respecto de la alevosía desde el Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de 26/05/2000. Para las acusaciones, la compatibilidad de ambas circunstancias agravatorias con la declaración de exención de responsabilidad penal implica hacer abstracción de la dimensión subjetiva de aquéllas para valorar meramente su aspecto objetivo, dada la inexistencia de culpabilidad en el declarado exento de responsabilidad penal, en apoyo de lo cual citan las SSTS núm. 482/2010, de 4 de mayo; 47/2004, de 23 de enero; 1176/2003, de 12 de septiembre; y 494/2000, de 29 de junio.

Los recursos deben ser estimados.

(...)

Aunque el Acuerdo de esta Sala se refiere únicamente de forma expresa a la alevosía, es obvio que debe de entenderse extensible a cualesquiera otras circunstancias agravatorias de similares características. Así lo apreció la STS núm. 482/2010, de 4 de mayo, respecto de la premeditación. También la STS núm. 47/2004, de 23 de enero, que, sobre la base de la citada STS núm. 494/2000, viene a equiparar alevosía y ensañamiento a efectos de aplicación del Acuerdo, en un supuesto muy semejante al actual. Este mismo criterio de la doble subsunción por apreciar alevosía y ensañamiento se sigue en la STS núm. 345/2007, de 24 de abril, en la que se expone: “(...) *para examinar si concurrieron en el caso los requisitos del asesinato que apreció la sentencia recurrida, la alevosía y el ensañamiento (art. 139.1ª y 3ª), a estos efectos de determinación del límite de la duración del internamiento acordado, hemos de prescindir de los elementos de naturaleza subjetiva que los definen, porque se encuentran conectados con el elemento de culpabilidad que aquí no existió y cuya falta propició la absolción. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad está en la base de esos elementos subjetivos que contribuyen a configurar tanto la alevosía como el ensañamiento. Si no hay capacidad de culpabilidad no cabe tener en consideración tales elementos subjetivos, por lo que nos hemos de limitar a examinar si concurren los elementos propios de tales dos agravantes constitutivas del delito de asesinato. En definitiva, la peligrosidad, fundamento de la medida de seguridad, ha de cuantificarse en base sólo a tales elementos objetivos*”.

Los precedentes jurisprudenciales que acabamos de señalar son perfectamente compatibles con las circunstancias del caso que analizamos, para lo cual debemos partir de la declaración de hechos probados de primera instancia, de la cual parte también intangiblemente el órgano “a quo” al rectificar la calificación jurídica de los hechos que impugnan las acusaciones. La misma refiere que, encontrándose el acusado a solas con su madre en la vivienda de ésta la tarde-noche de autos, a la que acudió para cenar juntos, procedió el primero, sin que se conozca el motivo, a coger “*un cuchillo de cocina de unos 22 centímetros de hoja*”, con el que atacó a su madre “*de forma sorpresiva, aprovechando la superioridad que le brindaba su atlética constitución física y las derivadas de las diferencias propias de la edad*” (se dice en otro pasaje que al tiempo de los hechos el agresor contaba 30 años de edad, mientras que su madre tenía 60 años en esa fecha), todo lo cual “*disminuyó la posibilidad de reacción de (la víctima), así como de las posibilidades de ayuda de terceras personas*”, causándole “*un total de cincuenta y siete heridas incisas en otras tantas partes del cuerpo, región craneofacial, tórax, abdomen, extremidades superiores e inferior derecha, región perineal y cuello*”, siendo precisamente las dos heridas del cuello las que, afectando al paquete vásculo-nervioso de la zona paravertebral derecha y seccionando la tráquea, le provocaron la muerte, fin éste buscado por el agresor. Se dice a continuación que, al ocasionar a su madre tal cúmulo de heridas punzantes, el acusado “*buscó causarle un sufrimiento innecesario y desproporcionado, más allá del originado por los estrictos actos causantes de las lesiones mortales*”». (F. J. 3º)

EXIMENTES. Eximente incompleta de legítima defensa. Efecto penológico. Indulto parcial.

Recurso: Casación nº 1164/2010

Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 927/2011 de fecha 20/09/2011

«Esta Sala tras rechazar todos los motivos del recurso formalizado por Daniel G. R., estima que concurren en su caso claras razones de equidad y justicia que aconsejan que no vuelva a prisión para cumplir la parte de pena que le reste de cumplimiento. Según obra en la causa, estuvo en prisión provisional desde el día 8 de Noviembre de 2008 hasta el 7 de Abril de 2010, es decir, un año y cinco meses.

Daniel G. ha sido condenado a tres años de prisión por el delito de homicidio en tentativa y a ocho meses de prisión por lesiones, concurriendo en ambos casos la eximente incompleta de legítima defensa. El Tribunal sentenciador acordó la rebaja en un grado, criterio que como manifestación discrecional y razonada del Tribunal hemos mantenido en este control casacional, pero no podemos olvidar la brutal agresión a que estaba siendo sometido Carlos V. por los otros tres recurrentes y por otras dos personas desconocidas. Es en esta situación cuando como manifestación de un deber de solidaridad en defensa de su amigo intervino el recurrente, ciertamente con un exceso que acreditó una desproporción de medios y por lo que ya ha estado en prisión según se deduce de los autos un tercio del total del tiempo aproximadamente.

Si a ello se une que en relación a las indemnizaciones a que debe de hacer frente, es un total de 19.625'30 euros y que el Tribunal sentenciador no hizo uso del art. 114 Cpenal ni tampoco la defensa ha recurrido estos pronunciamientos civiles, estimamos que la desproporción en la defensa ya está suficientemente compensada con el tiempo que ha estado en prisión.

Por ello, esta Sala, solicitará del Gobierno Indulto parcial de la parte de la pena de prisión que le resta por cumplir». (F. J. 7º)

EXIMENTES. Trastorno límite de la personalidad: doctrina.

Recurso: Casación nº 11125/2011 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 87/2012 de fecha 17/02/2012

«Al respecto conviene recordar la doctrina jurisprudencial que, si bien admite que los trastornos de la personalidad o psicopatías pueden ser considerados dentro del ámbito del artículo 20.1ª, recuerda en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, *"en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido"* (STS nº 696/2004, de 27 de mayo; nº 1363/2003, de 22 octubre; núm. 2167/2002, de 23 diciembre y la de 10 de junio de 2009 resolviendo recurso 11597/2008).

Pues bien en el caso que juzgamos lo que el Tribunal de Instancia proclama es que D. Raúl sufre un trastorno de personalidad, tal como reflejan los informes periciales que el recurrente invoca. Pero que, según explicación del facultativo, esos trastornos *no interceden en el elemento intelectual y volitivo*. La trascendencia no va mas allá de un *menor control de los impulsos*

Al respecto cabe recordar lo que dijimos en la Sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2011 resolviendo el recurso 10778/2010: *"...El acusado presenta rasgos de personalidad compatibles con un trastorno límite de la personalidad, con cierta dificultad de contención de impulsos, circunstancia que consideramos no incidió el día de los hechos en modo alguno en sus capacidades intelectivas y volitivas.... sobre todo en un supuesto en que no existió ningún tipo de provocación por parte de la víctima...."*

Por lo que se refiere a la incidencia que pudiera haber tenido el consumo de drogas por el recurrente, tampoco apreció en base a los informes déficit intelecto-volitivo alguno, en la medida que no se está en un caso de delincuencia funcional, no existió prueba que acreditase que el día de autos actuase bajo la influencia de ingesta de cocaína. En tal sentido, los informes del centro médico solo acreditaron un consumo de cocaína bajo un patrón de "consumo de fin de semana".

Lo que nos lleva a desestimar el motivo». (F. J. 1º)

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Ciudadano de la Unión Europea (Rumanía): no procede.

Recurso: Casación nº 2445/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 606/2012 de fecha 13/07/2012

«La recurrente, condenada por el Tribunal de instancia como autora de un delito de uso de tarjetas de crédito falsificadas, a la pena de tres años de prisión que, en la misma Sentencia, se sustituía por la expulsión del territorio nacional por tiempo de seis años, fundamenta su Recurso de Casación en un Único motivo por infracción de Ley, tanto por "error facti" (art. 849.2º LECr) como por indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal (art. 849.1º LECr), al haberse acordado la referida expulsión incorrectamente por tratarse de una ciudadana de la Unión europea.

El Fiscal apoya expresa e íntegramente el motivo y el Recurso.

Y les asiste la razón en este caso a ambos, tanto al Ministerio Público como a la recurrente, toda vez que, en efecto, al tratarse de una ciudadana rumana y, por ende, con los derechos propios de la ciudadanía europea desde la incorporación a la Unión de su país de origen a partir del Tratado de Adhesión del mismo, de 25 de Abril de 2005, ratificado por España el 29 de Diciembre de 2006 y con eficacia plena desde el 1 de Enero de 2007, le es de aplicación el derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y concretamente en el español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.1 del R.D.

240/2007, de 16 de Febrero, que traspone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril, reguladora de esta materia.

Lo que, por otra parte, la excluye del ámbito de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a quienes en principio resulta de aplicación la expulsión contemplada en el artículo 89 del Código Penal como sustitutiva de la prisión, cuando el condenado no reúna los requisitos necesarios para ser considerada legal su residencia en nuestro país.

Tan sólo por razones graves de orden o seguridad públicas, contempladas en el artículo 15.1 del ya referido R.D. 240/2007 y declaradas expresa y concretamente por la Autoridad administrativa competente para ello, los extranjeros comunitarios y asimilados pueden sufrir la expulsión. Lo que evidentemente no se da en el caso presente.

Así mismo, la ausencia de inscripción en el Registro de ciudadanos comunitarios residentes en España, a que se refiere el art. 7 del reiterado R.D. 240/2007, tampoco permitiría, contra lo que afirman los Jueces “a quibus”, su expulsión de nuestro territorio ya que, como la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011 afirma, al hallarnos, conforme a lo ya antes dicho, ante un derecho de residencia originario, la inscripción registral tiene un mero carácter formal, no constitutivo.

Pero es que, además, la recurrente sí que se encuentra inscrita en ese Registro, al menos desde Agosto de 2010, como acredita de forma procesalmente irregular, por extemporánea, mediante la aportación de la oportuna certificación ante este Tribunal, aunque forzada por la imposibilidad de hacerlo anteriormente al no haber sido instada la expulsión por el Fiscal ante la Audiencia de forma indebida hasta su Informe final, una vez concluida la fase probatoria.

Razones por las que procede, en definitiva, la estimación del Recurso, con el dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias derivadas de esta estimación». (F. J. 1º)

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Derecho transitorio. Reforma de la LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 10524/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1023/2011 de fecha 04/11/2011

«... el artículo 89 CP, en lo que aquí interesa, tras las modificaciones incorporadas al mismo por Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, ha pasado a tener la siguiente redacción: «1. *Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes*

personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

.....

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

La reforma no ha variado la ubicación de este precepto dentro del Capítulo III del Título III del Libro II del Código Penal, dedicado a las «formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», capítulo que a su vez se subdivide en dos Secciones, respectivamente dedicadas a la suspensión de la ejecución y a la sustitución de las penas privativas de libertad, siendo esta última la que atañe al caso aquí examinado. La primera conclusión que dimana de lo anterior es que en el caso de la expulsión no estamos ante una verdadera «pena», al figurar como tal entre las que, como principales o accesorias, ha querido el Legislador al situarlas, bajo un catálogo cerrado, en los arts. 32 y siguientes CP, sino ante una forma «sustitutiva» de la ejecución penal que se ofrece como una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

Delimitada de este modo la naturaleza de la expulsión, debemos examinar su incidencia en la interpretación de las reglas transitorias cuya aplicación postula el recurrente. Así, como consecuencia de cuanto acaba de exponerse, no resulta aplicable al caso de la expulsión lo señalado en el inciso segundo del apartado 1) de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, según el cual los Jueces y Tribunales “(...) *procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia*”. El recurrente se ha aquietado a la decisión de la instancia que estimó perfectamente imponibles los mismos tres años de prisión conforme a la nueva redacción del artículo 368 C.P. por el que fue condenado. Por ello, tal regla transitoria no resulta aplicable a la medida de expulsión, puesto que esta alternativa a la prisión ni goza de la condición de pena ni ha sido, por el momento, ejecutada.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de los supuestos que prevé la misma disposición transitoria en sus apartados 2) y 3), según los cuales no se revisarán *“las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida”*, como tampoco *“las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley”*, redacción que viene a coincidir con la que ya tuvieron las Disposiciones Transitorias Quinta (segundo inciso) y Sexta (primer inciso) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal, que continúan estando vigentes, la solución seguiría siendo la misma.

En cualquier caso, los diez años de prohibición de regresar a España que el Tribunal de instancia impuso al penado, con su conformidad expresa, siguen estando abarcados por el actual abanico temporal del art. 89 CP, por lo que ni siquiera entendiendo que estuviéramos ante una pena -lo que hemos descartado- procedería la solicitada revisión, al ser en tal caso aplicables las pautas de taxatividad que asimismo dimanaban de la Disposición Transitoria Segunda, antes transcrita, y que impiden la revisión en el caso de que la duración anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, lo que sin ninguna duda sucede en el supuesto de autos». (F. J. 2º)

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. Interpretación procesal del art. 89 CP.

Recurso: Casación nº 11148/2011 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 28/2011 de fecha 25/01/2012

«Por tesis general, para las penas *inferiores* a los seis años de prisión, el art. 89.1 del Código Penal, dispone que pueden ser sustituidas en la *sentencia* por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Y que “también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior”.

(...)

Para otro tipo de sanciones penales, hay que acudir al apartado 5 del citado art. 89 del Código Penal, a cuyo tenor, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de

la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Esta clase de expulsión, acordada en el curso de la ejecución de la pena – referida ésta a cualquier pena privativa de libertad, cuya duración no se especifica y que es aplicable en consecuencia a todas ellas–, ha sido entendida en cuanto a su naturaleza más bien como una medida de seguridad por razones de política migratoria, y que permite la expulsión para el caso de que el reo haya accedido al tercer grado penitenciario, o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Dicha posibilidad se condiciona a que lo solicite el Ministerio Fiscal, pues el precepto comienza señalando “a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas”, si bien en el último inciso, cuando la ley regula su rechazo por el órgano judicial ejecutor de la pena de forma motivada, tal rechazo lo será, de nuevo, previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo que sugiere que igualmente podría haberlo solicitado el penado, ya que, en caso contrario, esta nueva audiencia del Ministerio Fiscal carece en absoluto de sentido.

En punto al momento procesal que pueda ser el procedente para utilizar esta sustitución del cumplimiento de la pena por la expulsión al transcurso de las tres cuartas partes de la condena, que es nuestro caso, claramente el precepto comentado se refiere a que los jueces o tribunales pueden acordarlo “*en sentencia, o durante su ejecución*”, de manera que, en este apartado, ninguna infracción legal se habrá cometido, al diferir a dicho trámite la Audiencia la decisión sobre tal particular incidencia de la ejecución.

De forma que al no tratarse de una pena conformada, y siendo la referida sustitución una incidencia de la ejecución, que puede ser acordada en sentencia o en fase de ejecución, no se ha producido ninguna infracción legal, y desde luego, constitucional, por lo que esta censura casacional habrá de ser desestimada, sin perjuicio de la unidad de actuación que debe regir el comportamiento procesal del Ministerio Fiscal, a salvo las excepcionalidades que habrán de ser ulteriormente justificadas». (F. J. 2º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de “documento mercantil”.

Recurso: Casación nº 1394/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 387/2011 de fecha 27/12/2011

«El núcleo de la disensión con la sentencia es la conceptualización de lo que deba entenderse por documento mercantil, dotado de una especial protección en el ordenamiento jurídico penal. Es tradicional la distinta conceptualización que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para definir el documento continuado. Así, mientras en la doctrina ha considerado un concepto restringido de lo que deba entenderse por documento mercantil, para permitir la diferenciación entre el tipo de la falsedad y la estafa, o más concretamente el engaño documentado de la estafa, y guardar cierta relación de proporcionalidad con los otros documentos de especial protección en el tipo de las falsedades, los documentos públicos y los oficiales. La jurisprudencia por el contrario, ha mantenido un concepto amplio del documento

mercantil. Por tales se ha considerado todos aquellos documentos que expresan o recogen una operación de comercio (STS 417/2010, de 7 de mayo) y destinados a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza mercantil. Se trata de documentos que sean expresión de una operación comercial, que plasmen la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sean para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de carácter mercantil, y por tales ha de comprenderse no sólo los actos y negocios contenidos en el Código de comercio o en 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 (STS 1196/2009 de 23 de noviembre).

Desde lo expuesto es llano afirmar que la falsificación de nóminas, con las que aparentar una solvencia económica o unos ingresos fijos, no pueden ser encuadradas en el concepto de documento mercantil que para el Código penal es objeto de una especial protección frente a otras falsificaciones documentales de documentos privados.

Ahora bien, señalado lo anterior, la recurrente ha sido condenada por un delito continuado de falsedad documental en documento mercantil, por lo que aunque se excluyera de la condena este hecho, el contenido en el apartado 5 letra d), los hechos serían igualmente subsumibles en la tipicidad declarada en la condena por lo que el motivo se desestima. Así, junto a documentos mercantiles de compra, el hecho refiere la mendacidad documentada en contratos de préstamo mercantil haciéndose pasar por su hermana y su madre, documentos que son, sin duda, de naturaleza mercantil». (F. J. 9º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Destipificación de la falsedad ideológica: diferencias con el hecho típico de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Recurso: Casación nº 1143/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 586/2012 de fecha 06/06/2012

«La decisión adoptada por el legislador en 1995 al despenalizar el hecho de faltar a la verdad en la narración de los hechos en documentos públicos, oficiales o mercantiles, con relación al comportamiento de los particulares, ha de restringirse a la razón de tal proceder. Así, no habrá falsedad cuando el documento no tenga vocación de entrar en el tráfico jurídico, de modo que se trate de afirmaciones dirigidas a otros ámbitos de la vida social, de mero contenido personal, familiar o afectivo, en donde el derecho penal no deba adentrarse para depurar las posibles discrepancias entre la verdad o la falta de ella. Sin embargo, como señalaba la citada STS núm. 324/2009, de 27 de marzo, la destipificación de la denominada falsedad ideológica operada por particulares en documentos de la clase que hemos citado anteriormente (fuera de los estrictamente privados) ha de interpretarse bajo otros parámetros, pues su vocación jurídica es incuestionable y la narración de la verdad afecta, en consecuencia, a la correcta aplicación de las normas jurídicas que rigen las relaciones intersubjetivas entre las partes, dada su función probatoria, o de

la sociedad con sus componentes individuales. Y claro es que el estado no puede mantenerse ajeno cuando de la protección de la verdad se trata, como sustrato de aplicación de las leyes, pues de la verdad irradia la justicia en la aplicación del derecho.

De modo que estaremos ante un supuesto atípico cuando el particular falte a la verdad en la narración de los hechos que se incorporan a un documento público, oficial o mercantil con efecto de mera interpolación no esencial, es decir, cuando introduzca mendazmente un elemento falsario de estricta aportación personal en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere. Por ejemplo, una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso) en una escritura de compraventa (documento público), otorgada ante notario; o una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o el suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o la intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles).

Pero nunca podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que en apariencia se trate de un documento verdadero, siendo falso en su totalidad o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular *“un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”*. Es, pues, la mutación de la autenticidad lo que confiere trascendencia penal a la conducta del autor.

(...)

En el caso de autos, la Audiencia de origen, no obstante reconocer que las facturas entregadas por Juan José eran íntegramente falsas, descarta cualquier género de responsabilidad penal por este hecho bajo la circunstancia de no haberse visto afectado el tráfico jurídico mercantil, dado que únicamente se aportaron tras el requerimiento efectuado desde el departamento de contabilidad de la mercantil perjudicada y, por tanto, estando ya materializado el cobro de los pagarés (F.J. 3º de la sentencia). No obstante, confunde de este modo cuestiones meramente concursales -que analizaremos en el siguiente fundamento de esta resolución- con la circunstancia de que, al redactarse dichas facturas con el fin de servir de cobertura al previo cobro de los pagarés, lo que en definitiva se pretendía era encubrir un cobro improcedente, aparentando una prestación de servicios entre empresas verdaderamente no realizada, lo que, como interesa la acusación recurrente, reviste los caracteres de simulación con efectos en el tráfico mercantil y, por ende, típica.

No nos encontramos ante una de aquellas modalidades atípicas por su carácter privado a las que antes nos hemos referido, sino ante una falsedad dirigida, única y exclusivamente, a desplegar efectos contables ante la mercantil requirente, tratando de justificar unos pagos ausentes de causa contractual, según establecen los arts. 1274 a 1277 Código Civil, a los que expresamente remite el art. 50 del Código de Comercio. Dicha conducta se subsume así sin dificultad en los arts. 392 y 390.1.2ª CP». (F.J. 2º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Retroactividad (LO 5/2010).

Recurso: Casación nº 11266/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1350/2011 de fecha 09/12/2011

«Según la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, primer inciso, *«[e]l Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley. Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia»*. Por su parte, para decidir cuál sea la redacción legal más favorable al reo, la Disposición Transitoria Primera obliga a valorar *«las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley»*, lo cual supone que para efectuar la comparación debe acudir al art. 399 bis en toda su extensión, y dicho precepto considera procedente aplicar la pena en su mitad superior en el caso de que los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o bien los hechos se comentan en el seno de una organización criminal dedicada a estas actividades.

De lo expuesto se sigue, tal y como entendió la Audiencia de origen y apunta igualmente el Fiscal en su informe, que la norma a aplicar con arreglo a la nueva redacción legal sería el apartado 1 del artículo 399 bis CP, pero no limitado a su primer inciso, sino incluyendo esa doble referencia de afectar a una generalidad de personas y de cometerse en el seno de una organización criminal particularmente dedicada a estas actividades. Y tal subsunción conlleva que el abanico sancionador pase así a situarse en la mitad superior del previsto con carácter general para la modalidad básica (de cuatro a ocho años de prisión). Estaríamos, pues, ante un marco punitivo inicial de entre seis y ocho años de prisión, que por otro lado habría que graduar en su respectiva inferior en grado ante la estimación en la instancia de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada (art. 66.1.2ª CP), es decir, entre tres y seis años de prisión.

Ejecutadas estas operaciones individualizadoras, no hay duda de que los cinco años de prisión impuestos al recurrente en la sentencia de conformidad resultarían asimismo imponibles en la actualidad, por lo que, de acuerdo con las pautas de taxatividad que dimanarían de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010, no procede revisar su condena. Debe además tenerse en cuenta que no estamos en presencia de una aislada falsificación de tarjetas de crédito, sino de una acción de cuya considerable gravedad da cumplida cuenta el propio relato histórico, en donde se detallan las numerosas operaciones falsarias acometidas por

los procesados mediante el uso de esas tarjetas falsas, junto con el amplio dispositivo de medios -personales y materiales- necesarios para ello, lo que denota un alto nivel de antijuridicidad que lleva a estimar inoportuna una doble reducción en grado vinculada a la atenuante muy cualificada». (F. J. 2º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Tenencia de útiles (art. 400 CP): consumación.

Recurso: Casación nº 2222/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 988/2011 de fecha 30/09/2011

«Que el art. 400 del Código Penal disponga como uno de sus elementos típicos objetivos que tales útiles y programas estén específicamente destinados a la fabricación de moneda falsa, no quiere decir que haya de tratarse de unos materiales o equipos cuyo uso no pueda tener otras finalidades, de manera que una impresora o un ordenador pueden llevar a cabo tales cometidos, o una prensa, o bien una imprenta, tintes, disolventes, fijadores, etc. siendo evidente que de tales elementos se valen las administraciones públicas competentes para la fabricación de la moneda auténtica, pero es que en el caso, dentro de tales equipos, los archivos y programas informáticos estaban preparados y eran aptos para la digitalización de billetes que tenían que ser ulteriormente elaborados con la apariencia de auténticos. De tal modo, que de la lectura de los hechos probados claramente se deduce que esa multitud de instrumentos informáticos, junto a tintas, prensas, secaderos, etc. eran útiles necesarios para su fabricación, como, por otra parte, ellos mismos confesaron ante la autoridad judicial. Y siguiendo con sus declaraciones, en realidad lo que iban a hacer, momentos antes de ser detenidos por la policía autonómica catalana, era “desembarazarse de los documentos que pudieran ser *peligrosos*, entre los que estaban los documentos de identidad falsos”, sin que este dato revele desistimiento alguno activo, sino una fórmula de protección ante una inminente presencia e intervención policial, sospechada por ellos mismos, que, en efecto, muy pronto quedó corroborada por la secuencia de los acontecimientos. José R. R. declaró en el plenario: “fuimos al almacén... recogimos todo lo que nos parecía que podía ser (...) peligroso, y nos lo llevamos, y cuando salimos a la calle, nos detienen los Mossos de Esquadra y me encuentran a mí todo lo que llevaba... pero aquello era para *tirarlo*”.

La STS 567/2006, de 9 de mayo, declara que la expresión «específicamente destino a la falsificación» hace referencia a la aptitud y cualidad del objeto para servir a la falsificación, esto es, cuando no se encuentra otra utilidad en el mismo, lo que sucede con los programas que se encontraban archivados en el disco duro del ordenador, las imágenes digitalizadas de los billetes y los documentos, y el resto de elementos que les fueron incautados.

Por consiguiente, no hubo tentativa alguna, ni desistimiento activo, ya que el delito se encontraba consumado (nos remitimos a la jurisprudencia que ya hemos citado *ut supra*), pues los útiles se encontraron en la nave y en el domicilio, y la falsedad documental estaba ya consumada, sin que sea necesario que el documento falso o el papel moneda entre el tráfico jurídico, pues la misma confección es ya delictiva, por lo que no puede atenderse la rebaja punitiva que en

virtud del reclamado art. 62 del Código Penal, se denuncia en el motivo undécimo del recurso, que igualmente tampoco puede prosperar». (F. J. 6º)

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Nueva regulación. Concurso delito con estafa: alternatividad.

Recurso: Casación nº 10449/2011 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 971/2011 de fecha 21/09/2011

«...el concurso presenta todas las características de un concurso aparente de normas, no un concurso de delitos, tal y como ha entendido la Audiencia Nacional. En efecto, el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

La relación entre el art. 399 bis, apartado 3 y el art. 248.2 c) del CP no es sino la propia de una relación de alternatividad que ha de resolverse mediante la aplicación del precepto que prevea pena más grave, en este caso, el primero de los tipos mencionados, que castiga la acción con la pena de prisión de 2 a 5 años. Es cierto que algunos autores han matizado el alcance de esa relación de alternatividad, puntualizando que mientras el art. 399 bis, apartado 3, tipificaría aquellas acciones en las que el sujeto activo, a sabiendas de su falsedad, utiliza la tarjeta de crédito o débito en perjuicio de un tercero, el art. 248.2.c) sancionaría aquellos otros casos en los que la utilización de esa tarjeta de crédito o débito se produciría al margen de cualquier falsificación, es decir, en los supuestos en los que el autor ha sustraído o se ha encontrado con un instrumento de pago auténtico pero que no le pertenece.

Sea como fuere, en el caso que nos ocupa, los hechos probados, si bien excluyen, por falta de fundamento probatorio, la participación de Bee Bee en la falsificación, no dejan duda acerca del conocimiento que éste tenía respecto del carácter falso de las tarjetas de crédito que empleó para lucrarse. De ahí que por una u otra vía interpretativa, la aplicación del apartado 3 del art. 399 bis del CP resulte obligada, excluyendo la sanción por el delito de estafa (art. 8.4 CP)». (F. J. 4º)

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Nueva regulación y penalidad (LO 5/2010).

Recurso: Casación nº 10503/2011 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 39/2012 de fecha 01/02/2012

«En efecto, la reforma de 2010 ha modificado la calificación jurídica en el delito estudiado. El delito de falsificación de tarjetas de crédito, otrora residenciado en el art. 386, en relación con el art. 387 C.P., se ha reconducido expresamente al art. 399 bis C.P. Es verdad que en el tipo básico del art. 386 C.P., que es el que resultó aplicado, la penalidad privativa de libertad discurre de 8 a 12 años de prisión -el razonamiento no se extiende a la pena pecuniaria-. También lo es que la Ley Orgánica 5/2010 ha añadido una Sección 4ª al Capítulo II del Título XVII C.P., en la que incluye el artículo 399 bis C.P., como una forma específica de falsedad documental. En el novísimo precepto se tipifica el comportamiento de la alteración, creación ex novo, reproducción, copia o cualquier otra forma de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Tales instrumentos de pago, que son los principales a los que se refiere la Decisión Marco 2001/413, ya no son equiparados a moneda legal por el legislador. La penalidad asignada a estas conductas es de 4 a 8 años de prisión. Por otro lado, **no consta que los efectos falsificados hubiesen afectado a una generalidad de personas o se hubiesen cometido en el marco de una organización criminal**, pues de concurrir cualquiera de estos dos parámetros alternativos, el actual artículo 399 bis C.P. permite imponer la pena superior en grado y por tanto ya no sería posible la revisión. Y en el caso examinado, la única mención que aparece en el "factum" es que los acusados "formaban parte de un grupo estructurado", expresión manifiestamente insuficiente para identificarla con una "organización criminal", pues es de común experiencia que todo grupo de personas que se dedica a una actividad delictiva, necesariamente tiene cierto nivel de estructuración para realizar tales actividades.

El segundo factor comparativo son las circunstancias. Concurría una atenuante como muy cualificada. Y esto pasa a ser decisivo. De acuerdo con los efectos jurídicos inherentes a la cualificación, como quiera que junto a la atenuante muy cualificada, no concurriera agravante alguna, de conformidad con el artículo 66.1.2 C.P. se rebajó en un grado la pena. Ese descenso en un grado de la pena, obligatorio y preferido frente al descenso facultativo en dos, es precisamente el que permitió establecer al Tribunal a quo la penalidad concreta en 4 años. Tal rebaja fue correcta, pues dentro del grado descendido de 4 años a 8 años menos 1 día de prisión, se optó por la imposición de la pena definitivamente seleccionada de 4 años.

En la actualidad el tipo básico discurre de 4 a 8 años, y concurrente una sola circunstancia, la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, no concurrente agravante alguna, la aplicación del art. 66.1.2 C.P., respetando ese descenso obligado en un solo grado, nos conduce a una pena que discurre de 2 a 4 años menos 1 día de prisión.

Por ello la penalidad exacta de 4 años no es imponible con la nueva legislación, por lo que procede la revisión. Podría haberse impuesto la pena de 4 años menos 1 día de prisión, pero no la de 4 años. Y no resulta imponible la pena de 4 años, porque descendida en un grado la pena "el límite máximo de la pena

inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley al delito reducido en un día", según el art. 70.1.2 C.P., reformado por L.O. 15/2003.

Así las cosas, la revisión es obligada y respetando el criterio del Tribunal de instancia, dentro del nuevo arco punitivo podría optarse por la pena de 2 años que representa el mínimo del grado descendido.

Procede pues revisar la pena y de no hacerlo obviaríamos lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª, apartado primero, de la L.O. 5/2010, cuando recoge que "en las penas privativas de libertad no se considerarán más favorables esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a la reforma del Código". En nuestro caso, esa pena de 4 años no era imponible, luego ha de revisarse.

Consecuentemente el motivo debe estimarse por lo que el Auto objeto de este recurso debe ser anulado con el efecto de revisar, solo la pena privativa de libertad del delito estudiado, que pasará de 4 a 2 años de prisión. La pena pecuniaria por este delito se dejará sin efecto, al haber desaparecido el artículo 399 bis C.P. El resto de la condena se mantendrá igual». (F. J. 3º)

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO. Subtipo agravado de "generalidad de afectados".

Recurso: Casación nº 11661/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 57/2012 de fecha 02/02/2012

«El nuevo subtipo agravado del art. 399 bis del C. Penal dice literalmente lo siguiente: "*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas...*".

La dicción de la nueva norma coincide, por tanto, con la redacción que acoge el C. Penal cuando, en el art. 74.2, tipifica el delito masa, ya que también aquí se contempla el supuesto de que la conducta delictiva perjudique a "una generalidad de personas".

Esa expresión la viene aplicando la jurisprudencia en los delitos patrimoniales cuando resulta afectado un gran número de personas, de modo que, tal como recuerda la sentencia de esta Sala 439/2009, de 14 de abril, remitiéndose a la 129/2005, de 11 de febrero, incluso se ha rechazado que sea suficiente la mera existencia de 45 perjudicados para que pueda hablarse de generalidad de personas.

En el presente caso, tal como recuerda el Ministerio Fiscal, ni siquiera se concreta en la sentencia objeto de revisión el número de perjudicados. Es cierto que, según se describe en ella, se intervinieron en poder del acusado 78 tarjetas blancas con banda magnética, a las cuales se habían incorporado los datos de tarjetas de crédito/débito legítimas, y en todas ellas constaba la anotación del código PIN; sin embargo, no se concreta el número de titulares de tales tarjetas. Por

lo cual, y al resultar factible que varias tarjetas puedan ser atribuidas a un solo titular o a distintos titulares, se desconoce el número aproximado de afectados por la conducta delictiva». (F. J. Único)

HOMICIDIO. Autoría. Tentativa.

Recurso: Casación nº 1653/2010

Ponente: Sr. Maza Marrtín

Sentencia: nº 297/2012 de fecha 10/04/2012

«Si a quien dispara con un arma de fuego apuntando a la cabeza de otro, aún cuando no llegue ni tan siquiera a rozarle y no insista posteriormente con un nuevo disparo, es evidente que ha de atribuírsele la autoría de un intento de homicidio (STS de 28 de Enero de 2005, por ej.), el supuesto que aquí se enjuicia, desde el punto de vista de su calificación jurídica, ha de considerársele de todo punto semejante, por lo que procede la estimación del Recurso del Ministerio Fiscal.

Debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias punitivas de semejante estimación». (F. J. 2º)

HOMICIDIO. No imputación del resultado de fallecimiento después de estabilización de las lesiones. Supuestos.

Recurso: Casación nº 11998/2011 P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 663/2012 de fecha 24/07/2012

«El motivo suscita una cuestión de interés desde el punto de vista doctrinal, pues es cierto que en la perspectiva clásica de la imputación objetiva puede estimarse que el fallecimiento final de la víctima es un resultado imputable al acusado, en la medida en que la acción del autor creó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, al disparar a la víctima con el propósito de acabar con su vida; el resultado producido, aunque se produjese tres años después por una complicación en el tratamiento de sus secuelas, puede considerarse como la realización efectiva del peligro generado por la acción; y evitar dicho resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.

Pero también es cierto que el Tribunal sentenciador razona acertadamente que supuestos como el presente, en el que el resultado fatídico se produce de forma muy distanciada en el tiempo respecto del hecho delictivo (tres años después de la agresión, en el caso actual), y en dicho resultado (que tuvo como causa inmediata un shock séptico) concurren complicaciones derivadas de las lesiones sufridas en la agresión inicial con otras concausas que han determinado el resultado fatal, requieren un tratamiento específico, pues es indudable que la calificación delictiva no puede depender del momento en que se enjuicie el hecho y todo resultado de lesiones graves puede tener incidencia tiempo después en una agravación o complicación que influya o determine el fallecimiento, sin que el

enjuiciamiento y valoración del resultado delictivo pueda pender de modo indefinido.

En consecuencia, en el caso actual, como acertadamente razona el Tribunal de apelación, ha de estimarse que cuando el 10 de diciembre de 2007, un año después de la agresión, se emitió el parte de sanidad con secuelas, puede considerarse que la asistencia médica había logrado neutralizar la potencialidad letal de las lesiones, por lo que podía concluirse que el resultado final de los disparos fue un conjunto de secuelas de gran entidad pero no la muerte, y la calificación correcta de los hechos la de homicidio en grado de tentativa.

En este sentido puede afirmarse, como razona el Tribunal de Apelación, que la víctima salvó su vida, después del ataque inicial, frustrando el designio del agresor y comenzó una nueva etapa en la que debía ser tratada como enferma. Enfermedad en cuya evolución pueden incidir muchos factores, como ocurrió en el presente caso, según decisiones, circunstancias, eventualidades y comportamientos ajenos o de la propia víctima, no previsibles ni controlables, por lo que cabe pensar en una solución de continuidad que impide conectar causalmente, en el plano de la imputación, la muerte con la conducta enjuiciada. Y en cualquier caso parece claro que la incertidumbre sobre la futura evolución de las lesiones y sus secuelas, una vez obtenido el parte de sanidad, no puede autorizar a dilatar indefinidamente la persecución penal, la calificación del hecho y la celebración del juicio, por lo que la responsabilidad del agresor debe dilucidarse en función del resultado del hecho tal y como es conocido en el momento en que se obtiene la sanidad y se estabiliza la situación del lesionado, que ya únicamente requiere cuidados asistenciales derivados de las secuelas, momento en el que la muerte no se había producido y la calificación del hecho era la de homicidio intentado. (F. J. 4º)

Razona también el Tribunal de Apelación, con buen criterio, que a lo largo de tan dilatado lapso temporal se multiplican sin duda los factores que pueden influir en la evolución de un enfermo. No es arriesgado suponer que en un alto porcentaje de los casos en los que se dicta una condena por un resultado de lesiones graves, derivadas o no de una tentativa de homicidio, tales lesiones pueden contribuir de modo relevante al fallecimiento posterior del lesionado, aunque solo sea porque las lesiones graves, por sí mismas, comportan una limitación de funciones vitales de la víctima y una mayor exposición a riesgos para su vida. Señala el Tribunal de apelación como ejemplo que una persona con pérdida de un riñón como consecuencia de una agresión delictiva, o con paraplejia, es posible que acabe falleciendo años más tarde por un proceso patológico en el que intervenga de modo decisivo la disfuncionalidad renal o la falta de movilidad, por lo que es necesario determinar si el transcurso de un largo tiempo con las lesiones estabilizadas tras la sanidad debe ser un factor a tener en cuenta en la imputación objetiva del resultado.

Partiendo de la razonable consideración de que el alta médica, en sí misma, no es un hito al que jurídicamente se le deba dar una virtualidad automática, el Tribunal de Apelación considera, sin embargo, que el hecho de la supervivencia de una persona herida durante un período prolongado de tiempo, después de la sanidad y la estabilización de las lesiones, es indicativa de que la persona agredida salvó su vida tras el episodio violento y éste no puede ser calificado como homicidio consumado, sin perjuicio de que las lesiones sufridas, como un resultado inherente

a las mismas, la dejen expuesta a un mayor riesgo posterior para su vida, como consecuencia de posibles complicaciones, infecciones o efectos latrogénicos del propio tratamiento.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal de Apelación estima que en los supuestos de que el fallecimiento se produzca un largo período después de que las lesiones se hayan considerado clínicamente estabilizadas, el resultado mortal solo deberá imputarse objetivamente al autor de la agresión inicial, sancionándolo como homicidio consumado, cuando en el momento de la estabilización de las lesiones el futuro resultado mortal pueda calificarse de necesario o al menos de muy probable, según el curso natural de la enfermedad o padecimientos causados, y efectivamente se produzca antes del enjuiciamiento. Pero no en aquellos casos, como el presente, en el que las lesiones se estabilizan de modo que las secuelas pueden evolucionar indefinidamente sin que el resultado fatal se produzca; resultado que solo constituye una mera eventualidad en función de decisiones, comportamientos o simples acontecimientos que pueden complicar la evolución de las secuelas, pero que son impredecibles y de ninguna manera es seguro que se vayan a producir.

Aplicando este criterio al caso enjuiciado, el Tribunal de apelación estima, valorando el relato fáctico, que si bien es cierto que la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima está en el origen del proceso infeccioso que tres años después le llevó a su fallecimiento, también es cierto que eran posibles muy diversos cursos causales hipotéticos en la evolución de dicho proceso, que no concluyeran en el fallecimiento, en función de la concurrencia de otras concausas, como la resistencia de la propia víctima al uso de la sonda nasogástrica, que se arrancaba continuamente, una alimentación más rigurosa, pues estaba previamente debilitada por la desnutrición, una mejor atención domiciliaria, una estancia más prolongada en el centro especializado para personas sin movilidad, una decisión mas acertada sobre el antibiótico a utilizar para combatir la infección, etc.

Partiendo de estas valoraciones, jurídicas y fácticas, el Tribunal de apelación estima que el hecho debe ser calificado como asesinato en grado de tentativa, pues la atención médica prestada salvó la vida a la agredida, evitando el resultado mortal, y dando lugar a una sanidad con graves secuelas, con un cuadro clínico estabilizado durante un largo período de tiempo, que no permiten calificar el asesinato como consumado. Tres años después se produjo efectivamente el fallecimiento de la víctima, pero como un resultado remoto en el que intervinieron otras concausas y que no es objetivamente imputable a la conducta del acusado, en los términos ya expuestos. (F. J. 5º)

Sin entrar en consideraciones doctrinales y centrándonos en la especialidad del caso enjuiciado, ha de convenirse en que el criterio del Tribunal de Apelación, detalladamente expuesto, es razonable y proporciona una adecuada solución al conflicto. La calificación del delito no puede depender del momento en que se enjuicia, y si la sanidad del lesionado y la estabilización de las secuelas permiten apreciar que el atentado mortal no ha logrado consumarse, prolongándose indefinidamente en el tiempo dicha estabilización, durante años, sin que sea previsible como necesario o, al menos como muy probable, que la evolución de las secuelas vaya a conducir ineluctablemente al fallecimiento, el hecho de que éste se

produzca años más tarde por una complicación surgida en el tratamiento, no puede determinar un nuevo enjuiciamiento o un cambio de calificación, pues de otro modo el proceso penal debería mantenerse indefinidamente abierto en cualquier caso de homicidio intentado con resultado de lesiones graves.

En consecuencia, el resultado objetivamente imputable al acusado en estos casos debe concretarse en el que se produce como consecuencia de la estabilización de las lesiones, una vez alcanzada la sanidad o alta médica, sin abarcar resultados remotos aun cuando en ellos pueda haber tenido una influencia relevante, en confluencia con otras causas, la lesión inicialmente sufrida. El criterio del Tribunal sentenciador, por tanto, debe ser confirmado y el recurso desestimado». (F. J. 6º)

INDUCCIÓN. Imputación de las circunstancias de la ejecución. Teoría de las desviaciones previsibles.

Recurso: Casación nº 10787/2011 P
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 268/2012 de fecha 12/03/2012

«En el motivo segundo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la inaplicación de la agravante de alevosía, al ser éste un inductor, que no precisó los medios ejecutivos para la realización del delito.

El art. 65.2 del Código Penal establece al efecto que las circunstancias atenuantes o agravantes *«que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito»*.

Estamos, pues, en presencia de la *teoría de las desviaciones previsibles*, a las que alude la STS 970/2004, de 22 de julio. Dicho de otro modo: no hay desviación relevante en el curso de los hechos cuando los mismos se producen en el curso normal y habitual de los hechos emprendidos (SSTS 930/2000; 666/2010 ó 835/2010 de 6 de Octubre). En el mismo sentido, STS 1037/2006, de 26 de octubre.

La jurisprudencia de esta Sala (STS 838/2004, de 1 de julio) se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligrosos, señalando la STS 1500/2002, de 18 de septiembre, con carácter general que, aunque admitiéramos que el «*pactum sceleris*» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada *teoría de las desviaciones previsibles*, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con

violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad, su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (véanse, entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995, que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerarlas imprevisibles para los partícipes.

Al mismo resultado se llega, como decimos, mediante la teoría del dolo eventual, como es un ejemplo la STS 469/2002, de 19 de marzo, en donde se analiza la conducta del inductor de un delito de asesinato, y se dice que «no hay ninguna referencia a cómo se produjo el encargo, al modo de realizarlo, al lugar, a las circunstancias en que debiera producirse», pero citando la Sentencia de 25 de enero de 1993 de esta Sala, en cuanto que distingue entre el exceso en los fines o cualitativo, en cuyo caso el delito más grave y distinto realizado por el ejecutor no será imputable al instigador y, un exceso en los medios o cuantitativo, en el que el inductor responde, salvo que el poderío del medio alcance a cambiar la naturaleza propuesta al inducido, lo que equivale a un exceso cualitativo; y termina la sentencia afirmando que en los supuestos de desviación esencial cuantitativa, es obvio que el dolo del inductor puede ser directo o eventual, siendo este último el más frecuente en la práctica, pues, como se ha dicho en el plano doctrinal, el instigador no tiene la seguridad de la eficacia de su inducción y es ese «ámbito de la duda» el característico del dolo eventual. Aun en los casos en que exista un plan minucioso y con profusión de detalles, no existe la seguridad de que el inductor, que permanece alejado del lugar de ejecución, va a llevar a cabo su influencia hasta el extremo de que el inducido o ejecutor material, no se va a apartar ni un milímetro de lo previamente convenido. Ahora bien, cuando del examen de las circunstancias del caso, se llega a la conclusión de que el inducido ha desarrollado sustancialmente lo acordado, no existe inconveniente para que equiparar en responsabilidades a ambos. Como ha destacado la doctrina, los límites del dolo del inductor deben tratarse de forma más amplia, que los límites de dolo en la coautoría o en la autoría inmediata, ya que pertenece a la esencia de la inducción que el inductor confíe al inducido los detalles de la ejecución.

Para llegar a esta conclusión, sirve de pauta orientadora la naturaleza, el contexto, el escenario del crimen y el ámbito sociogeográfico, en el que se desarrolló la acción criminal inducida.

Interesante resulta también la doctrina resultante de la STS 835/2010, de 6 de octubre, en donde se lee que «ya hemos razonado en el anterior motivo, que el recurrente fue verdadero inductor del delito, pues injertó en los autores materiales

no solo la intención y decisión de ejecutar el robo, sino que les facilitó todas las informaciones precisas. En esta situación es claro que de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, seguida preferentemente por esta Sala, es claro que la acción desarrollada por los autores materiales creó no ya un peligro jurídicamente desaprobado, sino que creó lesiones efectivas en diversos bienes jurídicos – propiedad, libertad, integridad física– y por otra parte, ese resultado es la consecuencia del peligro creado. (...) Es coautor quien dirige su acción a la ejecución de la acción típica –los autores materiales– pero también es autor quien sin intervenir en la ejecución tiene un claro dominio de toda la situación, teniendo como tal la posibilidad de hacerle cesar en cualquier momento. (...) En esta situación no puede hablarse de desviaciones relevantes del curso inicial delictivo, en idéntico sentido SSTS 930/2000, de 27 de mayo y 666/2010» .

En el caso, es obvio el dominio funcional de este recurrente que idea el plan, proporciona el dinero y puede mantener, o no, a su voluntad la ejecución del hecho. Que se ejecutara mediante la utilización de un arma de fuego y acechando a la víctima, es algo que entra en el curso de una previsibilidad que ha tenerse por natural y consustancial al encargo». (F. J. 6º)

INSOLVENCIA PUNIBLE. Concurso de acreedores (art. 260.3 CP). Responsabilidad civil derivada del delito y “non bis in idem”.

Recurso: Casación nº 1307/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 372/2012 de fecha 11/05/2012

«... no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos. No en vano, el art. 86 ter 1º, 3º de la LOPJ señala entre las competencias del Juez del concurso conocer de “...*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado*”. Idéntica cautela late en el art. 53.1 de la Ley Concursal 22/2003, 9 de julio, en el cual se dispone que el Juez mercantil ha de dar cumplimiento a las sentencias dictadas antes o después de la declaración de concurso “...*el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda*”.

Por cuanto antecede, no habiéndose producido la vulneración del principio *non bis in idem*, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim)». (F. J. 2º)

JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. Falsificación de documentos oficiales en el extranjero: concurre.

Recurso: Casación nº 206/2011

Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1106/2011 de fecha 31/10/2011

«En el único de los motivos el Ministerio Fiscal denuncia que el Tribunal de instancia absolvió a los acusados del delito de falsedad en documento oficial por estimar, no tanto que los documentos no fueran falsificados, cuanto porque el *lugar* en el que tal creación falsaria de los mismos se llevó a cabo, *no consta* que radique en territorio español. Lo que determinaba la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para su enjuiciamiento.

Esa es efectivamente la justificación que la sentencia recurrida expone para la absolución que el recurso combate.

Y tal tesis del Tribunal de instancia no puede compartirse, conforme a la más reciente Jurisprudencia acerca del alcance del artículo 23.3 f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como con acierto indica el Ministerio Fiscal en su ilustrado recurso.

Quizás respecto de éste lo único que cabe añadir es lo que dijimos en más recientes resoluciones como la Sentencia nº 386/2011 de 18 Abril en la que además se advierte que, en todo caso, habría de constar en el relato fáctico la elaboración más allá de las fronteras españolas, y no bastaría, como en el caso que juzgamos, la mera falta de constancia del lugar de consumación. Añadiendo: *Y en todo caso, la falsificación del pasaporte afecta a los intereses del Estado español en cuanto atañe a la identificabilidad de quienes se encuentran en nuestro territorio, como ha dicho repetidamente la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en que se apoya la Sentencia recurrida para afirmar la competencia de la jurisdicción española de conformidad con el art. 23.3 f) de la LOPJ.*

La tesis se reitera en nuestra Sentencia nº 522/2011, de 1 de junio en la que se recuerda que: *En efecto, la jurisprudencia superando anteriores posiciones, no duda en afirmar la competencia de la jurisdicción española en virtud del principio real o de protección (art. 23 LOPJ) para conocer de estas falsedades de documentos de identidad aunque se hubiesen cometido fuera del territorio nacional, dado que siempre afectan a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen, y porque, en definitiva, en la realidad social en clave internacional no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos identificativos falsos, pues ello afecta a las políticas de visados, inmigración y seguridad. (Cfr SSTS 66/2005, de 26 de enero; 139/2009, de 24 de febrero; 975/2002, de 29 de junio; 1295/2003, de 7 de octubre; 1089/2004, de 24 de septiembre, 66/2005, de 19 de enero; 476/2006, de 5 de abril; 921/2007, 16 de noviembre; 431 2008 de 5 de abril; num. 953/2010, de 27 de octubre).*

El motivo ha de estimarse». (F. J. 1º)

LESIONES. Coautoría: responsabilidad conjunta de todos los partícipes en la agresión, con independencia del resultado causado a título individual.

Recurso: Casación nº 1031/2011
Ponente: Sr. Maza Martín
Sentencia: nº 314/2012 de fecha 20/04/2012

«Pues como ya dijera, entre tantas otras semejantes, la STS de 14 de Junio de 2007:

“Cuando varios agreden a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con el principio de “imputación recíproca”, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido. Así, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, éste “será” autor y los demás serán “cooperadores ejecutivos” por haber tomado parte directa en la ejecución, es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído con los del primero y reforzado su eficacia”». (F. J. 3º)

LESIONES. Deformidad: pérdida de un diente; insuficiente motivación (Acuerdo del Pleno 19/04/2002).

Recurso: Casación nº 1212/2011
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 271/2012 de fecha 09/04/2012

«2. En relación al concepto de deformidad esta Sala celebró un primer Pleno no jurisdiccional el 29 de enero de 1996 en el que estimó que por deformidad debía entenderse "...toda irregularidad física permanente que conlleve una modificación corporal de la que pueda derivarse efectos sociales o convivencialmente negativos....".

Con posterioridad, y ya centrándose en el tema de las piezas dentarias, el Pleno de 19 de abril de 2002 estableció que "La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menos entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta".

A partir de este Pleno la Sala ha venido dictando diferentes resoluciones en las que matiza y singulariza esa doctrina partiendo siempre de que ha de atenderse al caso concreto y evitarse, en la medida de lo posible, los automatismos y las generalizaciones a la hora de resolver los distintos supuestos que puedan suscitarse.

(...)

3. Pues bien, centrándonos ya en el **caso concreto** y trasladando al mismo los criterios precedentes, conviene recordar que el motivo fundamental de la impugnación, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, es que la Sala de instancia no expone ni precisa las razones que en el supuesto específico permiten hablar de un supuesto de deformidad.

En la sentencia recurrida se dice solamente que a consecuencia de la agresión *“Antonio sufrió una erosión en el labio superior, erosión y eritema preorbitario y pérdida de incisivo medio superior; necesitó para su sanidad, además de la primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico que duró 15 días, estuvo dos días impedido para trabajar y sufrió como secuela la pérdida traumática del diente que altera en forma importante su apariencia e integridad física”*.

La Audiencia afirma que la pérdida del diente altera de "forma importante" la apariencia física de la víctima, pero no concreta ni en los hechos probados ni en la fundamentación de la sentencia qué entiende por “alterar de forma importante”, expresión muy poco descriptiva y excesivamente ambigua e indeterminada. Y tampoco explica ni motiva por qué considera que la alteración es importante, ni cuál es el grado real de desfiguración y fealdad que le genera en el rostro.

En la causa consta (folio 33) que al acusado se le colocó una prótesis fija “Maryland” a la espera de que, transcurridos unos años, se le implantara un diente incisivo para sustituir la pieza dentaria que perdió. Tal circunstancia de tener actualmente una prótesis fija introduce el interrogante de si el Tribunal de instancia observó al acusado cuando ya tenía esa prótesis colocada, en cuyo caso no pudo percibir de forma fehaciente el alcance de la desfiguración o fealdad, o si apreció realmente a la víctima sin la prótesis colocada. Todo lo cual introduce notable incertidumbre sobre el grado de deformidad del caso concreto y, consiguientemente, sobre la certeza del resultado exigible por el tipo penal.

Esta indeterminación e imprecisión se incrementa al ponderar que las circunstancias que rodean el caso tampoco permiten hablar de una grave agresión ni de un resultado equiparable a una merma muy relevante de la integridad física.

En efecto, la agresión solo afectó a una pieza dentaria, no como en otros supuestos más graves en los que resultan dañadas varias piezas y la visibilidad de la secuela es mayor y más ostensible por tanto la fealdad.

Por lo demás, se trata de una persona joven, en la que, lógicamente, la práctica de un implante tiene visos de prosperar en principio sin problema alguno ni riesgos para su integridad física y recuperación de la estética de su rostro.

Las condiciones y los modos de la agresión tampoco fueron especialmente brutales o generadores de elevados riesgos, pues a pesar de ser dos personas contra una el resultado lesivo se circunscribió a la pérdida del diente y a una erosión, y los acusados no se valieron de otros instrumentos que su cuerpo para perpetrar la agresión. La pérdida del diente se produjo debido a un cabezazo en el curso de la disputa, por lo que ha de entenderse que se está ante un resultado lesivo generado por una acción perpetrada con dolo eventual, modalidad subjetiva

que ha de entenderse que le otorga al desvalor de la acción un grado de ilicitud más liviano que si se hubiera actuado con dolo directo.

En consecuencia, la falta de motivación y explicitación de la sentencia recurrida y los resultados concretos que se exponen en la misma impiden concluir que nos hallemos ante un supuesto subsumible en el art. 150 del C. Penal, por lo que procede aplicar el tipo básico del art. 147 de igual texto legal». (F. J. 3º)

LESIONES. Deformidad menos grave. Concurre.

Recurso: Casación nº 644/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1274/2011 de fecha 29/11/2011

«La argumentación jurídica de la parte recurrente resulta irrefutable a la luz de la disposición legal en que se pretende subsumir esas secuelas, como de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el concepto de deformidad.

En efecto, utiliza la sentencia impugnada un triple criterio para descartar la deformidad: las cicatrices no son permanentes, no son apreciables a simple vista, y la solución acogida es acorde con el criterio jurisprudencial.

Todas son razones ajenas por completo a la inmediación y revisables ahora en sede casacional. Es más, la Sala de instancia se pronunció sobre la deformidad sin el examen del menor y sí de la pericial y fotografías señaladas. Ninguna de tales razones es sostenible.

El carácter no permanente de las cicatrices resulta contrario a la modificación aceptada del factum y en cualquier caso al diagnóstico de la médico forense expresada en el plenario.

La no "apreciación a simple vista" resulta difícil de admitir si lo que se ha examinado han sido las fotografías del menor y si se trata de 57 cicatrices, una de ellas en zona mandibular y muchas en tórax y extremidades. Ciertamente con dicho número de cicatrices lo que cabría cuestionarse es si quedan zonas del menor en las que no se vean cicatrices. Finalmente, la jurisprudencia sobre la materia es clara.

Las sentencias invocadas por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre no son aplicables en este caso por tratarse de supuestos fácticos diferentes. Así, ninguna de ambas sentencias aborda un supuesto como el que nos ocupa con un número tan exagerado de cicatrices. En concreto, la citada STS 24-10-2001 se refiere a una única cicatriz en zona nasolabial diciendo que es "ligeramente perceptible".

El art. 149 recoge la "grave" deformidad y el art. 150 contempla la deformidad de carácter no grave. Es sin duda, esta última la apreciable si se atiende a que las lesiones producidas en el menor con empleo de un cable de antena de TV a modo de fusta o látigo, produciendo diversos golpes directos sobre su cuerpo, han

provocado cicatrices no solo en las extremidades inferiores y superiores, sino también en el tórax, e incluso una de ellas en la región facial, concretamente en la zona mandibular. Esas cicatrices integran sin duda el concepto manejado por esa Sala de deformidad.

Aun cuando hipotéticamente solo se considerara la cicatriz del rostro del menor (dejando de lado las otras 56 cicatrices) cabría traer a colación que las cicatrices visibles en el rostro se han estimado deformidad en casos similares. Así SSTS 19-9-1990 -heridas en zonas visibles como mejilla y cuello-; 1099/2003 -cicatriz de 2 cm. en rostro con deformidad estética moderada-; 190/2004 -cicatriz que cruza el rostro desde barbilla a ojo-; 1277/2003 -tres cicatrices en mejilla y sien-; 470/2005 -cicatriz en rostro que precisa de operación estética-; 1871/2002 que reputó deformidad dos cicatrices debajo del párpado (una de ellas de unos 2 centímetros en sentido vertical que se cruza con otra horizontal que tiene desde nacimiento) una en ceja y dos en pabellón auricular, cicatrices, que aún siendo susceptibles de reparación quirúrgica, ocasiona un evidente daño estético en un varón.

En cuanto a la visibilidad de las heridas esa Sala ha extendido la deformidad aun cuando las cicatrices se hallen en zonas corporales no visibles pero que puedan descubrirse ocasionalmente (SSTS 23-1-1990 y 7541993, de 30 de marzo, referidas a muslos y espalda).

La STS 1479/2003 consideró causante de deformidad una cicatriz de 20 cms. en región lumbar, señalándose en la sentencia que "la misma, como gráficamente dice el Tribunal de instancia, se prolonga desde la columna vertebral hasta el costado izquierdo, está localizada en una zona queda al descubierto cuando se hace deporte".

En la STS 1143/2001, se consideró constitutiva de deformidad del artículo 150 del Código Penal, una cicatriz quirúrgica de 15 cms. en zona umbilical, rechazando que el hecho de que la cicatriz permaneciera normalmente oculta fuera una razón para negar sus efectos deformantes.

Esta Sala ha admitido la existencia de deformidad en caso de cicatrices presentes en el cuerpo de la víctima, en casos mucho menos graves que el que nos ocupa. Así, la reciente STS 430/2010, de 28 de abril, tras declarar probado que la víctima "sufre como secuela dos cicatrices una de 4 cm. en el antebrazo derecho y otra de 18 cm. en la subcostal izquierda, cicatriz esta última que ocasiona un perjuicio estético importante" considera que "el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de que concurría la deformidad del artículo 150, es decir, no la grave a que se refiere el artículo 149, no puede considerarse erróneo atendidas la entidad, visibilidad y permanencia de las cicatrices sufridas por el perjudicado" y la también reciente STS 819/2010, de 21 de septiembre, tras declarar probado que la víctima presenta como secuelas "limitación de la movilidad de la muñeca, material de osteosíntesis, parestesias de partes acras y dos cicatrices en el antebrazo izquierdo, una en la cara dorsal de 8,5 cm. y otra en la cara anterior de 8 cm. de longitud, de carácter visible y permanente, que le producen un perjuicio estético en el brazo, afeando el mismo", considera correcta la tipificación de tales lesiones como deformidad del art. 150 C.P.

Es de señalar, finalmente, que las lesiones por deformidad pretendidas por el Ministerio Fiscal son las del artículo 150 del C.P. y no las graves del artículo 149. Es decir, que la propia expresión utilizada por el juzgador de instancia en los hechos probados al referirse a las cicatrices que presenta el menor "**constituyendo en su conjunto un defecto estético moderado**" ya podría haber dado lugar a la aplicación de la deformidad (así STS 1174/2009, de 10 de noviembre, en la que declarando los hechos probados "restándole como secuelas diversas cicatrices con un perjuicio estético medio" se confirmó la calificación de lesiones por deformidad).

Los acusados impugnan este motivo alegando que el art. 150 C.P. está condicionado a la comisión previa de un delito de lesiones tipificadas en el art. 147, para cuya curación sea objetivamente necesario tratamiento médico o quirúrgico, lo cual no consta.

Sin embargo, no consideramos aceptable esta alegación. En primer lugar porque la descripción típica del art. 150 se limita a definir como autor del delito "al que causare a otro la deformidad", pero no requiere que ésta sea consecuencia de un delito de lesiones típicas del art. 147 ó 148, por lo que el tipo delictivo en cuestión goza de autonomía propia cualquiera que sea el medio empleado para causar el resultado típico». (F. J. 11º)

LESIONES. Lesiones dolosas del tipo básico. Lesiones graves por imprudencia.

Recurso: Casación nº 127/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1415/2011 de fecha 23/12/2011

«3. Descendiendo ya al **caso enjuiciado**, es importante resaltar las circunstancias que se daban en la habitación del hotel cuando se perpetró la agresión.

(...)

En el supuesto que nos ocupa, tal como ya se anticipó, a tenor del procedimiento utilizado para agredir a la víctima y a las circunstancias que concurrían en el interior del dormitorio en que se hallaban, se estima que la acción de propinar el puñetazo era idónea para generar un resultado subsumible en el art. 147 del C. Penal, pero no era una acción que *ex ante* conllevara el riesgo típico propio para generar las gravísimas lesiones que aparecen previstas en el art. 149 del C. Penal.

Por lo tanto, ha de considerarse que el acusado incurrió, de una parte, en una conducta dolosa prevista en el art. 147.1 del C. Penal, en cuanto al desvalor de su acción, y, al mismo tiempo, en un comportamiento culposo en lo que atañe al resultado que finalmente se produjo (pérdida de la visión de un ojo). Pues este resultado aunque se halla vinculado causalmente a la acción agresora (vínculo naturalístico u ontológico), no puede decirse lo mismo desde la perspectiva del

requisito de la imputación objetiva, por cuanto, según ya se ha razonado, el riesgo ilícito que conllevaba *ex ante* su conducta no era el que requiere el tipo del art. 149 del C. Penal sino uno inferior. Y ello porque el grado de probabilidad del resultado de pérdida de un ojo en conductas como la ejecutada por el acusado no es suficiente para poder hablar del riesgo típico prohibido por el subtipo agravado del art. 149 del C. Penal, sino por el castigado en el art. 147 del mismo texto.

Así las cosas, para aprehender todo el grado de ilicitud de la conducta ejecutada por el acusado se precisa castigarle, de una parte, como autor del delito de lesiones básicas del art. 147.1 del C. Penal, y, de otra, también debe aplicársele en cuanto al riesgo generado negligentemente y a su materialización en un resultado lesivo muy grave el tipo penal imprudente del art. 152.1.2º del mismo texto legal.

Sobre ese último extremo, no concurren dudas de que nos hallamos ante una imprudencia grave, pues, como es sabido, la *gravedad de la imprudencia* se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado* o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido generado* por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al *grado de riesgo no controlado* cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por *el grado de utilidad social* de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del *bien jurídico amenazado* por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

En este caso no cabe duda de que el riesgo no permitido era relevante; la conducta del acusado no tenía utilidad social alguna; y el bien jurídico amenazado y después menoscabado era de suma importancia, máxime si se pondera que a la víctima ya le faltaba la visión de un ojo.

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Desde esa perspectiva, también debe calificarse de grave la imprudencia, dado que el acusado conocía la situación de ceguera parcial de la víctima y la posibilidad de que el riesgo se incrementara en el supuesto de que el golpe propinado le alcanzara en la zona ya menoscabada de su cuerpo.

Así pues, procede aplicar en los términos en que lo ha hecho la sentencia impugnada el concurso ideal de los delitos de lesiones básicas dolosas y delito de

lesiones agravadas del art. 149 del C. Penal cometidas por imprudencia (art. 77 del C. Penal).

Por lo demás, la línea seguida en la presente resolución ha sido adoptada en supuestos similares que han sido sentenciados por esta Sala también referidos a la pérdida de una visión del ojo por la víctima en el curso de una agresión (ver al respecto SSTS 1278/2006, de 22-12; 269/2007, de 29-3; 168/2008, de 29-4; y 232/2011, de 5-4).

En consonancia con lo razonado, han de ratificarse los criterios establecidos por el Tribunal de instancia, lo que comporta la desestimación del recurso de casación del Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas devengadas por la acusación pública (art. 901 de la LECr.)». (F. J. 4º)

LESIONES. Lesiones dolosas (dolo eventual) y no imprudentes.

Recurso: Casación nº 11002/2011 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1014/2011 de fecha 10/10/2011

«La cuestión debatida se concreta, por tanto, en el carácter de la conducta del acusado en relación con el grave resultado producido, consistente en la pérdida de visión del ojo derecho de la víctima, que mientras que para la Audiencia se trata de una acción culposa para el recurrente es claramente dolosa.

En definitiva, admitida sin discusión la inexistencia de dolo directo al no existir constancia de que hubiera intención de causar tan grave resultado, todo se circunscribe al debate en torno a la presencia de dolo eventual.

En tal sentido, como reiteradamente ha venido diciendo esta Sala, existe ese tipo de dolo, por otra parte del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable (STS de 8 de Agosto de 1998, por ej.) puesto que ambos suponen igual menosprecio del autor por el bien jurídico tutelado (entre otras las SsTS de 15 de Mayo de 1999 o 22 de Mayo de 2008), cuando, conjugando las doctrinas clásicas de la “probabilidad” y del “consentimiento”, el autor de la acción ilícita ejecuta voluntariamente ésta con plena previsibilidad de la causación del resultado y aceptando la eventualidad del acaecimiento de éste como consecuencia de aquella (vgr. STS de 26 de Octubre de 2009).

La propia generación, voluntaria y consciente, del riesgo de la producción de la lesión del bien jurídico justifica, para la doctrina de esta Sala insistentemente proclamada en coherencia con la dogmática más actual, la justicia del reproche por lo finalmente acontecido.

Lo que, por otra parte, determina la frontera entre el actuar doloso y el imprudente, ya que, en éste último, aunque se exija la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, a partir del riesgo ocasionado, no puede afirmarse ni la alta probabilidad de su producción ni la representación consciente del agente ni, por

ende, la aceptación, o incluso desprecio, por la eventual causación de semejante consecuencia.

Pues bien, en el presente caso, resulta incuestionable que la acción descrita en el "factum" en los términos literales que han quedado transcritos líneas atrás, conducen, de forma inequívoca, a la conclusión de que nos hallamos ante un supuesto que merece esa calificación de dolosa, ya que el hecho de lanzar un objeto de las características de un vaso de cristal, a tan corta distancia, contra el rostro del agredido, no sólo supone la generación de un riesgo evidente de dañar de forma grave el ojo de éste sino que impide aceptar el desconocimiento por el autor de la alta probabilidad de un resultado semejante al producido y, en definitiva, acredita la asunción por éste de las lesivas consecuencias de su acción.

De hecho, no pueden calificarse sino de contradictorios los argumentos de la Audiencia cuando, mientras que incluye en el dolo del acusado la producción de las importantes lesiones causadas en el rostro de su víctima, excluye del mismo, calificándolas como simplemente culposas, las ocasionadas en el globo ocular situado en el centro de aquellas.

Por todo lo cual, no pudiendo aceptarse en el supuesto que nos ocupa, el criterio extraído por los Jueces "a quibus" de la Resolución que cita en su Fundamento Jurídico Primero (STS de 25 de Septiembre de 2006) procede la estimación del Recurso, debiendo acordarse la nulidad del pronunciamiento contenido en la parte dispositiva de la Resolución que se recurre y el ulterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias jurídicas de esta estimación». (F. J. 1º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD. Duración del internamiento en centro psiquiátrico

Recurso: Casación nº 11024/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 216/2012 de fecha 01/02/2012

«...respecto al límite temporal de la medida de internamiento, la ya referida STS núm. 345/2007, de 24 de abril, con cita a su vez de la STS núm. 1176/2003, de 12 de septiembre, declara: *"A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 1995, ahora bajo la vigencia de este último Código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente cuando consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho Código en su art. 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el art. 6.2 del mismo CP 95 y conforme lo interpreta la Circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero. Esta referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido", como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o*

atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto. La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad”. (F. J. 3º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fundamento.

Recurso: Casación nº 1511/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 124/2012 de fecha 06/03/2012

«Como hemos declarado últimamente (STS 1019/2010, de 2 de noviembre y STS 65/2011, de 2 de febrero), la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. El legislador penal parte de esta idea: las medidas de seguridad *«se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito»* (art. 6.1 del Código penal).

Desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, el art. 1.º.2 del Código penal dispone que *«las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley»*. Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino sólo las que se encuentran en los casos previstos en los arts. 101 a 104 del Código penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad. Desde otro punto de vista, los presupuestos son también dos, uno, la comisión de un hecho delictivo por una persona; dos, la peligrosidad demostrada por la misma, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el *futuro*.

Esa prognosis, se fundamenta: a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones *«antisociales»*, o

dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.^a del Código penal cuando condiciona al Tribunal para aplicar una medida de seguridad, a «... que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». b) Necesidad en el caso enjuiciado para la imposición de tales medidas: el juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (art. 95, CP) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, «si fuere necesario».

Todo ello se declara en la STS 603/2009, de 11 de junio, en tanto que son requisitos ineludibles para la imposición de una medida de seguridad: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además, el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

Y como dice la STS 890/2010, de 8 de octubre, a la hora de concretar la duración de la medida, debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Y, de otra parte, tal como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del C. Penal.

En cuanto a los fines y función de la medida a adoptar, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de la rehabilitación del sujeto que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Se protege, en consecuencia, con la medida a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos en el futuro». (F. J. 3º)

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS (art. 441 CP).

Recurso: Casación nº 2273/2012

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 636/2012 de fecha 13/07/2012

«El mencionado precepto, incluido en el Capítulo IX -"De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función"- del Título XIX -delitos contra la Administración Pública-, del Libro II del Código Penal, establece que *"la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años"*.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse –cfr. ATS 2 junio 2008, recaído en la causa especial 3/20267/2008- respecto del alcance de este delito. Así, ha considerado autor del tipo previsto en el art. 441 del CP a un aparejador municipal que trabajaba para promotoras en el mismo término municipal, llegando incluso a atender en el ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada (STS 867/2003, 22 de septiembre). También ha aplicado este precepto a funcionarios que, desempeñando puestos de dirección en la administración autonómica, emitieron informes sobre la viabilidad de proyectos redactados por ellos mismos o por empresas de las que formaban parte (STS 92/1999, 1 de febrero). El mismo precepto fue invocado para condenar a un concejal, titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, por asumir la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (STS 372/1998, 9 de diciembre).

La STS 1318/2004, 15 de noviembre declaró la inexistencia de este delito respecto de autoridades municipales que habían comprado acciones de una sociedad promotora de turismo rural, estimando que no se trataba del desempeño de ninguna profesión y por tanto, no concurrían los elementos del tipo. En línea similar, la STS 2125/2002, 7 de enero, concluyó la inexistencia del delito del art. 441 respecto de un concejal que, en su condición de trabajador agrícola, había realizado el trabajo de limpieza de caminos rurales del mismo municipio en el que ejercía como representante municipal. Razonábamos entonces que la conducta del acusado *"...a pesar de su incompatibilidad por ser concejal del Ayuntamiento, podría ser reprochable en el ámbito administrativo pero no en el penal"*.

También decíamos entonces, en un esfuerzo por deslindar a efectos de tipicidad la verdadera acción de asesoramiento, que *"...no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal"*». (F. J. 6º)

PENALIDAD. Abono de prisión preventiva. Licenciamiento: no procede efectuar nueva propuesta.

Recurso: Casación nº 10293/2012 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 534/2012 de fecha 28/06/2012

«Destaca también por la profundidad de su análisis sobre el art. 58.1 C.P. anterior y posterior a su modificación por la L.O. 5/2010 citada, la muy reciente STS nº 345/2012, de 16 de mayo. En ella se hace un análisis riguroso y exhaustivo del citado precepto anterior a la reforma del mismo y de la STC 57/2008, de 28 de abril sobre el doble cómputo de los períodos de prisión en los que coincida la condición de penado y de preso preventivo. Cuestión ésta que en la actualidad ha quedado definitivamente zanjada una vez modificado por el legislador el texto del art. 58 C.P., en cuya insuficiencia se apoyaba la mencionada STC 57/2008, estableciendo ahora de manera categórica y nítida el precepto que "en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa".

La STC 57/2008 al interpretar el entonces vigente art. 58.1, establecía que si la previsión legal aplicable era la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, carecía de cobertura legal expresa la exclusión para el referido abono del período de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa.

Consideraba el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 57/2008, que la situación de coincidencia de la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al Legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que «*desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites*» permite entender que, si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, **el no abono** del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo.

Es claro también que la norma legal actualmente vigente, que contiene un mandato imperativo ("en ningún caso...") tiene que ser aplicada en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, pues es en el momento en el que se impone la condena cuando surge el derecho al abono de la preventiva sufrida, abono que debe realizarse conforme a la normativa legal imperante en el momento de la condena.

En la reciente sentencia de esta Sala número 265/2012, de 3 de abril, se establece expresamente que "*la previsión introducida por este nuevo precepto [art. 58.1º C. Penal] no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuesta con anterioridad a su entrada en vigor*", de lo que se puede inferir que afecta a las sentencias dictadas **después** de su entrada en vigor.

Mantener el criterio anterior en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la clarificación introducida por este precepto

equivaldría a vulnerar el mandato legal claro y expreso sobre la prohibición del doble cómputo de un mismo periodo de privación de libertad, con el indebido fundamento de una improcedente ultractividad de la vieja doctrina. Doctrina que, obviamente, sigue siendo de aplicación en la ejecución de todas las sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de la nueva norma (véase también sobre la materia SS.T.S 413/2010, de 17 de mayo y 425/2012, de 28 de mayo). (F. J. 3º)

En el caso actual se plantea un supuesto en el que el recurrente interesa la aplicación de la citada doctrina constitucional en la ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, por lo que, en principio, resultaría procedente aplicar el criterio constitucional en el sentido de computar el tiempo íntegro de prisión preventiva para el abono de la condena impuesta, con independencia de que coincidiese con un período de cumplimiento de condena.

Ahora bien, se plantea la cuestión de cómo ha de verificarse el cómputo en un supuesto específico, como es el de refundición de condenas con aplicación del límite máximo de cumplimiento previsto en el art 76. Este límite se refiere al **cumplimiento efectivo**, y no puede quedar desvirtuado por el doble cómputo de un mismo período de prisión, como preventivo y como penado, que no constituye un doble cumplimiento efectivo. En consecuencia, en estos supuestos solo puede computarse, a efectos de la refundición de condenas y para alcanzar el límite máximo, el tiempo de prisión preventiva que, de modo efectivo, no haya coincidido con otro período de cumplimiento.

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

En consecuencia, cuando, como sucede en el caso actual, es claro que la eventual aplicación de la prisión preventiva coincidente con un período de cumplimiento a una de las condenas refundidas no puede afectar en absoluto al cumplimiento efectivo cuyo límite ya se ha establecido y a la liquidación de condena practicada conforme a ese límite, la desestimación de la pretensión de revisión de dicha liquidación es conforme a derecho, porque el abono de esa prisión preventiva sería irrelevante y no afectaría en ningún caso a la resolución cuya modificación se interesa». (F. J. 4º)

PENALIDAD. Doble cómputo. Aplicación del art. 58 CP en su redacción originaria.

Recurso: Casación nº 11031/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 148/2012 de fecha 29/02/2012

«Efectivamente, como dijimos en la STS núm. 1391/2009, de 10 de diciembre, a la que han seguido cuantas cita el recurrente en su escrito, no obstante el cúmulo de críticas que, a juicio de esta Sala, pueda merecer la doctrina que vino a establecer la STC núm. 57/2008, de 28 de abril, sucesora de las SSTC 19/1999 y 71/2000, por la pluralidad de razones que allí se expusieron, en ella se consolidó una interpretación del art. 58.1 CP entonces vigente, y aplicable temporalmente al caso del ahora recurrente, que debe ser respetada al tenor del art. 5.1 LOPJ. Entre sus consideraciones generales, dicha Sentencia del Tribunal Constitucional vino a entender que la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal que, teniendo en cuenta su finalidad primordial y su distinta funcionalidad respecto de la pena de prisión, *"permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal"*, añadiendo que del hecho de que *"el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar"*. Por otra parte, es explícita la relación del hecho de la privación de libertad y el derecho fundamental a la misma proclamado en el art. 17.1 CE, afirmándose en el F.J. 2º de la sentencia que analizamos que la cuestión que se suscita *"se contrae a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 CE), por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa"*. Partiendo de este planteamiento, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que carece de cobertura legal *"la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del artículo 17.1 CE"* (F.J. 8º). La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del art. 58.1 CP, en aquella redacción, cuando dice en el F.J. 6º que *"si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 CP y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo"*. Como ya dijimos en la STS núm. 1391/2009, éste es el alcance de la lectura de la STC núm. 57/2008 invocada por el recurrente, que, si bien es cierto que no declaró la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo analizado, vino a interpretarlo no sólo para proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino para fijar la lectura constitucional de un precepto del Código Penal, excluyendo otras posibles lecturas como contrarias al derecho fundamental a la libertad». (F. J. 2º)

PENALIDAD. Prisión preventiva: nueva doctrina sobre su abono (STC 92/2012).

Recurso: Casación nº 10092/2012 P
Ponente: Sr. Del Moral García
Sentencia: nº 615/2012 de fecha 10/07/2012

«Aunque la prisión preventiva haya coincidido con el cumplimiento de otras penas, no podrá dejar de abonarse. No existía base legal que sostuviese esa excepción (la previsión ha quedado introducida con eficacia a partir del 24 de diciembre de 2010). Eso es lo que se afirmó por el Tribunal Constitucional. De ahí pudiera deducirse que si en un mismo periodo de tiempo una persona está en prisión preventiva por varias causas, habrá de abonarse a las penas recaídas por cada una de las distintas causas. Con arreglo a esta interpretación un mismo día de estancia efectiva en prisión podría llegar a valer por dos o incluso por tres o por cuatro (si el interno está cumpliendo una condena y simultáneamente en prisión preventiva por tres causas diferentes). Ello dependería de factores tremendamente aleatorios, como el mayor o menor rigor con que se apliquen la conexidad y el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cronología de la firmeza de cada sentencia (dato en el que el imputado puede influir de manera muy decisiva, acelerando -conformidad- o dilatando -recursos- los ritmos procesales), la coordinación entre los distintos Juzgados (si un interno está cumpliendo una pena, le interesará que en las posibles causas pendientes esté acordada su prisión preventiva y prolongar durante el mayor tiempo posible esa situación de interinidad que supondrá dotar de doble valor a cada día de cumplimiento). Ese paso interpretativo se ha rechazado expresamente por esta Sala Segunda. En fechas muy recientes también el TC ha tenido ocasión de repudiar la postura de quienes extraen de su inicial sentencia esa otra consecuencia (abonabilidad en todas las causas por las que se encuentra en prisión provisional el penado aunque el periodo coincida). Rigurosamente entendido, el argumento de la literalidad de la norma blandido en la STC 57/2008 no permitía excluir esas situaciones. Pero la interpretación no podía llegar tan lejos pues abría la puerta a soluciones arbitrarias. La reciente STC 92/2012, de 7 de mayo, así lo proclama. Aunque formalmente está en continuidad con la STC 57/2008 no cabe duda que despoja de fuerza al argumento basado en la interpretación literal que aleteaba en su primera sentencia. Se reitera primeramente, la tesis de la sentencia 57/2008: *“Lo expuesto conlleva la estimación de la solicitud de amparo en este aspecto concreto dado que el art. 58 del Código penal vigente en aquel momento establecía taxativamente que “[el] tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada”, previsión legal ésta que, dijimos ya en la STC 57/2008, obliga a computar como tiempo de cumplimiento de la pena aquellos períodos que se hubieren pasado en prisión preventiva aunque durante los mismos se hubiese permanecido también en calidad de penado por otra causa pues “no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta” (FJ 6). Como se había dicho antes en la STC 19/1999, de 22 de febrero, la distinta funcionalidad de la medida cautelar en que consiste la prisión provisional y de la pena permite, sin violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad) cumpla materialmente una doble función (FJ 5) y produzca, consecuentemente -hemos de añadir- un doble efecto jurídico. Este*

razonamiento se ve reforzado porque, en tales supuestos, el cumplimiento como penado se ve perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir simultáneamente con la situación de prisión provisional en otra causa (STC 57/2008, FJ 7).

El abono múltiple de periodos en que existen varias prisiones preventivas simultáneas, también sería consecuencia gramaticalmente deducible de la dicción del art. 58. Pero el TC en ese caso da primacía a la interpretación lógica y teleológica sobre la estrictamente literal: *“La concreta cuestión ahora analizada, es decir, la supuesta procedencia de abonar un mismo tiempo de privación de libertad, sufrido provisional y simultáneamente en varias causas, a la pena o penas impuestas en cada una de ellas, no fue abordada por la STC 57/2008. En aquel caso lo cuestionado por el demandante era la negativa judicial a abonar el tiempo de prisión provisional padecido en dicha causa para el cumplimiento de la pena impuesta, con el argumento de haber estado simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta. Se trataba allí de valorar la razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma; exclusión que este Tribunal consideró irrazonable atendido el enunciado normativo y su finalidad. Ahora nos corresponde valorar la razonabilidad de la pretensión del demandante, conforme a la cual ha de ser incluido un nuevo supuesto en la norma, con los efectos que él reclama».* (F. J. 3º)

PENALIDAD. Prisión preventiva y licenciamiento definitivo: nueva doctrina jurisprudencial (STS. 345/2012).

Recurso: Casación nº 11605/2011 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 625/2012 de fecha 17/07/2012

«...el Tribunal Constitucional no considera que el derecho constitucional a la libertad imponga necesariamente y en todo caso el doble cómputo del tiempo de prisión preventiva sufrido en una causa y coincidente con el de cumplimiento de otra condena, sino que declara que la interpretación del texto entonces vigente del art 58 del Código Penal en el sentido más favorable a dicho derecho fundamental conduce a dicha conclusión, simplemente porque no resulta constitucionalmente adecuado establecer una limitación al abono de la prisión preventiva en la causa de procedencia que el Legislador no ha previsto especialmente.

En consecuencia, si la doctrina del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, con independencia de su concurrencia con el cumplimiento de otra condena, está basada en una interpretación conforme a la Constitución de la norma legal entonces vigente, y no es una consecuencia que emane del propio derecho constitucional a la libertad, ha de concluirse, en primer lugar, que dicha doctrina es contingente y cede ante una modificación legislativa, como la que ya se ha producido, y en segundo lugar, que no es extensible a supuestos en que no concurre la laguna legal en que se fundamenta.

En concreto, dicha doctrina no puede invocarse para solicitar que el tiempo de prisión preventiva concurrente con cumplimiento y sufrida en todas las causas que son objeto de refundición en los supuestos en que, por aplicación del art 76 del Código Penal, se haya establecido un tiempo límite de cumplimiento efectivo, se descuenten íntegramente de dicho tiempo límite y no de las respectivas condenas impuestas en las causas donde se sufrió la correspondiente prisión preventiva, pues ni el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este extremo ni concurre en él la “*ratio decidendi*” de la sentencia invocada». (F. J. 3º)

PENALIDAD. Responsabilidad personal subsidiaria: límite temporal.

Recurso: Casación nº 2397/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 550/2012 de fecha 03/07/2012

«En relación con el precepto penal mencionado, si bien la jurisprudencia, como reconoce la Sala Segunda, siguió "distintos derroteros interpretativos", los mismos fueron "unificados en Pleno no Jurisdiccional de 1-3-2005, en el que se acuerda que la consideración del límite de cuatro años (ahora cinco) (...) sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope. Eso sí, **en cada delito** la pena privativa de libertad y el arresto sustitutorio caso de impago de la multa, nunca debe exceder, adicionados, de cuatro años (en la actualidad de cinco años)" (STS 358/2005, de 22 de marzo, cit. y reproducida examinando los anteriores distintos criterios, en la S. 252/2008, de 22 de mayo; cita también el Acuerdo de tal Pleno STS 754/2009, de 13 de julio.

Al acusado no se le impone la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa por el delito de tráfico de drogas, sino únicamente por el delito de blanqueo de capitales por el que fue sancionado con pena de prisión de seis meses y multa de 3.600.000 euros. No hay vulneración del art. 53 C.P». (F. J. 4º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Acreditación del dolo.

Recurso: Casación nº 185/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1299/2011 de fecha 17/11/2011

«La concurrencia de estos indicadores externos permite inferir que el acusado sabía perfectamente que con el uso del programa EMULE estaba facilitando la difusión de los vídeos pornográficos que descargaba en su ordenador, dada la mecánica específica del sistema que aplicaba. Pues una persona que tiene los conocimientos y experiencia en informática del acusado tiene que ser sabedor de la forma en que opera el programa que aplica, los efectos que produce y las derivaciones hacia terceros. Si a ello se la añade su uso reiterado y el almacenamiento de los archivos que obtenía, debe colegirse que conocía lo que

ejecutaba informáticamente y asumía o aceptaba las consecuencias de su conducta, esto, es la difusión del material pornográfico a otros usuarios de la Red.

La inferencia de la Audiencia no incurre, pues, en los automatismos probatorios sobre la constatación del dolo que proscribió el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 23 de febrero de 2010». (F. J. 8º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Uso de P2P. Rastreo policiales

Recurso: Casación nº 185/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1299/2011 de fecha 17/11/2011

«1. Incluido en el mismo apartado de vulneración de derechos fundamentales que sistematiza el recurrente se denuncia también la ausencia de **control judicial** en la obtención por los agentes de la Guardia Civil de la **dirección IP**, de la denominación de usuario y demás datos que posibilitaron la identificación del acusado, por lo cual se considera vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y también el derecho a la intimidad personal (folios 33 y ss. del escrito de recurso).

(...)

La supuesta infracción de derechos fundamentales con motivo de investigaciones de esa índole relacionadas con delitos de pornografía infantil ya ha sido tratada en algunos precedentes de esta Sala. Y así, en la **sentencia 680/2010, de 14 de julio** —que a su vez se remite a las sentencias 739/2008, de 12 de noviembre, 236/2008, de 9 de mayo, y 292/2008, de 28 de mayo—, se establece lo siguiente:

a) Los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet Protocols) que habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada queda registrada siempre y ello lo sabe el interesado.

b) Entender que conforme a la legalidad antes citada (Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación) se hace preciso, sin embargo, acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (habeas data).

Consecuentemente —aclara la referida jurisprudencia— quien utiliza un programa P2P ("peer-to-peer", de par a par o de igual a igual), en nuestro caso EMULE, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y

tales datos conocidos por la policía, datos públicos en Internet, no se hallaban protegidos por el art. 18.1 ni por el art. 18.3 de la Constitución.

En el mismo sentido, prosigue la sentencia 680/2010, al tratar de los rastreos informáticos policiales, la STS 292/2008, de 28 de mayo, ya declaró que cuando la comunicación a través de la Red se establece mediante un programa P2P, como en el EMULE o EDONKEY, al que puede acceder cualquier usuario de aquella, el operador asume que muchos de los datos que incorpora a la Red pasen a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet, como, por ejemplo el IP, es decir, la huella de la entrada al programa, que queda registrada siempre. Y fue este dato, el IP del acusado, el que obtuvo la Guardia Civil en su rastreo de programas de contenido pedófilo, dato que —conviene repetir y subrayar— era público al haberlo introducido en la Red el propio usuario al utilizar el programa P2P. Por ello, no se precisa autorización judicial para conocer lo que es público, y esos datos legítimamente obtenidos por la Guardia Civil en cumplimiento de su obligación de persecución del delito y detención de los delincuentes, no se encontraban protegidos por el art. 18.3 CE.

Y con el fin de aclarar todavía más una cuestión que siempre presenta un componente técnico de cierta complejidad, añade la referida sentencia 680/2010, remitiéndose a su vez a la 292/2008, que debe recordarse que el IP del acusado que averiguó la Guardia Civil no identifica la persona del usuario, para lo cual se precisa conocer el número del teléfono y la titularidad del contrato con la autorización judicial. Y si, como ha quedado razonado, la obtención por la Guardia Civil del IP del acusado —única actuación policial en todo el procedimiento de investigación no controlada y dirigida por la autoridad judicial—, no ha quebrantado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 C.E, debemos ahora enfocar el problema desde la perspectiva de las disposiciones legales que tienen por finalidad desarrollar la protección de la intimidad de las personas que consagra el art. 18.1 C.E, y, en concreto, la protección de datos personales que afecten a esa intimidad (art. 18.4 CE).

En este ámbito normativo destacan, según la citada sentencia 680/2010, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su Reglamento de 21 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 31 de marzo de 2.008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005, de cuya normativa parece inferirse que la identificación del titular de una determinada terminal telefónica o usuario de Internet, únicamente podrá obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial.

De otra parte, conviene también traer a colación la **Ley 25/2007, de 18 de octubre**, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, que desarrolla la Directiva de la Unión Europea 2006-24 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de marzo del mismo año, Directiva que a su vez modifica la 2002/28/CE. La referida ley pretende solucionar, armonizando las obligaciones de los proveedores de conservar determinados datos y de asegurar que estén disponibles, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de delitos graves.

Tal como se recuerda en la sentencia de esta Sala 247/2010, de 18 de marzo, la Ley 25/2007 tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de Telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por estos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa, y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3º).

En efecto, en el art. 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, se dispone, en su apartado 1, que “Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial”. Y en el art. 7, apartado 2, se preceptúa que “La resolución judicial determinará, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los datos conservados que han de ser cedidos a los agentes facultados”.

La rotundidad de la Ley 25/2007, en su artículo 6, en relación con el art. 3, provocó —dice la sentencia 247/2010— ciertas dudas entre los Magistrados que tenían que dictar sentencia en esta instancia, especialmente sobre su posible proyección al caso de autos, por lo que se estimó oportuno llevar a un Pleno no jurisdiccional la reserva atribuida a la autorización judicial para la obtención de datos con exclusión del Mº Fiscal.

En el Pleno celebrado el 23 de febrero de 2010 se acordó, con relación a la interpretación de los arts. 6 y 7 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que era necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

Sin embargo, es importante subrayar que esa Ley no se hallaba en vigor cuando se perpetraron los hechos perseguidos en este procedimiento, ni tampoco cuando se llevó a cabo la actuación policial investigadora, en los primeros meses del año 2007.

2. La distinción conceptual que se hace en las sentencias de esta Sala que se acaban de exponer entre lo que son los *rastreos* que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet que tienen por objeto averiguar qué IPS habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil —acceso que, conviene remarcar, puede tener cualquier usuario—, y lo que es el acto de *desvelar la identidad* de esas terminales o de los titulares de un determinado contrato de IP, ha de ser aplicada también en el caso concreto que se enjuicia. De modo que así como con respecto a los primeros no se precisa autorización judicial, sí se requiere en cambio con relación a la identificación de la persona que se halla detrás de una dirección IP.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado los agentes de la Guardia Civil contaron con la autorización judicial correspondiente para que los operadores les proporcionaran los datos necesarios para identificar al acusado como la persona a quien correspondía la dirección IP que había descargado los archivos pedófilos objeto de investigación. Así consta en la resolución judicial dictada el 24 de abril de 2007 (folio 29 de la causa) y en los oficios o mandamientos judiciales que la ejecutaron (folios 30 y ss). Y una vez descubierta tal identidad con la autorización judicial fue cuando ya pudo registrarse el domicilio del acusado y obtenerse el material pornográfico incriminatorio que figura unido a la causa.

Por lo tanto, no concurrió en el caso ninguna vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ni tampoco del derecho a la intimidad del acusado denunciadas por el recurrente.

El motivo resulta así inasumible». (F. J. 5º)

PRESCRIPCIÓN. Cómputo de plazos: delito objeto de condena (Acuerdo plenario de 26/10/2010).

Recurso: Casación nº 1925/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 311/2012 de fecha 26/04/2012

«La sentencia fundamenta su pronunciamiento en que atendiendo a la calificación de la Acusación Particular, y que en los supuestos de concurso de delitos el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave, y determina, respecto de ambos acusados, un plazo de prescripción de 10 años pues dice el art. 131.1 que prescriben a los 10 años los delitos cuya pena máxima señalada por Ley sea superior a cinco años de prisión y no exceda de 10, habida cuenta que ambos acusados lo son por sendos delitos de estafa agravada de los contemplados en el art. 120 del Código Penal siendo la pena de prisión máxima establecida en el mismo de seis años.

Debemos precisar que la acusación pública imputaba al acusado el delito de usurpación de funciones mientras que la acusación particular lo hacía por un delito de estafa del art. 250.1.6º en concurso ideal con un delito de falsedad en documento público del art. 390.1.2º y 4º C.P.

Decimos que la queja debe ser estimada porque como de consuno exponen la parte recurrente y el Ministerio Fiscal como recurrida, el Tribunal sentenciador no ha tenido en cuenta el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2010, en el que se establecía que *"para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a*

falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

En consecuencia, el plazo de prescripción ha de venir referido al delito -al único delito- por el que fue condenado el acusado ahora recurrente. Y siendo éste el tipificado en el art. 402 C.P., que sanciona con una pena de prisión de uno a tres años, el plazo prescriptivo lo era de tres años según el art. 131 C.P. vigente al momento de los hechos, que es más favorable que el actual, modificado por la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

El día a quo se sitúa en el que el acusado ha cometido los hechos (3 de diciembre de 2003) y el día ad quem aquél en que se dirigió el procedimiento contra el acusado: el 25 de noviembre de 2008, por lo que a esta última fecha el delito "efectivamente" cometido y por el que ha sido condenado el recurrente, ya estaba prescrito.

Huelga el examen del resto de los motivos». (f. j. 2º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Condena basada en declaraciones sumariales prestadas en proceso penal tramitado en el extranjero. Ratificación por medio de comisión rogatoria.

Recurso: Casación nº 11883/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 449/2012 de fecha 30/05/2012

«4. Hace un especial énfasis la resolución recurrida en la inobservancia de los **principios procesales de defensa y contradicción** en las diligencias practicadas en la fase de instrucción del procedimiento penal seguido en Panamá. De modo que las declaraciones inculcatorias sobre las que se apoya la sentencia condenatoria dictada en España estarían diligenciadas con claras infracciones de los principios constitucionales del proceso penal español, circunstancia que las convertiría en pruebas nulas y que impedirían fundamentar en ellas la condena recurrida, al no respetarse en las declaraciones sumariales las garantías que vienen exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala.

Pues bien, con respecto a esta alegación impugnativa debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en las sentencias 56/2010, de 29 de octubre, y 68/2010, de 18 de noviembre, argumentó que la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr., o a través de los interrogatorios, posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral (SSTC 303/1993, 153/1997, 12/2002, 195/2002, 187/2003, 1/2006, 344/2006). Como recuerda la STC 345/2006, en aplicación de esta doctrina se ha admitido expresamente en anteriores pronunciamientos "la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas

en los artículos 714 y 730 LECr.”, siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción" (SSTC 155/2002, y 187/2003)".

En este contexto, matiza el Tribunal Constitucional, se ha de señalar que “*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad*” (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros).

Así pues, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional lo que exigen realmente es que la defensa de los acusados tenga alguna ocasión en el curso del proceso de someter a contradicción las manifestaciones del testigo que los incrimina, ocasión que puede darse, tal como se dice en las referidas sentencias, o en la fase de instrucción o en la vista oral del juicio.

En el caso que ahora se juzga los testimonios fundamentales de cargo fueron los prestados por Enrique A. C., Branco Antonio P., Alberto Javier C., Jorge E. B. y José María Z. B. Estas personas, siguiendo los trámites y las normas competenciales propias del proceso penal panameño, declararon ante el Personero Primero Municipal de Panamá, que era el fiscal que tramitaba la instrucción de la causa, aportando datos claramente incriminatorios para el acusado. Así consta en la motivación de la prueba que se especifica en los folios 14 y ss. de la sentencia de instancia.

(...)

A todas estas diligencias probatorias han de sumarse las manifestaciones de los testigos relacionados con la venta y cambio de titularidad de las empresas del fallecido, y también las manifestaciones de las dos hijas del acusado en cuanto a las amenazas que en su día les hizo este cuando tomó posesión de los bienes de la víctima. Las declaraciones de Manuel Paz V. y Jaime I. relativas al patrimonio del fallecido fueron incluso prestadas directamente ante el Tribunal sentenciador.

Por consiguiente, el Tribunal de instancia sí contó con una prueba de cargo practicada en el curso del proceso, prueba en la que destaca la declaración de Enrique A. C. por ser la persona que tuvo un conocimiento directo del encargo que hizo el acusado para buscar las personas idóneas que habrían de materializar el

asesinato de su padre, personas a las que Enrique A. abonó ciertas sumas de dinero. Las manifestaciones de este, en las que se cumplimentaron las exigencias mínimas impuestas por nuestro ordenamiento procesal, se vieron ratificadas y corroboradas por lo depuesto por otros testigos y por datos objetivos relacionados con las significativas piezas de convicción halladas por la policía o los detectives que investigaban el caso, y en concreto con el arma y la ropa que utilizó el sicario que perpetró la acción homicida». (F. J. 1º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor declaraciones policiales.

Recurso: Casación nº 10422/2011 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1055/2011 de fecha 18/10/2011

«1. La cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones tanto por esta Sala como por el Tribunal Constitucional con criterios no siempre coincidentes en su integridad en ambas sedes, aunque la evolución de la jurisprudencia de los dos tribunales, permite considerar actualmente resuelta la cuestión en el sentido en que luego se dirá (STC nº 68/2010 y STS nº 726/2011).

Se ha entendido, como principio, 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 cumplir algunos requisitos o exigencias mínimos y no deben ser extendidas a supuestos distintos.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 448, 449, 777.2 y 797.2 de la LECrim contemplan supuestos de prueba preconstituida, y 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. La jurisprudencia ha entendido que el tribunal puede atender razonadamente a una u otra declaración para establecer el relato fáctico. Se trata, por lo tanto de la incorporación al plenario, como pruebas, del resultado de diligencias sumariales para que el Tribunal pueda proceder válidamente a su valoración.

Además de los primeros casos, en los que la presencia e intervención del Juez de instrucción viene expresamente exigida en el precepto legal, debe entenderse 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 concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía». Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles. Entre ellas, siempre, la presencia del Juez.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, debe concluirse que 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. Es cierto que la 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 estas últimas 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 tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la sustitución del testigo directo por el referencial cuando se trata de la única prueba de cargo; y en segundo lugar, lo que se constituye en elemento decisivo, porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias; y se contrapone en sentido de una declaración prestada ante el Juez con el de otra que no lo fue. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias, del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían construir otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas en un sentido tal que deje sin efecto las constantes exigencias jurisprudenciales relativas a la necesidad de la presencia del Juez en la declaración sumarial del testigo 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.

2. 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, a pesar de su literalidad, en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral. Asimismo,

como ya se ha dicho más arriba, ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración del conjunto 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, y siempre que la elección, especialmente cuando se opta por la versión sumarial que el Tribunal no ha presenciado con inmediación, venga acompañada en la sentencia de un razonamiento explicativo de la decisión, con valoración expresa de los elementos de corroboración que la justifican. En este sentido la STS nº 1105/2007 y la STS nº 577/2008.

(...)

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 puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba. Pero en ningún caso el contenido de la declaración prestada en sede policial puede constituir prueba de cargo. En el sentido expuesto, entre otras, la STS nº 541/2007 y la STS nº 1228/2009, ya citadas.

3. En relación con la cuestión, el Tribunal Constitucional ya había advertido en la STC 31/1981 que la declaración prestada ante la policía, “al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia”.

Más recientemente, en la STC nº 68/2010, el Tribunal Constitucional, en un supuesto relativo a la valoración como prueba de cargo de la declaración de una coimputada prestada en sede policial y luego no ratificada ante el Juez, luego de recordar que “...hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral- [SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)]”, afirmaba lo siguiente:

“b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción [SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial». (F. J. 1º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Actuación defendible en Derecho.

Recurso: Casación nº 672/2011

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 181/2012 de fecha 15/03/2012

«5. La prevaricación no solo es apreciable cuando el contenido sustancial de la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino también cuando se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido. Se recordaba en la STS nº 331/2003, que tal omisión "...ha sido considerada también como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones”.

Pero no todas las normas de procedimiento pueden reputarse esenciales a estos efectos. Lo son, desde luego, si con su infracción o no aplicación se suprime el control que la norma pretendía establecer sobre determinadas actuaciones administrativas. En la STS nº 331/2003, antes citada, se decía que "...no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de

los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución”. Y, más adelante se añadía que la valoración deberá ser diferente cuando la omisión de “...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales”.

6. En el caso, como ya se dijo más arriba, la sentencia centra la prevaricación en la utilización de la permuta como mecanismo de enajenación de inmuebles en las circunstancias que se contienen en los hechos probados, actuación que considera fraudulenta en tanto que se refiere, como contraprestación de la entrega del inmueble, a cosas no existentes. Pero no recoge en los hechos probados, ni tampoco en los fundamentos jurídicos, infracciones sustanciales del procedimiento, que no sean las derivadas de la utilización del mecanismo de la permuta, en tanto que permitió acudir al sistema de adjudicación directa. En este sentido, no se concretan los trámites omitidos ni se examinan las posibles consecuencias de su omisión. Tampoco se desprende de los hechos probados que se haya producido ninguna manipulación de los precios, pues no consta discusión alguna respecto a la valoración de los terrenos o de las obras de urbanización que se iban a entregar a cambio.

No es posible, por lo tanto, examinar ahora otras posibles razones para calificar los hechos como constitutivos de prevaricación.

Establecido que la actuación administrativa desarrollada por los recurrentes era defendible en Derecho, aun cuando el Tribunal Superior de Justicia la anulara por errónea y por faltar al procedimiento establecido, no puede apreciarse la comisión de un delito de prevaricación.

En consecuencia, los motivos examinados se estiman en este aspecto, sin que sea necesario el examen de la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo, ni el análisis de los restantes motivos de cada recurso». (F. J. 2º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Concepto de “resolución administrativa”.

Recurso: Casación nº 1257/2011
Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 340/2012 de fecha 30/04/2012

«La acción consiste en dictar una *resolución arbitraria en un asunto administrativo*.

(...)

...nos interesa determinar y concretar el concepto de *resolución administrativa*, pues es el elemento objetivo típico del delito, ya que, como también hemos dicho con reiteración, la existencia de una verdadera resolución administrativa constituye un elemento *sine qua non* para afirmar la tipicidad de los hechos. Así lo ha reconocido esta Sala Segunda en distintas sentencias, de las que las señaladas con los números 627/2006, 8 de junio o 2011/1993, 22 de septiembre, son elocuentes ejemplos.

Y es que, como hemos declarado (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1993), por *resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos*. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones *concretas o generales*, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, definido como «acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo».

Ahora bien, frente a los actos y resoluciones administrativas, los órganos de la Administración también producen actos políticos, excluidos generalmente de control, salvo en sus formalidades intrínsecas, o adoptan decisiones que se rigen por otros mecanismos de control jurídico, entrando en la esfera privada –derecho civil o mercantil– o en la esfera laboral. Quiere con ello decirse que no toda actuación de un órgano de la Administración es controlable por el derecho administrativo. En consecuencia, el derecho penal tiene que ser muy estricto en la medida que el delito por el que se acusa ha de suponer la conculcación de un determinado tipo penal, máxime en el delito de prevaricación administrativa en donde el control natural de la resolución se reside en los tribunales de otros órdenes administrativos. Recuérdese a estos efectos que el delito definido en el art. 404 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una *resolución arbitraria en un asunto administrativo*. El principio de taxatividad y certeza que se predica del derecho penal (art. 4.1 C.P.), no nos permite llegar a interpretar que tal resolución puede ser cualquiera, sino aquella que se dicta en un asunto administrativo, entendido este asunto, en los términos de la Ley 30/1992, no en un asunto referente a una Administración en general, pues ésta interviene en múltiples relaciones conforme a Derecho. Es decir, se trata estrictamente de una resolución administrativa, aquella que constituye el elemento objetivo típico del delito de prevaricación administrativa. Lo estricto aquí del derecho penal no puede tolerar un concepto expansivo de tal resolución, sino rigurosamente administrativo. La jurisprudencia de esta Sala se ha

encargado así de definirlo. Otros tipos penales pueden abarcar tal onmicomprensión de tal actuar, bajo parámetros penales diversos al aquí tomado en consideración.

De ahí que difícilmente una escritura pública formalizada ante notario, desarrollo ejecutivo del acto de contratación, ya finalizado en vía administrativa, por la teoría de los actos separables, plenamente consolidada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo (*ad exemplum*, Sección 5ª, de fecha 22 de abril de 1996, entre otras muchas), puede constituir una resolución administrativa, en los términos que exige el art. 404 del Código Penal. Resulta evidente que las discrepancias resultantes de tal acto notarial, que no ya acto administrativo, han de ser resueltas en el ámbito del derecho privado. Y es que, como hemos dicho en STS 857/2003, de 13 de junio, falta en el caso enjuiciado la exigencia típica de haberse dictado una «resolución», esto es, «un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio» (SSTS 877/1995, de 14 de julio y 190/1999, de 12 de febrero), en los términos anteriormente expuestos. En el mismo sentido, la STS 621/2003, de 6 de mayo, nos dice que el tipo objetivo del delito de prevaricación del art. 404 CP requiere la infracción de un deber del funcionario que se debe manifestar en el dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Es decir, el delito de prevaricación no consiste en cualquier conducta antijurídica de un funcionario, sino en una muy específica en la que ejerzan funciones administrativas. O en la STS 939/2003, de 27 de junio, que citando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42,1), y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento administrativo. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada».

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal «resolución» del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de «autoridad[es] o funcionario[s] público[s]», que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito –especial propio– de que se trata». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Nombramiento ilegal (art. 404 CP): doctrina.

Recurso: Casación nº 1653/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 357/2012 de fecha 16/05/2012

«En este sentido, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo tiene establecido que aunque el nombramiento ilegal parezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 C.P. como precepto especial, es lo cierto que la actuación del acusado encaja en la tipicidad del art. 404, en tanto dicha actuación no es meramente ilegal, sino injusta y

arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración pública municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal (véase STS de 10 de diciembre de 2001, entre otras)». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Prevaricación urbanística. Omisión de los trámites esenciales del procedimiento.

Recurso: Casación nº 732/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 497/2012 de fecha 04/06/2012

«... serán requisitos de este delito: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Aunque ya se han hecho anteriores referencias a ello, conviene, por último, insistir en que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y otra de mayor trascendencia dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (arts. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las ya citadas SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando el hecho de omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su irregular forma de proceder elimina los mecanismos establecidos precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

2. Como insistentemente ha señalado esta Sala, el cauce de la infracción de ley requiere, como premisa de partida, el respeto a la intangibilidad fáctica, por disponerlo así el art. 884.3º LECrim. En este caso, el relato de hechos afirma que el 26/09/2006 el acusado, en su condición de Alcalde de una Entidad Local Autónoma cordobesa, recibió en su despacho oficial a los representantes de la mercantil «G. y C. I. S.L.», quienes, presentándole en dicho acto un proyecto para la construcción de dos viviendas en una de las calles de la localidad, solicitaron la pertinente licencia de construcción. Recibida por el acusado tal solicitud con su documentación adjunta, procedió a calcular la tasa correspondiente a la licencia de construcción, que cifró en la cantidad de 4413,47 euros, instando a los comparecientes a que aportaran el dinero en metálico, como así hicieron pocos días después, reportándoles el acusado el correspondiente recibo, fechado el 28/09/2006. La cantidad de efectivo fue recibida en mano por el ahora recurrente, quien la hizo propia. También confeccionó y firmó el acuerdo de concesión de la licencia. Y, finalmente, retuvo en su poder la documentación que le había sido entregada por los representantes de la mercantil con esta finalidad, *“ocultándola, sin dejar constancia alguna en los registros y archivos de la E.L.A.”*.

Atendidos estos hechos, deviene claramente aplicable al caso la doctrina jurisprudencial que precede, pues -con independencia de los hechos que afectan a otras figuras penales que luego se analizarán- resulta patente que tal actuación «motu proprio» del acusado, quien en su despacho oficial atendió a los solicitantes y procedió directamente a concederles a los dos días la licencia que le solicitaban con el único requisito del previo abono de la tasa que él mismo había cuantificado, supuso un incumplimiento, absoluto y radical, de las más elementales reglas del procedimiento administrativo exigible, obviando la observancia de los protocolos urbanísticos aplicables.

La consciencia de la absoluta arbitrariedad de sus actos, ejecutados en el ejercicio y por razón de su cargo, dimana, a su vez, de un doble elemento: como explica el órgano de procedencia en el FJ. 2º, el propio recurrente admitió ser sabedor del carácter preceptivo que ostentan los informes técnicos municipales, que han de ser previos a toda concesión de licencia, pues así se lo había manifestado años atrás el oficial mayor de la E.L.A. con ocasión de un informe jurídico, tal y como este mismo confirmó. Ello mismo hizo que, para impedir que terceras personas de la Corporación local pudieran tener constancia de la solicitud y garantizarse así el acusado una ausencia de control sobre su arbitraria decisión, carente del mínimo ajuste a la legalidad, no dudara en eludir también los trámites de registro que habrían sido habituales. Tampoco dudó en guardar consigo los documentos que los solicitantes le habían presentado, de cuya presentación

tampoco dio cuenta alguna a terceros. Omitió, pues, dolosa y conscientemente todo procedimiento y trató además de impedir cualquier posibilidad de control sobre la decisión tan arbitrariamente tomada.

Ha de convenirse con el órgano de instancia en que la circunstancia de que con posterioridad se declarara que el proyecto presentado para la nueva construcción cumplía los presupuestos técnicos y urbanísticos exigibles no es óbice para entender que la conducta del acusado reviste en su plenitud los caracteres del delito de prevaricación urbanística que examinamos, que deben concurrir "ex ante". Efectivamente, el visado del proyecto de construcción por un colegio de arquitectos en ningún caso puede suplir el necesario contraste de legalidad y viabilidad al que la entidad pública debe someterlo antes de conceder la licencia. Tal informe previo y preceptivo deberá garantizar la idoneidad de la construcción tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. En cambio, en este caso el acusado tomó la decisión directamente *"sobre la marcha"* y *"sin más respaldo que su personal criterio"* tras haberse entrevistado con los solicitantes, eludiendo deliberadamente todos los protocolos aplicables. Con su actuación hizo un uso abusivo y arbitrario del poder público que le había sido conferido, en contravención de los deberes de transparencia y legalidad que le eran exigibles.

Se desestima, pues, el motivo». (F. J. 2º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Aplicación errónea del Derecho. No prevaricación.

Recurso: Casación nº 20048/2009

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, los hechos que hemos declarado probados no son constitutivos del delito de prevaricación que ha sido objeto de la acusación. Como acabamos de exponer los autos objeto de la imputación contienen una argumentación que consideramos errónea desde el punto de vista de su acomodación al derecho sustantivo y, particularmente, en lo atinente a la subsunción en el delito contra la humanidad, aunque fuera en la consideración de "contexto". Es cierto, que desde la perspectiva actual expansiva y propia del desarrollo de la civilización, la consideración de delito contra la humanidad es plausible, pero ha de estarse a la normativa vigente y a la interpretación de las normas acordes a las garantías previstas en nuestro ordenamiento. Como consecuencia de esa declaración de "contexto" el magistrado imputado realiza una aplicación de institutos del sistema penal como la prescripción y la amnistía, así como la irretroactividad de la norma penal de forma perjudicial para los imputados, lo que no es procedente. Pero esa errónea aplicación del derecho no alcanza la nota característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora». (F. J. 4º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Competencia y prescripción.

Recurso: Casación nº 20048/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«Con respecto a la asunción de la competencia para el conocimiento de los hechos, la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró la falta de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, y concretamente, de los Juzgados Centrales para el conocimiento e instrucción de los hechos objeto de las denuncias, por la prescripción de los hechos en los que basó su competencia, delitos contra Altos Organismos de la Nación. Su conexión a otros no permite resurgir para la persecución penal hechos respecto a los que ha transcurrido, con creces el plazo de prescripción. En efecto, el delito contra Altos Organismo de la Nación, prescribió a los 20 años, en 1956. La interpretación que el acusado emplea para afirmar su persecución en la Audiencia Nacional, según la cual "mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados", (STS 686/95, de 18 de mayo), sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una "realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio. De esta manera, no es admisible que un delito ya prescrito sea "resucitado" en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción. El apoyo jurisprudencial que se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 debe ser interpretado en este sentido y no en el literal que permita perseguir un delito, indudablemente, prescrito». (F. J. 3º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Conducta no prevaricadora desde los requisitos del tipo.

Recurso: Casación nº 20048/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«Como hemos argumentado, con cita del Informe de la Comisión Interministerial, los dos bandos realizaron atrocidades sin sujeción a las leyes de la guerra. En las denuncias se refiere que los hechos lesivos de derechos fundamentales se perpetuaron tras la finalización de la guerra civil, y que los mismos no fueron investigados. Se afirma que esa inacción en la investigación contraviene los Tratados Internacionales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1.966, ratificado por España en 1976, (art. 2.3) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 (art. 13). Denuncian una situación antijurídica asimilable a la desaparición forzada a la que se refieren los Tratados Internacionales como constitutivos de delitos contra la humanidad, a los que sería de aplicación las especiales prevenciones dispuestas en los Tratados pues supondría un obstáculo a la obligación de perseguir esas infracciones. Esa interpretación que se postula, y

que el magistrado acusado asume en los autos cuestionados, entra en colisión, como hemos señalado, con la concepción estricta del principio de legalidad y la interdicción de la aplicación retroactiva de la norma desfavorable, que rige en nuestro Derecho y supone que los Tratados Internacionales rigen desde su entrada en vigor de acuerdo a las previsiones constitucionales. El magistrado instructor ha pretendido mejorar la situación de los titulares de los derechos vulnerados y lo hace mediante la incoación de un proceso penal que dirige a tutelar a unas personas que han sido víctimas de una lesión constatada. Esa finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica.

Con respecto al requisito de la contradicción al derecho no explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable, tampoco concurre en el supuesto de la acusación. Hemos expuesto que la argumentación de los autos tachados de prevaricadores, aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos. En este sentido nos hemos referido a los informes del Ministerio fiscal ante el Tribunal Constitucional, recurso de amparo 9367/2005, y el emitido al Juzgado Central número 2, Diligencias Previas 211/2008, ambos con un contenido argumental semejante al de los autos dictados por el magistrado acusado. También hemos expuesto la existencia de decisiones de los órganos vigilantes de las normas sobre protección de derechos humanos que evidencian la expansión de su contenido. En todo caso la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión.

El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución y al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las exigencias de dicho derecho. Esto es, la exigencia del requisito de la "lex previa" para poder ajustar la conducta al reproche contenido en la norma.

En consecuencia la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación». (F. J. 7º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Delito continuado: no concurre.

Recurso: Casación nº 1624/2010
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 126/2012 de fecha 28/02/2012

«1. El delito continuado exige una pluralidad de acciones u omisiones, supuesto que se ha negado en los casos de reiteración inmediata de la acción en un mismo ámbito espacio-temporal.

2. En el caso, el recurrente dictó el mismo día los tres autos acordando la libertad de los tres imputados. Es claro que pudo haberlo hecho en una sola resolución, por lo que el que haya optado por hacerlo separadamente, dadas las demás circunstancias concurrentes, no permite apreciar la existencia de acciones autónomas dotadas de individualidad suficiente.

En consecuencia, el motivo se estima, aunque solo afectará penológicamente a la pena de multa, que se reducirá a doce meses, ya que la pena de inhabilitación especial ya fue impuesta en el mínimo legal». (F. J. 10º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Elementos del delito.

Recurso: Casación nº 2171/2011
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 571/2012 de fecha 29/06/2012

«Abordaremos en este fundamento la cuestión central del delito de prevaricación, la existencia de una resolución injusta, que ha sido negada en la impugnación de la defensa, y defendida en la de la acusación. El tribunal ha declarado que existe una resolución manifiestamente injusta, típica de la prevaricación por imprudencia, valoración jurídica que supone un *plus* en el concepto de la resolución injusta.

(...)

Dijimos en la Sentencia 101/2012, de 27 de febrero y reproducimos que: "La falta de acierto en la legalidad y la injusticia no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un *plus*, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada".

Por último, la resolución será injusta tanto cuando se refiere a la aplicación arbitraria de una norma sustantiva al hecho sujeto a decisión, como cuando la actuación judicial se realiza, de forma arbitraria, fuera de competencia o sin observar las normas del proceso debido. (F. J. 2º)

De la perspectiva expuesta, analizamos la resolución que la sentencia de la instancia califica de manifiestamente injusta.

(...)

Por último, la actuación jurisdiccional que carece de base competencial y que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor. Nada se dice sobre la concurrencia de esos presupuestos de actuación, sólo se afirma su concurrencia, ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Ha de recordarse que el juzgado de violencia tenía el mismo ámbito de competencia objetiva y territorial y no existía ningún obstáculo a su intervención, a salvo de la falta de acomodación de la respuesta a la pretensión de la parte que interesó el retraso en la devolución de los hijos. Es cierto que el art. 158 Cc no dispone un procedimiento de adopción de la decisión, pero no ha de olvidarse que ese precepto no es procesal, es una norma que habilita una actuación jurisdiccional, y que el principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, de lo que deberá hacerse constancia en la resolución.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar el interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar como la adoptada.

Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción.

2.- Hemos dicho que asumíamos la argumentación del Tribunal Superior de Justicia sobre la existencia de una resolución manifiestamente injusta, si bien hemos de poner de manifiesto alguna contradicción en la que incurre. Entendemos que no es plausible afirmar, de una parte, que no existe concierto entre el magistrado acusado y los abogados de la parte, para atraer una competencia sobre el hecho y, de otra, que el juez imputado se ha convertido en instrumento de parte y ha instrumentalizado el proceso convirtiéndose *"el Juez de familia en instrumento, por temeridad y negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales"*. Ello sólo sería posible si se entendiera que el juez ha actuado como un instrumento que ha obrado sin dolo. Esa consideración de mero instrumento se compagina mal con la actuación del juez que recibe al menor y su familia, realiza la comparecencia, y altera el escrito de comparecencia inicial para evitar poner de manifiesto la utilización de las diligencias de otra causa, precisamente las que fueron empleadas en el decanato para asegurar la remisión al juzgado número 7 (de Familia); dirige al letrado en su comportamiento procesal; comunica con fiscalía y documenta esa conversación informal como si se tratara de un traslado de la causa para informe de legalidad; comunica con el decanato sobre el reparto; y, por último, dicta la resolución cuya injusticia examinamos, sin fundamentar ni la urgencia, ni la competencia, ni los presupuestos que permiten la actuación bajo el amparo del art.158 del Código civil.

En todo caso, la resolución injusta no se asienta en la connivencia con los letrados de la parte para atraer la competencia, sino en el acto propio del juez por el que actúa una competencia que no tenía y dicta la resolución sin la mínima observancia del principio de contradicción y sin la argumentación precisa sobre los presupuestos de la adopción de la medida adoptada». (F. J. 3º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Intervención de comunicaciones interno-letrado a sabiendas de su injusticia.

Recurso: Casación nº 20716/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 79/2012 de fecha 09/02/2012

«3. En la conducta del acusado, pues, la injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados.

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional. Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución.

4. En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido.

La resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable.

5. Además, y como elementos añadidos, esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la LOPJ) y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta, que, estableciendo los límites del derecho fundamental de defensa, rechaza expresamente la interpretación acogida por el acusado, y sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que la sustentaban, con lo que, valorada en su integridad, se revelaba, a ojos de cualquiera, como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido, se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente al derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa. (F. J.12º)

El elemento correspondiente al tipo subjetivo, es decir, la actuación a sabiendas de la injusticia, resulta de varios elementos ya puestos de relieve al valorar las pruebas.

1. De un lado, el tenor literal de las resoluciones, de las que se desprende sin dificultad que entre las comunicaciones cuya intervención se acordaba quedaban incluidas las que los internos mantuvieran con sus letrados defensores y con aquellos otros que fueran expresamente llamados para asuntos penales. La inclusión de la cláusula *previniendo el derecho de defensa* en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa. Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente, proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal. Efectivamente, contra los letrados defensores Srs. Ch., M., P. y V., no existía ningún indicio de actuación delictiva. Tal cosa era sobradamente sabida por el acusado desde el momento en que tuvo conocimiento de su designación como letrados de la defensa con posterioridad al dictado del primer auto el 19 de febrero (se les tiene por personados el 17 y 21 de febrero y el 3 de marzo), y, desde luego, en el momento de acordar la prórroga. En los informes de 4 y 13 de marzo, los funcionarios policiales encargados de la investigación, no hacen constar ningún indicio de actuación delictiva respecto de aquellos, constando solamente algunas menciones a su designación como nuevos letrados, mencionando en algún caso sus posibles relaciones con magistrados, jueces o fiscales con destino en la Audiencia Nacional, y algunas conversaciones claramente relacionadas con el ejercicio de defensa.

Tampoco puede valorarse como protección del derecho de defensa la supresión de algunos párrafos de las conversaciones intervenidas, una vez que han sido escuchadas por los funcionarios policiales responsables de la investigación, que ni siquiera fueron requeridos para que no las utilizaran en sus informes o conclusiones o líneas de investigación, por el propio acusado como instructor de la causa y por los representantes del Ministerio Fiscal en el caso. Esta supresión tiene

sentido en los supuestos de acceso accidental, como el único remedio posible, pero carece de eficacia en relación con una resolución orientada directamente al conocimiento del contenido de tales comunicaciones, pues la exclusión solo puede producirse una vez oídas las conversaciones y, desde ese momento, el investigador ya conoce el contenido de lo hablado.

De otro lado, existe toda una serie de datos que acreditan, sin duda alguna, que el acusado era consciente de que esas conversaciones quedaban afectadas por su decisión. Así, la comunicación policial verbal acerca de la aclaración del significado de la referida cláusula; los informes del Ministerio Fiscal, que expresamente llegó a referirse a la exclusión de las conversaciones con los letrados; los informes policiales, donde se contenían conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones intervenidas entre los letrados y sus defendidos que notoriamente afectaban al derecho de defensa; la designación de nuevos letrados por parte de los imputados en prisión provisional, efectuada estando vigente la primera resolución, lo que suponía que se intervendrían comunicaciones entre los internos y sus nuevos letrados, que eran desconocidos en la causa en el momento de dictar aquella resolución, lo que implicaba necesariamente que no se conocían indicios contra los mismos; y, finalmente, la ausencia absoluta, que en realidad no ha sido discutida, de indicios de actividad criminal contra los letrados defensores.

7. De todo ello se desprende, asimismo, como ya se dijo más arriba, que el acusado no incurrió en error alguno al dictar las resoluciones prevaricadoras. Para apreciar la existencia del error, de la clase que sea, no basta con su mera alegación sostenida sobre la afirmación de que el acusado creyó que actuaba lícitamente o mantenía una creencia equivocada sobre un elemento del tipo. Es preciso acreditarlo mediante la prueba de los elementos que permitan establecer que su creencia era mínimamente razonable, es decir, que tenía suficiente consistencia como para inducirle a error.

En el caso, nada de esto se ha acreditado. De los elementos antes examinados se desprende que carecía de razones aceptables para creer que, sin indicio alguno de actuación delictiva de los letrados defensores, podía restringir el derecho de defensa grabando y escuchando las conversaciones mantenidas por aquellos con sus defendidos en las dependencias del centro penitenciario.

8. Las acusaciones, aunque no han argumentado sobre ello en su informe en el acto del plenario, han calificado el delito como prevaricación continuada. Para apreciar el delito continuado es preciso establecer la presencia de varias acciones u omisiones, diferenciándolas de la ejecución de una misma decisión en varios actos diferentes y complementarios, unos con otros o entre sí recíprocamente.

En el caso, el acusado ha dictado dos resoluciones. Pero ambas tienen el mismo contenido, y, en realidad, la segunda no es sino la prolongación de la primera durante un mayor periodo de tiempo. Así pues, deben ser valoradas como una sola acción». (F. J. 13º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad no tiene carácter retroactivo.

Recurso: Casación nº 20048/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«Por lo tanto, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal». (F. J. 3º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Prescripción de los delitos.

Recurso: Casación nº 20048/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal». (F. J. 3º)

PREVARICACIÓN JUDICIAL. Vigencia de la Ley de Amnistía de 1977.

Recurso: Casación nº 20048/2009
Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 101/2012 de fecha 27/02/2012

«En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley

de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la "transición" fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.

La idea fundamental de la "transición", tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una "transición" pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

Precisamente, porque la "transición" fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento». (F. J. 3º)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. Normas internacionales. Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Recurso: Casación nº 11164/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1387/2011 de fecha 12/12/2011

«3. Pues bien, la pretensión de la parte recurrente de que se complementen los tipos penales del terrorismo con las normas de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre Terrorismo (2002/475/JAI) y que se subsuma, con base en ella, la conducta de los acusados en el delito de terrorismo no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad penal.

En primer lugar, porque el sistema normativo de la Unión Europea presenta una especial complejidad y unas connotaciones muy peculiares en el campo de las fuentes del derecho; de modo que no cabe hablar en sentido estricto de un sistema de fuentes de derecho ni de una jerarquía normativa, sino más bien de un sistema de normas y de actos jurídicos. Ello resulta aplicable a las Decisiones Marco, de las que no puede afirmarse que cumplimenten las exigencias de la legitimidad parlamentaria que requiere toda norma penal por su relevante y gravosa repercusión en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En segundo lugar, y ya desde una visión material del principio de legalidad penal, tampoco resulta compatible el contenido normativo de una Decisión Marco con las exigencias de determinación y taxatividad que ha de cumplimentar una norma penal. Las decisiones marco se utilizan para aproximar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, vinculan a estos en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y dejan a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos.

Así las cosas, las exigencias de certeza, determinación y taxatividad de las normas penales requieren, por lo tanto, que las disposiciones de una Decisión Marco de la Unión Europea sean transpuestas a los textos legales que integran el derecho penal interno del Estado miembro, única forma de que obliguen directamente al ciudadano y de que este pueda ajustar su conducta a los mandatos de unas normas que afectan de forma muy directa y gravosa a sus derechos fundamentales.

Por lo demás, la **jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)** se ha mostrado contraria a la aplicación directa de las normas comunitarias en el ámbito jurisdiccional penal de los Estados miembros. Y así, en la **sentencia del TJUE de 8 de octubre de 1987** (asunto 80/186), con motivo de resolver varias cuestiones prejudiciales suscitadas por un órgano judicial de Arnhem (Holanda), declaró que el juez de un Estado miembro, al aplicar su legislación nacional, está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del art. 189 del Tratado. Pero una directiva —prosigue diciendo el TJUE— no puede por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan.

(...)

Mayor relevancia y repercusión todavía ha tenido en el ámbito judicial europeo la **sentencia de 16 de junio de 2005 del TJUE**, caso conocido como “*María P.*” (asunto C-105/2003), en el que además se trataba de aplicar una Decisión Marco en un proceso penal italiano. Los hechos consistieron en que a María P., profesora de un colegio de primaria, se le imputaba la comisión de varios delitos de “abuso de medidas disciplinarias” y “lesiones agravadas”, tipificados por la legislación penal italiana. Las víctimas de su conducta presuntamente delictiva eran menores de edad, todos ellos alumnos de María P. La cuestión prejudicial surgió en la fase de instrucción con motivo de la aplicabilidad de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Se trataba de dilucidar si los menores de edad podían declarar mediante un incidente de prueba anticipada en la fase de instrucción en unas condiciones especiales y fuera del juicio oral, supuesto que en la legislación italiana solo se permitía para los delitos contra la libertad sexual, por lo que se pretendía ampliar ese supuesto con base en la referida Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Aunque la sentencia se refiere a una cuestión de índole procesal, su doctrina tiene repercusión en el ámbito material penal. Es más, la sentencia contiene referencias expresas sobre el derecho penal sustantivo.

Sintetizando la doctrina del referido caso, debe destacarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea argumentó (apartados 43 a 47 de la sentencia) que *“el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b).*

*Sin embargo —prosigue diciendo la sentencia—, es preciso señalar que la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional **tiene sus límites en los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad. Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones** (véase, respecto de las directivas comunitarias, en particular, las sentencias antes citada, apartado 24, y de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartado 74).*

(...)

De los párrafos precedentes de la sentencia del TJUE han de resaltarse varias conclusiones. En primer lugar, que marca distintos niveles de exigencias en la aplicación e interpretación de las normas con arreglo a los principios generales del derecho y, en particular, de la seguridad jurídica y la no retroactividad cuando se trata de normas de derecho sustantivo y de derecho procesal penal. En ambos casos da prioridad al derecho nacional cuando la norma comunitaria aboca a una interpretación contra legem del derecho interno de los Estados. Sin embargo, cuando se trata de derecho penal sustantivo da un paso más y afirma de forma contundente que *los principios generales del derecho se oponen, concretamente, a que la obligación la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones.*

Puede por tanto afirmarse que el principio de legalidad penal impide que una norma de derecho comunitario (reglamentos, directivas y decisiones-marco) tipifique conductas delictivas que no aparezcan específicamente previstas en el ordenamiento jurídico interno con arreglo a las exigencias y las garantías que establece nuestro texto constitucional. A lo sumo cabría interpretar la norma penal interna con arreglo a la normativa comunitaria siempre que esta pueda entenderse comprendida en el sentido literal posible de la ley penal española». (F. J. 11º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Documentación de la vista oral: acta y grabación, efectos.

Recurso: Casación nº 10025/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 503/2012 de fecha 05/06/2012

«El art. 788.6 LECr regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario: *“En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley”*. El aludido art. 743 LECr. en la redacción actual, vigente ya en el momento en que se celebró el juicio oral y por tanto aplicable establece:

“1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

5. *El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.*”

Así pues, la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial: “en cascada” o con carácter subsidiario. La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos. En un segundo escalón se admite la combinación de grabación con acta cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (art. 743.3). En tercer lugar, se encuentra el supuesto previsto en el art. 743.4: cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos. Por fin la ausencia de ese tipo de medios habilita para la tradicional redacción manuscrita. El acta deberá recoger, con la extensión y detalle necesario, todo lo actuado.

La regulación del acta del juicio oral contenida en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, representa, pues, un cambio importante en relación a la normativa anterior. En efecto, el número 6 del art. 788 de la LECr establecía: «*Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario*». El art. 230 LOPJ reforzaba la posibilidad de utilizar medios técnicos, informáticos y telemáticos que de cualquier forma eran un medio complementario, no alternativo, del acta escrita.

En la actualidad la forma clásica de documentar el acta es la última de las posibilidades, pero tan válida como el resto de las previstas que son desde luego más acordes con las tecnologías actuales que tienden a penetrar en la Administración de Justicia con un considerable retraso si se compara con otros ámbitos, también de la esfera pública.

El acta es esencial a efectos de recurso. En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Por eso su levantamiento y corrección se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales. Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. “*La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula*» (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un

salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril).

Tras la reforma de la Ley 13/2009 el art. 743.5 exige que el acta, cuando se extienda, debido a la ausencia de mecanismos de garantía de la grabación (apartado 3) o porque no se puede grabar la vista (apartado 4), ha de efectuarse por procedimientos informáticos, prohibiendo que la misma sea manuscrita, salvo que la sala carezca de dichos medios informáticos. Así pues, en la previsión legal la extensión del acta de puño y letra del Secretario será lo excepcional.

En todo caso no sobra recalcar aquí a la vista de las alegaciones de las partes que la grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso. La posibilidad de visionar mediante la reproducción de la grabación la vista no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. En ningún caso, la grabación del juicio implicará que el Tribunal Supremo pueda valorar de nuevo la prueba practicada ante la Audiencia. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña entre otras la STS 503/2008, de 17 de julio, Fundamento de Derecho Segundo. Incluso a efectos de un recurso de apelación tampoco se puede exacerbar su valor (STC 120/2009, de 18 de mayo)». (F. J. 2º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: contenido.

Recurso: Casación nº 623/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1396/2011 de fecha 28/12/2011

«El principio acusatorio en el proceso penal, aunque no está expresamente reconocido con tal denominación en el art. 24 C.E., es un presupuesto básico de todo enjuiciamiento y, en esencia consiste en el derecho a ser informado de la acusación formulada, y de dicha información se deriva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia. Ello implica tres proyecciones de dicho principio:

a) En primer lugar el Tribunal queda vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos, pues caso contrario, se produciría una indefensión para el imputado que podría ser condenado por hechos distintos de los que fue acusado, y, obviamente, de los que no pudo defenderse.

b) En segundo lugar existe una vinculación del Tribunal a la calificación jurídica que efectúa la acusación, vinculación que con limitaciones puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico atacado y

c) Finalmente existe una tercera vinculación del Tribunal en el campo punitivo, constituida por la imposibilidad de imponer pena superior a la mayor de las

calificaciones acusatorias existentes. En este sentido resulta relevante citar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de Diciembre de 2006 que acordó que:

"...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 en el que se sustancie la causa...."

Dicho Acuerdo puso fin a la anterior doctrina del Tribunal Supremo que permitía superar la pena máxima en concreto pedida, siempre que estuviese dentro de la previsión legal doctrina que quedó reflejada en el Pleno de 14 de Julio de 1993.

La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en el sentido de que *"nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado precisamente contra él una acusación suficientemente determinada por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria"* --STC 302/2000--. Igualmente prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes, debiéndose rechazar las acusaciones tácitas o implícitas.

Retenemos de la STC 249/2006 de 23 de Octubre con la cita de otras sentencias anteriores que:

"No es conforme con la Constitución, ni la acusación implícita ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos claros que no sean absolutamente vagos e imprecisos...."

De esta Sala, se pueden citar, entre otras muchas, SSTS 1954/2002; 368/2007; 513/2007; 435/2010 y 474/2011, entre otras muchas.

Ahora bien, de lo expuesto no puede deducirse que el Tribunal debe efectuar una redacción de los hechos en los mismos términos de las acusaciones.

El Tribunal no es un amanuense que escriba al dictado de la acusación, y por tanto, con respeto a los hechos, puede efectuar la redacción del juicio de certeza fáctico al que haya llegado con su propio estilo y redacción respetando los hechos vertebradores de la acusación, y por tanto añadiendo detalles periféricos.

Como se recoge en las SSTS 1328/2009 de 30 de Diciembre, 523/2010 de 1 de Junio y 572/2011 de 7 de Junio *"...no se produce tal vulneración (del principio acusatorio) cuando el Tribunal sentenciador se limita a concretar o detallar algunos hechos que se integran en un relato más amplio que el de las acusaciones sin que ello suponga la introducción de hechos nuevos, sino su concreción con más detalle, y ello porque tal posibilidad puede encontrar su origen, precisamente, en los debates del Plenario, porque caso contrario quedaría amputada en gran medida su virtualidad...."*». (F. J. 2º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio: doctrina general.

Recurso: Casación nº 11814/2011 P

Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 203/2012 de fecha 20/03/2012

«... el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en el acta de acusación. b) que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el Tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado estén contenidos en el tipo delictivo de acusación, de modo que en el calificado por el Tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse». (F. J. 1º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Variación de hechos que no afecta a la pretensión jurídica.

Recurso: Casación nº 11773/2011 P
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz
Sentencia: nº 358/2012 de fecha 07/05/2012

«1. Aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocerlo protegido en el art. 24.2 CE, en el que sí constan expresamente ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, lo que trasciende hacia el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido, se ha resaltado la vinculación del principio acusatorio con el derecho constitucional de defensa y con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (vid. STC núm. 123/2005, de 12 de mayo). Así lo ha recordado esta Sala de Casación en STS núm. 1017/2011, de 6 de octubre, manteniendo que el principio acusatorio está íntimamente vinculado al derecho de defensa del imputado/acusado y, consecuentemente, a la posibilidad de "contestación" o rechazo de la acusación. Tal principio provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción mediante el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso (STC núm. 53/1987, f. 2). Así pues, *«nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia»* (SSTC núm. 11/1992, de 27 de enero, f. 3; 95/1995, de 19 de junio, f. 2; ó 36/1996, de 11 de marzo, f. 4). De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal *«vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene*

formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse» (SSTC núm. 205/1989, f. 2; ó 95/1995, f. 2).

Por lo tanto, el principio acusatorio, que informa nuestro proceso penal particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales y exige una debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la Defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.

Ahora bien, como afirma la STS núm. 308/2009, de 23 de marzo, no quiere ello decir que todos los elementos que ha de contener el escrito inicial de calificación acusatoria (*ex art. 650 LECrim*), o las modificaciones que hayan podido introducirse posteriormente, una vez celebrada la prueba en el acto del juicio oral, sean vinculantes en términos absolutos para el juez o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso:

1) Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes -sean genéricas o constitutivas del tipo- y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido. Pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras que pueda tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado, que no tuvo oportunidad de defenderse, alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

2) El otro elemento vinculante para el tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación: la clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que la sentencia no puede condenar más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. Ello supone que no se puede condenar por delito distinto, ni apreciar un grado de perfección o de participación más grave, como tampoco una circunstancia agravatoria no pedida, salvo en supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el tribunal, que supongan tal

semejanza que no sea posible hablar de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación -el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica- conforman el hecho punible, que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal. Si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría la mencionada indefensión al acusado, que no habría tenido oportunidad de alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado». (F. J. 5º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio civil de equidad: inaplicación en materia penal, si choca con el principio de legalidad.

Recurso: Casación nº 11773/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 351/2012 de fecha 07/05/2012

«Como último otrosí del recurso interpuesto conjuntamente por Arnaldo O. M. y Arkaitz R. T., con reflexiones que también refleja Rafael D. U. en diversos pasajes de su escrito, se apela a la aplicación «ad causam» del art. 3 del Código Civil en toda su extensión. Para los recurrentes, las normas penales aquí aplicadas deben interpretarse “*en función de la situación y de los acontecimientos que se dan en la sociedad*” (sic), postulando una interpretación basada en la equidad, que preconiza el inciso segundo de dicho precepto civil.

Olvidan, no obstante, que las presentes actuaciones se desenvuelven en un marco penal, regido por sus propias normas, sustantivas y procesales, de imperativa aplicación. Olvidan también el mandato general que el art. 117.1 de la Constitución dirige a los Jueces y Tribunales, en cuanto “*sometidos únicamente al imperio de la Ley*”. En cualquier caso, la equidad que se invoca no sólo viene exceptuada con carácter general en el propio art. 3.2 Cc, al señalarse acto seguido que “*las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita*”, lo que no es el caso, sino que además resulta ajena a los principios generales de legalidad (art. 25 CE), irretroactividad de toda norma penal desfavorable al reo y prohibición de la analogía, contemplados, expresa y respectivamente, en los arts. 1, 2 y 4.1 del Código Penal. Este último precepto prevé además, en sus incisos 3º y 4º, otros mecanismos dirigidos al ejercicio de la gracia de indulto, competencia que en todo caso corresponde a órganos ajenos a los judiciales.

Omiten, finalmente, que el propio Código Civil prescribe en su art. 8.1 el obligatorio cumplimiento de “*las leyes penales, de policía y de seguridad pública (...) para todos los que se hallen en territorio español*”.

En conclusión, no es factible acudir en el presente proceso penal a la norma civil que supletoriamente se invoca. Tampoco desde las modificaciones introducidas en el Código Penal con la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio,

resultan circunstancias más beneficiosas para los procesados que lo apreciado por la Sala de instancia en relación con los delitos sometidos a su valoración.

Por último, debemos tener presente desde el inicio (después insistiremos en ello) que el objeto del juicio no alcanza al debate político y estratégico en el seno de la Izquierda Abertzale, actividad que no corresponde analizar a la jurisdicción, sino la ejecución por los acusados del plan diseñado por una organización terrorista, que no ha depuesto las armas, como integrantes de la misma. Serán autores, en su caso, del delito calificado por la acusación por pertenecer a la organización terrorista, no por desarrollar la acción política programada». (F. J. Preliminar)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principios de contradicción e igualdad de armas.

Recurso: Casación nº 1237/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 125/2012 de fecha 29/02/2012

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, s. 14-12-99, caso A. M contra Italia, ha entendido que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública para un debate contradictorio y que aunque tal principio tiene excepciones “solo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa”; por regla general, los apartados 1 y 3 d, del art. 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y haber de interrogar a su autor en el momento de la declaración o más tarde (sentencias Van Mechelen y otros y Sindi contra Suiza de 15.6.92). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del art. 6 cuando una condena se basa únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (STEDH Saidi contra Francia, 20-9-93; Unterpedinger contra Austria, s. 24.11.86). Y más recientemente caso Luca s. 27.2.2001 ha declarado 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 en el plenario”, y la s. 29.1.2009, caso AL-Knawaja y Takery contra Recno..... preciso que “el art. 6.3.d, es un aspecto del derecho a un juicio justo garantizado por el art. 6.1 que, en principio, requiere que todas las pruebas deben ser producidas en presencia del acusado en una audiencia pública con el fin de contradictorio argumento” (Krasniki contra República (neca a 28.2.2006)”.

El TC 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 22-7), 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 el 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 su testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en

que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH caso Unterpertinger c. Austria, s. 24.11.86; caso Kostovski c. Holanda s. 20.11.89; caso Windisde c. Austria, s. 27-9-90; Caso Isgro c. Italia, s. 19.2.91; caso Socidi c. Francisci, s. 20-9-93; caso Juca c. Italia s. 27-2-2001) (STC 57/2002, de 11-3).

No obstante la jurisprudencia del TC ha realizado algunas precisiones recogidas, entre otras en 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 para suplir tal exigencia no siempre legal o materialmente es posible. Es la posterior posibilidad de contradicción en el acto del juicio oral la que la 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 22-7; 206/2003, de 1.12). 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 27.10).

Y en segundo lugar, se recuerda que “el principio de contradicción se respeta no solo 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 contradicción no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (SSTC 187/2003 de 27.10; 1/2006 de 16.1). 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 art. 730 LECrim se hace depender en la jurisprudencia del TC de que en aquel momento tal contradicción fuera posible (SSTC 94/2002; 148/2005, entre otras).

(...)

Asimismo esta Sala 2ª en STS 148/2011 declaró que el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye uno excepcionales cauces para conferir validez como elemento de prueba al contenido de diligencias practicadas antes del juicio oral, fuera del marco general del artículo 741 de la misma y sin vulnerar la garantía constitucional de presunción de inocencia solamente enervable, en principio, por prueba lícita y practicada en juicio oral y público.

Esa naturaleza de cauce excepcional, obliga a la estricta observancia de los requisitos legalmente impuestos al efecto. Estos han sido definidos en la jurisprudencia, la Constitucional y la de este Tribunal, partiendo del propio texto legal citado.

En la reciente Sentencia de esta Sala nº 89/2011 de 18 de febrero, recordábamos que en la sentencia de la misma Sala nº 788/2010, de 22 de septiembre volvimos a indicar que la utilización del material probatorio personal producido en la fase sumarial solamente puede fundar la condena cuando, concurren los requisitos que el Tribunal Constitucional exige». (F. J. 2º)

PRUEBA. Deducción de testimonios procedentes de otro procedimiento (Acuerdo Plenario de 26/05/2009).

Recurso: Casación nº 2132/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1113/2011 de fecha 18/10/2011

«1. El **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional** de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de **26 de mayo de 2009** establece lo siguiente:

"En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad".

"En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada".

"Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".

Este acuerdo jurisdiccional ha sido después aplicado en diferentes sentencias de esta Sala, algunas de las cuales declararon la nulidad de las intervenciones telefónicas por no haberse aportado a la nueva causa las resoluciones del procedimiento de donde procedían las escuchas que generaron las fuentes de prueba que acabaron operando en el nuevo proceso.

Y así, la **sentencia 1130/2009, de 10 de noviembre** se refiere a un supuesto en que el origen de la investigación judicial que concluyó con la resolución recurrida se encontraba en otras diligencias previas de las que se desgajaron las que dieron lugar a la nueva causa, y sin embargo no se figuraban en ella ni la petición inicial de la policía de la intervención telefónica ni el subsiguiente auto autorizante, por lo que se desconocía si la injerencia inicial, con sacrificio del derecho a la privacidad de las comunicaciones, estuvo justificada en virtud de los datos que pudiera haber facilitado la policía. De modo que —dice la referida sentencia— al efectuarse el desglose se omitieron los antecedentes necesarios de donde derivaban las investigaciones desglosadas, es decir, no se adjuntó testimonio del oficio policial inicial de solicitud de autorización ni de las resoluciones judiciales autorizantes hasta enlazar con las diligencias desglosadas.

Esta Sala, una vez acreditado que la cuestión se había suscitado ya en la instancia y que sin embargo no se habían aportado los antecedentes de la intervención telefónica, resalta en la citada sentencia 1130/2009 la extraordinaria importancia del primer auto judicial autorizante de la intervención telefónica, porque en él se acordó la injerencia inicial, y por tanto debe estar basado en datos

concretos y objetivos acerca de la existencia de la comisión del delito para el que se solicita la intervención y de la posible intervención en él del usuario del teléfono cuya intervención se solicita. Pues es en este primer auto donde en toda su amplitud debe efectuarse por el juez el juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho fundamental protegido en el art. 18.3º de la Constitución, y por tanto donde debe verificarse la proporcionalidad, idoneidad y excepcionalidad de la medida. Y como resulta imprescindible la exigencia de un efectivo control judicial, absolutamente necesario como valladar a los riesgos que pueden conllevar esa vía excepcional de investigación que lleva ínsito el riesgo de expansión que tiene, paradójicamente, toda medida excepcional (SSTS 998/2002; 498/2003; 182/2004 y 280/2004), acaba considerando, ante la falta de control judicial de la intervención telefónica inicial, como consecuencia prevista en el Acuerdo de 26 de mayo de 2009, la nulidad de toda la intervención telefónica y la de todas las pruebas derivadas de la misma (art. 11.1 LOPJ).

En la misma dirección se pronunció la **sentencia 605/2010, de 24 de junio**, en la que se argumenta, siguiendo a su vez la doctrina de la sentencia 777/2009, que la lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva lo siguiente: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

En vista de lo cual —prosigue diciendo la sentencia— como el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas y frente a esa intención, legítima y procedente desde el derecho de defensa que ejercita, no reaccionó quien podía realizarlo, la acusación pública, considera la Sala que esta inacción de la acusación ha determinado que el debate planteado por la defensa de los recurrentes no pudiera resolverse y quedara así sin respuesta la pretensión de la defensa del análisis de la injerencia. Consecuentemente, procede —concluye la sentencia 605/2010— estimar esta impugnación presentada por las defensas de los recurrentes y apartar del acervo probatorio las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al art. 11 de la LOPJ, de la intervención telefónica, que no ha podido ser controlada jurisdiccionalmente pues quien intentó valerse de la prueba no la introdujo en el enjuiciamiento para el análisis de su regularidad.

También establece la nulidad de las intervenciones telefónicas y de las diligencias derivadas de las mismas la **sentencia 496/2010, de 14 de mayo**, que aplica el Acuerdo del 26 de mayo de 2009 y la doctrina de la sentencia antes referida 1130/2009, de 10 de noviembre. Se trataba de un supuesto en que la parte había suscitado la cuestión ya en el escrito de calificación provisional y también al inicio de las sesiones de la vista oral del juicio, por lo que se le atribuyó a la acusación la carga de aportar la documentación que tendría que constatar la legitimación del control judicial de la medida en las diligencias penales originarias.

En la sentencia de esta Sala **744/2010, de 26 de julio**, se confirma la nulidad de unas intervenciones telefónicas porque las más elementales garantías

exigían que las decisiones de interceptación estén completas para ejercitar una defensa efectiva. Ni hay antecedentes de hecho claros y descriptivos y ni siquiera la debida motivación. La Sala estima que la cuestión se deriva hacia la posibilidad de impugnar con igualdad de armas y en el ejercicio del derecho de defensa la legitimidad de cualquier medio de prueba. Se ha actuado con lealtad procesal y desde el primer momento se suscitó el debate y la Sala sentenciadora se inclina por la nulidad de las intervenciones telefónicas por las razones ya expuestas.

Y en el mismo sentido que las anteriores se pronuncia la **sentencia 1138/2010, de 16 de diciembre**, al haberse denunciado la falta de legitimidad de la medida de intervención telefónica originaria en el escrito de conclusiones provisionales y al inicio de la vista oral del juicio». (F. J. 2º)

PRUEBA. Dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim).

Recurso: Casación nº 213/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1280/2011 de fecha 22/11/2011

«... puede comprobarse al visionarse el video que cuando iba a declarar la menor Alia, presunta víctima de los hechos enjuiciados, hija del acusado, fue instruida de la dispensa de la obligación de declarar que se establece en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando expresó que había entendido lo que le había dicho la Presidenta del Tribunal, y mostrase dudas y temores a hacerlo, el acusado se dirigió a la testigo, sin que conste lo que le dijo, si bien se aprecia como un funcionario del Tribunal se coloca delante del acusado para evitar que continúe con tal comportamiento, y tras unos tensos momentos, la testigo renuncia a declarar.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional, como es exponente la Sentencia 64/1988 de 12 de abril, que «... la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y jurídicas a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad en el proceso...» por ello, y en palabras del ATC 191/1988 de 15 de febrero «... no está de más recordar que las garantías del art. 24 de la Constitución comprenden a todas las partes del proceso y no sólo a una de ellas...», y aunque el posterior ATC de 6 de marzo de 1997 reconoce que no todos los derechos del art. 24 de la Constitución Española corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, excepciona de toda diferenciación los «derechos procesales» entre los que señala el derecho a la tutela judicial efectiva, igualdad de armas o el derecho a la prueba, que existen a todas las partes procesales.

También es doctrina del Tribunal Constitucional, como señala la Sentencia 199/1996, de 3 diciembre, que el derecho a la prueba protege especialmente a quien es acusado en un proceso penal, en consonancia con lo dispuesto por el apartado 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por el contrario, cuando se trata de quien asume la posición de acusador, y pide el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sus alegaciones sobre su derecho a la prueba han de ser analizadas en el contexto más amplio de su derecho a una tutela judicial efectiva y

sin indefensión de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 89/1986 y 351/1993), pues los alegatos relativos a la prueba sólo pueden ser atendidos en la medida en que tengan una incidencia en la decisión final del proceso (STC 150/1988). Como señaló la primera sentencia recaída en esta materia, «lo que a la protección del derecho constitucionalmente garantizado importa es que nadie se vea privado de los medios necesarios para hacer valer su derecho en un juicio equilibrado, en el que, con igualdad entre las partes, pueda ofrecer las razones que abonan su pretensión y apoyarlas con las pruebas necesarias para que los hechos de los que tales razones parten sean aceptados por el Juez o Tribunal» (STC 89/1985).

Visto lo sucedido, como se denuncia por las acusaciones particulares recurrentes, el acto del juicio oral no ha discurrido con las suficientes garantías para que testigos esenciales se hubiesen pronunciado con la exigida libertad, privando a la acusación de los medios de prueba necesarios para hacer valer sus pretensiones.

Así las cosas, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectivo, a utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes y a que el proceso discorra con las debidas garantías para todas las partes, en igualdad de armas, determina la estimación del recurso, debiéndose celebrar un nuevo juicio con otro Tribunal distinto al que dictó la sentencia recurrida, en el que se deberán tomar las medidas adecuadas para que el acto del juicio oral se desarrolle con las debidas garantías.

La estimación de este motivo hace innecesario el examen de los demás motivos de los recursos». (F. J. Único)

PRUEBA. Entrada y registro: nulidad. Garantías aplicables.

Recurso: Casación nº 11769/2011 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1325/2011 de fecha 02/12/2011

«El art. 569 Lecrim dispone, en efecto, que “el registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente”. Por otra parte, existe una reiterada y conocidísima jurisprudencia que abunda en la relevancia constitucional de la exigencia. Así, la contenida en sentencias como las de nº 183/2005, de 18 de febrero y 79/2001, de 30 de enero, y las de 20 de septiembre de 1996, 19 de enero y 27 de octubre de 1999. Según estas, el “interesado” cuya presencia reclama el precepto, dado el carácter de la diligencia de registro, no es el que mantiene formalmente una cierta relación jurídico-civil con el inmueble, sino el materialmente afectado en su intimidad por la invasiva actuación. Y la ley señala de forma inequívoca que sólo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquél “no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante”.

Este criterio tiene la relevancia que le atribuye el Tribunal Constitucional (sentencia nº 239/1999) al declarar que “se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y

motivada resolución judicial, pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la Ley de E. Criminal, arts. 566 y sigs., y en particular el art. 569”.

Es coherente, que, además, tal exigencia legal aparezca reforzada —según la jurisprudencia de esta sala aludida en segundo término— cuando, como es el caso, la persona de que se trate estuviera ya detenida en el momento de la intervención relativa a su vivienda, pues en tal supuesto se verían aún más intensamente afectados sus derechos fundamentales a contradecir y defenderse en la causa. Así, el resultado será, todavía con mayor fundamento, no una mera nulidad, sino “una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, contemplada en el art. 11,1 de[la LOPJ]”, conforme reza la tercera de las sentencias citadas.

Pues bien, de las consideraciones que anteceden y del consecuente desarrollo jurisprudencial a que se ha hecho alusión, se desprenden las siguientes consecuencias:

a) La presencia del imputado detenido en el registro de su domicilio es un requisito legal de *ius cogens*, con inequívoca relevancia constitucional. Debe darse para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio.

b) Lo que se trata de garantizar no es un abstracto e impersonal derecho que pudiera concretarse, aleatoriamente, en cualquier titular o usuario de la vivienda, sino el concreto derecho de defensa de cada individuo afectado en su intimidad por la intervención, de tal manera que la exigencia legal, en principio y como regla, sólo puede verse satisfecha de este modo (salvo imposibilidad material o renuncia).

c) El interés que se expresa en el derecho de defensa del “interesado” es personalísimo, de modo que —a los efectos del art. 569 de la Ley de E. Criminal— hay tantos “interesados” como afectados por la diligencia en cuestión. Por tanto, sus distintas posiciones en el proceso no pueden considerarse ni ser tratadas arbitrariamente como fungibles.

d) La claridad de la expresión legal (“presencia del interesado”) y la relevancia constitucional de la materia hace que el régimen de excepciones posibles deba interpretarse de forma restrictiva.

e) Por consiguiente, ni el juez ni la policía están habilitados para decidir de otro modo, convirtiendo en facultativo lo prescrito legalmente de modo imperativo, mediante un enunciado lingüístico de meridiana claridad.

Así vino ya a reconocerlo, implícita pero claramente, esta misma sala en sentencia de 30 de abril de 1999, al encontrar razonablemente justificada la falta de presencia de uno de los titulares del domicilio y considerar suficiente la del otro, cuando y sólo porque— el primero estaba detenido en una localidad distante 90 kilómetros y perteneciente a otro partido judicial.

Y abunda en idéntico sentido, de no asimilación de las posiciones de los que conviven, el criterio —pacífico en la jurisprudencia— de que el hecho de

compartir domicilio, aun por razón de convivencia conyugal o similar, no autoriza sin más a tener a cada uno de los implicados en la relación por partícipe en los delitos que hubiera podido cometer el otro. Y esto ni siquiera en el caso de que las piezas de convicción hubieran sido incautadas en la propia morada.

Por tanto, no puede resultar más evidente que el requisito del art. 569,1º,2º y 3º de la Ley de E. Criminal demanda una inteligencia rigurosa, a tenor del carácter esencialmente personal del interés del detenido que mediante el ejercicio de defensa se trata garantizar. Es lo que impide la arbitraria confusión de las posiciones procesales de los “interesados”, cuya decisión al respecto no puede suplantarse. Entenderlo de otro modo sería dar al precepto una amplitud de sentido que no tiene e investir a una autoridad subordinada a la ley de la facultad de modular arbitrariamente su significado, con el inaceptable resultado último de atribuir idéntico valor y eficacia práctica a las actuaciones realizadas conforme a derecho y a las que, en rigor, no lo hubieran sido.

En contra de este criterio, se ha argumentado que podría llevar a la imposibilidad objetiva de practicar legalmente el registro de una casa, cuando el número de sus habitantes y la posible indeterminación de la identidad de todos ellos plantease la dificultad insalvable de asegurar su presencia: caso típico de la comuna de *okupas*. Pero este modo de discurrir es una suerte de reducción al absurdo, mediante la generalización de un supuesto rigurosamente excepcional. En efecto, situaciones de tal clase no suelen darse en la práctica, y menos con habitualidad. Y, en el caso de suceder algo semejante, bastaría con que el instructor actuase de la manera más razonable, incluso mediante el recurso alguna forma de participación lo bastante representativa, justificándolo debidamente a tenor de las circunstancias». (F. J. 1º)

PRUEBA. Entrada y registro. Prueba preconstituida. Valoración como documental sin necesidad de lectura en el juicio.

Recurso: Casación nº 1459/2011
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 141/2012 de fecha 08/03/2012

«Una reiterada y pacífica doctrina de esta Sala, (ver, entre otras, sentencia 262/2009, de 17 de marzo), atribuye la diligencia de entrada y registro domiciliario la condición de prueba preconstituida de naturaleza documental con plenos efectos en el juicio oral.

Al tratarse de una actuación judicial que afecta a un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio, la validez de la diligencia requiere la observancia de las garantías precisas de orden constitucional, de suerte que no siendo el caso de delito flagrante o de consentimiento del interesado, la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado). De tal manera que la diligencia practicada con vulneración de exigencias y garantías constitucionales, determinará la nulidad radical e

insubsanable de la misma y de sus resultados, es decir, del acto realizado y del acta que lo describe. Mientras que la practicada cumpliendo las referidas reglas tiene pleno valor probatorio, desde la perspectiva constitucional.

Fuera de esos supuestos de inconstitucionalidad, la ejecución de la diligencia de entrada y registro y del acta levantada al efecto por el Secretario Judicial, que da fe de su desarrollo y del resultado obtenido, debe atenerse también al procedimiento legalmente establecido con la observancia y cumplimiento de las normas de legalidad ordinaria vigentes a tal efecto, y será en estos casos cuando el Acta ostentará la categoría de prueba preconstituida que puede ser valorada por el Tribunal sentenciador por la vía prevenida para la prueba de naturaleza documental.

Puede suceder, por lo tanto, que siendo constitucionalmente irreprochable la diligencia, la resolución judicial que la acuerda o la práctica ejecutiva de la misma adolezcan de deficiencias o irregularidades procesales. En estos casos el problema se circunscribe a determinar la influencia de aquéllas en la eficacia probatoria de la diligencia.

En el caso presente, la impugnación casacional no opone ningún reparo ni de orden constitucional ni de legalidad ordinaria a la resolución judicial habilitante, ni a la práctica de la diligencia, por lo que ha de concluirse que nos encontramos ante una prueba plenamente válida, que puede ser perfectamente valorada por el Tribunal sentenciador. (F. J. 9º)

(...)

Cuestiona asimismo la parte recurrente la validez probatoria de las actas de entrada y registro por no haber sido leídas en el juicio. Como se ha expresado, el Ministerio Público omitió por olvido o error mecanográfico de transcripción, la solicitud expresa de la prueba documental en su escrito de calificación provisional, lo que ya ha tenido un efecto relevante en la absolución de los otros acusados al prescindir la Sala, por ello, del resultado íntegro de las intervenciones telefónicas. Sin embargo las demás partes si solicitaron expresamente dicha prueba documental, que se dio por reproducida en el juicio, por consenso de las partes y sin necesidad de lectura, sin perjuicio de que, como señala la Sala sentenciadora, los registros se introdujeron en el debate a través de las declaraciones policiales y sin perjuicio, además, de la existencia de otras pruebas de cargo, como el resultado de los seguimientos sobre los que declararon directamente los policías intervinientes.

Procede, en consecuencia, examinar si, en si misma, la falta de lectura priva de todo valor probatorio a las actas certificadas por el Secretario judicial sobre el resultado de los registros practicados, como alega la parte recurrente. (F. J. 11º)

En este sentido la reciente sentencia de esta Sala 1151/2010, de 17 de diciembre, recuerda la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con los efectos del consenso de las partes para la omisión de la lectura de las transcripciones de intervenciones telefónicas a través de la utilización de la fórmula, “*por reproducidas*”, doctrina también aplicable a las actas de entrada y registro dada su condición de prueba preconstituida de naturaleza documental. El Tribunal

Constitucional en su sentencia 26/2010, de 27 de abril establece, en síntesis, que para la incorporación al juicio del resultado de las intervenciones telefónicas por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, *“siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa”*. En el mismo sentido ATC 196/1992, de 1 de julio y STC 128/1988, de 27 de junio, señalando esta última que *“no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones”*.

En consecuencia, para la valoración probatoria por el Tribunal sentenciador del acta que recoge el resultado de un registro domiciliario bajo la fe pública del Secretario judicial, a través del examen directo prevenido en el art 726 de la LECrim., no es requisito absolutamente imprescindible, según nuestra doctrina constitucional, su reproducción por lectura en el acto del juicio. Siendo admisible (aunque no sea lo más recomendable por la merma de publicidad) que por consenso entre las partes se prescindiera de la reproducción verbal y se acuerde dar el acta por reproducida, al ser su contenido perfectamente conocido, siempre que la prueba se haya conformado con las debidas garantías legales y constitucionales y que se haya podido someter a contradicción, sin que tal proceder conlleve una merma del derecho de defensa, pues lo relevante no es la formalidad de la lectura, sino la posibilidad efectiva de impugnación. (F. J. 12º)

PRUEBA. Improcedencia de la declaración del Fiscal que interviene en la causa.

Recurso: Casación nº 1536/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 578/2012 de fecha 26/06/2012

«Estupor» es el término utilizado por la Audiencia para describir la sensación de sus componentes ante tal petición. En efecto es una solicitud extravagante. No porque en abstracto los integrantes del Ministerio Fiscal estén exentos de la obligación de declarar, sino porque esa declaración se habrá de referir a los hechos de que tenga conocimiento directo; y no a dar explicaciones -lo que es manifiestamente impertinente- de su actuación procesal precisamente en esa causa. Que el proceso se incoe en virtud de un escrito de denuncia formulado por un Fiscal como representante del Ministerio Público no lo asimila al particular denunciante como sugiere el recurrente. El Fiscal denuncia los hechos de que ha tenido conocimiento a través de un informe elaborado y remitido a Fiscalía por la Unidad de Vigilancia Aduanera de Oviedo. No puede dar cuenta de hechos de conocimiento propio. Las alegaciones y consideraciones referidas a la investigación y al proceso las expresa mediante los correspondientes escritos y trámites.

Si salta a la vista la impertinencia de la propuesta, se agiganta esa percepción si se atiende a las preguntas que el recurrente iba a formular y que desgrana brevemente en el escrito de formalización. Se pretendía que diese explicaciones de alguna mención fáctica de la primera de sus conclusiones; o de las

posibilidades de compatibilizar su posición procesal con las obligaciones que al Ministerio Público impone el art. 773 LECriminal; o las razones por las que se interesó una intervención telefónica; o por las que no se abstuvo....Las razones para impetrar determinadas medidas restrictivas de derechos las consigna el Fiscal en sus escritos que podrán ser comentados o criticados por las defensas. Si la parte pensaba que concurrían razones para una abstención debería haber acudido a los mecanismos estatutariamente previstos (art. 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Está fuera de lugar requerir al Fiscal para que como “testigo” diserte ante el Tribunal sobre las funciones que le atribuyen las leyes para calmar las inquietudes de la defensa sobre la contradicción que en una primera aproximación pueden sugerir algunas de esas misiones pero que quedan engarzadas todas por el principio de imparcialidad que ha de regir su actuación y al que quedan obligados por virtud de la proclamación del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La defensa goza de la máxima libertad para criticar la actuación del Fiscal, oponerse a sus pretensiones, rebatir sus alegatos...,pero para eso se arbitran los correspondientes trámites en el procedimiento y en el juicio oral. Entre ellos no se encuentra someter al Fiscal a un interrogatorio cuyo contenido no sería el objeto procesal, el “hecho punible”, sino su valoración. Tampoco cuando el Fiscal ha interpuesto la querrela o ha formulado la denuncia, dando traslado a su vez de la recibida (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Son varios los precedentes jurisprudenciales que apuntan en esa inequívoca dirección: no es pertinente convocar como testigos a los funcionarios de la Administración de Justicia para que den cuenta de su intervención en el proceso en esa calidad. La STS 1116/1998, de 30 de septiembre es uno de esos precedentes. Se analizaba entonces la proposición como testigo de un secretario judicial. Y se razonaba así: *“Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las sentencias de 5 de julio de 1993, 8 de julio de 1994, 20 de diciembre de 1996 y 17 de julio de 1997 que carece de sentido traer a declarar a Secretarios Judiciales u Oficiales habilitados, sobre extremos referentes a actas por ellos levantados, afirmándose en la segunda de las sentencias citadas que “el testigo, por definición, es la persona que siendo ajena al proceso, es citada por el Órgano jurisdiccional a fin de que preste declaración sobre hechos pasados y que puedan resultar relevantes para la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos objeto de investigación y las personas pertenecientes a la Carrera Judicial y Fiscal -lo mismo que los Secretarios Judiciales- siempre que se trate de hechos de los que hubieran conocido como particulares, pero no sobre hechos que hubieran conocido por razón de su cargo o sobre los que hubieran dictado resoluciones ya que para acreditar lo que resulte de determinadas actuaciones jurisdiccionales ha de acudir a otros medios de prueba como sería la expedición de los testimonios correspondientes”.*

En términos similares razona la STS 692/1997, de 7 de noviembre de 1997: *“Se solicitó por la representación de algunos acusados la comparecencia como testigos de Jueces y Secretarios que habían estado destinados en los Juzgados de Primera Instancia relacionados con los hechos que se enjuician. De las actuaciones de tales autoridades y funcionarios, en plano de oficialidad, queda la debida constancia en los autos judiciales, careciendo de sentido que se vean obligados a comparecer ante Juzgados y Tribunales para abundar y explicar acerca de la autenticidad o alcance de resoluciones o actos que aquellos protagonizasen. Según*

la sentencia del T.S. de 25 de junio de 1.990, ni el Juez, ni el Secretario, ni el Fiscal adscritos al Juzgado son testigos. Lo que las autoridades Judiciales y Fiscales dicen queda documentado y autenticado en forma legal y sólo lo que en dicha documentación consta es válido, sin que puedan ni deban pedirse explicaciones de otra naturaleza que no podrían darse de ninguna manera porque sería contrario a los más elementales principios que gobiernan la propia Organización judicial en relación con el proceso. En la resolución de un Juez o Tribunal debe estar todo lo que debe decirse del asunto cuestionado; cualquier aclaración sería improcedente porque los justiciables y la sociedad misma tiene derecho a operar sobre la sentencia, auto o providencia, y no sobre las consideraciones que al margen de su literalidad puedan hacer quienes dieron vida a la decisión judicial, a salvo aquellos supuestos muy excepcionales en que, por razón de las circunstancias concurrentes, resulte imprescindible su presencia, de tal manera que es el dato de la necesidad en el que hay que poner el acento” .

Fue correcta la decisión del Tribunal de instancia de no acceder a la prueba testifical del Fiscal que había asumido la representación del Ministerio Público en la causa». (F. J. 1º)

PRUEBA. Lectura de declaración sumarial a instancia del Tribunal.

Recurso: Casación nº 2113/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 427/2011 de fecha 31/05/2012

«La posibilidad de acordar en el juicio oral de que se proceda a la lectura de la declaración sumarial del testigo cuando la prestada en el juicio no sea conforme en lo sustancial con la precedente, si bien "podrá pedirse" por cualquiera de las partes, no existe obstáculo para que, ante la pasividad o inadvertencia de aquéllas, pueda el Tribunal asumir la iniciativa al respecto. Cuando menos nos hallaríamos ante acuerdo esclarecedor de los que la sentencia antes transcrita denomina "de impulso", siendo su designio la mejor comprobación de los hechos, la facilitación de la labor valoradora encomendada al Tribunal, la contribución al asentamiento de la verdad real o material hacia cuya meta se camina en indeclinable esfuerzo. Nada más lejos del quebrantamiento del principio acusatorio de que se trata de tachar al órgano judicial. Es más, y pese a que se parta de una lectura de actuaciones, la solicitud de la Presidencia no anda lejos de la potestatividad reconocida en el artículo 708, párrafo segundo, de la L.E.Cr., para dirigir a los testigos las preguntas que se estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Como ha dicho la sentencia de 28 de septiembre de 1.994, el derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume por la circunstancia de que el Presidente del Tribunal pueda efectuar preguntas al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, no suponiendo ello atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. 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 conocedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante.

(...)

La jurisprudencia de esta Sala -como recordaban las sentencias 1186/00, de 28 de junio y 328/01 de 6 de marzo- ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al M^o Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729.2^o de la L.E.Cr. puede ser considerada como "*prueba sobre la prueba*", que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la L.E.Cr., por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/93, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729.2^o L.E.Cr. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1.992, 2709/93, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1.994, 23 de septiembre de 1.995, 4 de noviembre de 1.996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1.998, 7 de abril y 15 de mayo de 1.999).

En el mismo sentido, la STS de 4 de diciembre de 2002 declara en relación con el art. 729.2^o L.E.Cr. que una lectura constitucional de esta posibilidad de practicar prueba por decisión directa del Tribunal, debe impedir que sea posible condenar en base a una prueba de cargo practicada a instancia del propio Tribunal sentenciador -SS.T.S. de 21 marzo de 1994, 23 de septiembre de 1.995, 7 de abril y 11 de mayo de 1.999-. Por el contrario, cuando la prueba propuesta por el Tribunal tenga por objeto verificar o contrastar otras pruebas aportadas por las partes -es decir, prueba sobre la prueba y en expresión que recoge la sentencia de esta Sala 1179/2001 de 20 de julio en el Fundamento Jurídico vigésimo primero-, se estaría en el ejercicio de la facultad de iniciativa concedida por el art. 729.2^o desde el respeto al derecho al juez imparcial». (F. J. 3^o)

PRUEBA. Obtención de ADN y ficheros policiales

Recurso: Casación nº 10759/2011 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 827/2011 de fecha 25/10/2011

«Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que "*...resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:*

a) *En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.*

b) *Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado,*

el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”.

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim.

No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen». (F. J. 3º)

PRUEBA. Práctica de prueba anticipada: protocolo procesal.

Recurso: Casación nº 11768/2011 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 166/2012 de fecha 16/03/2012

«Tras la modificación del art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 38/2002 de 24 octubre, el apartado 2, dispone que «cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes», y que «a efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730».

Todo este protocolo procesal se ha cumplido escrupulosamente en la sentencia recurrida, por lo que se ha valorado como prueba de cargo esta prueba anticipada de segundo grado, ya que la propiamente anticipada se practica con anterioridad al juicio oral ante los propios magistrados que han de decidir la contienda, y en consecuencia, permitiendo la ley su valoración por los jueces «a quibus», en los términos dispuestos, no ha existido el vacío probatorio que es causa de la vulneración de la presunción de inocencia, y como hemos dicho con mucha reiteración, más allá no se extiende nuestro control casacional cuando se esgrime este derecho fundamental, al pertenecer la valoración probatoria a la soberanía del Tribunal de instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, procede desestimar este reproche casacional». (F. J. 4º)

PRUEBA. Protección de testigos: identidad.

Recurso: Casación nº 264/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1023/2011 de fecha 05/10/2011

«La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de Diciembre, que regula la Protección a Testigos en Causas Criminales, en su artículo 4.3 taxativamente dispone que "...si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.»

Mandato legal que podrá ser considerado contradictorio con la finalidad de la norma en que se inscribe y, en concreto, con el tenor del apartado primero de ese mismo precepto cuando dispone la posibilidad de que el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la procedencia de mantener fundadamente las medidas de protección de los testigos adoptadas previamente, como es el caso, por el Instructor, pero la claridad y contundencia de la literalidad transcrita no ofrece dudas acerca de la decisión del Legislador al optar, ante el indudable conflicto entre los importantes intereses enfrentados en supuestos como el presente, por la supremacía del derecho de defensa, garantía esencial de nuestro sistema de enjuiciamiento penal (vid STS de 27 de Marzo de 2009, "caso Latin King", vbgr).

Y es que, en efecto, el conocimiento de la identidad de los testigos de cargo resulta elemento esencial para que el acusado, coordinadamente con su Defensa, pueda argumentar las razones de que dispusiera para cuestionar la credibilidad de tales testimonios, en atención, por ejemplo, a anteriores motivos de animadversión o malquerencia de los deponentes contra su persona u otras razones espurias que pudieran alojarse en la razón de ser de sus manifestaciones inculpativas.

A este respecto se ha de señalar cómo el párrafo tercero del mismo apartado 3 dispone así mismo que *“En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.”*

Posibilidad de defensa que queda claramente cercenada si la referida identidad no se ha facilitado». (F. J. 2º)

PRUEBA. Prueba fonográfica: doctrina.

Recurso: Casación nº 1392/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 210/2012 de fecha 15/03/2012

«b)En segundo lugar con referencia a la obligación a no haberse realizado prueba fonométrica de análisis de voz con el que de someter a contradicción tal prueba, la doctrina de esta Sala, STS 406/2010 de 11-5; 924/2009, de 7-10; 705/2005, de 6-6, en orden a la alegación precisa que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1.

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia, o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, (SSTS. 163/2003 de 7.2, 595/2008 de 29.9, que recuerda “en cuanto a la identificación de la voz, baste decir que no constituye una diligencia obligada en el desarrollo del proceso, por cuanto –con independencia de que cuando las cintas son oídas en el juicio oral, como es el caso, el Tribunal puede llevar a cabo su particular valoración sobre dicha cuestión-, la identificación de las personas que intervienen en las conversaciones intervenidas puede llevarse a cabo por otros medios distintos de las pruebas fonográficas, como

pueden ser los seguimientos policiales que sean consecuencia de dichas conversaciones, e, incluso, por el propio reconocimiento explícito o implícito, del propio interesado, al dar las explicaciones que estime pertinentes sobre su contenido”, o STS. 2384/2001 de 7.12, en el sentido de que: “el recurrente está criticando y negando la posibilidad de que la Sala sentenciadora efectúe por sí misma, en virtud de la intermediación propia del Plenario valoraciones y alcance conclusiones relevantes para la resolución del caso. Es evidente que la intermediación no es solo estar presente, sino entender, percibir, asimilar, verificar en definitiva formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre todo lo dicho, notando las reacciones y gestos de todos, singularmente de los inculpados, por ello, lo que se critica supone precisamente la manifestación más propia de la intermediación judicial como es verificar que la voz escuchada en una cinta, coincide con lo escuchado directamente de una persona en el Plenario, y concluir con la afirmación de pertenecer a la misma persona. Ello sin perjuicio de que pudiera haberse propuesto la pericial de reconocimiento de voz, lo que no se efectuó por ninguna de las partes ni en concreto por la defensa de la recurrente”.

Situación que sería la del caso de autos en el que en la última de la sesiones del juicio, se procedió a la audición directa por el tribunal de las conversaciones interesadas por el Ministerio Fiscal, sin que conste que por las defensas en la instancia se cuestionase la correspondencia de la voz de la acusada con una de los interlocutores escuchados; y en el plenario presentaron declaración los agentes policiales 80.181, 88.425 y 82.535 que realizaron las escuchas, que confirmaron la identidad de la voz de Giselle, y en el momento de la detención de ésta se le ocupó el teléfono móvil n. 652109402, desde el que se hacían las llamadas, lo que revela de forma inequívoca que era la usuaria del mismo.

El motivo, por lo expuesto, se desestima». (F. J. 6º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad: ruptura; no reconoce hechos en el plenario.

Recurso: Casación nº 837/2011

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 278/2012 de fecha 03/04/2012

«La Sala tiene una abundante jurisprudencia de los supuestos en los que pueda estimarse que ante una nulidad de las intervenciones telefónicas, puede estimarse que exista una prueba distinta que no quede afectada de la ilegalidad declarada de aquélla, por estimar que las informaciones obtenidas por esta prueba, también hubieran ingresado en el inventario probatorio merced a la autonomía e independencia de la fuente de la que provienen, independiente y no derivada de las intervenciones telefónicas, y en tal sentido se ha estimado la declaración judicial de la persona concernida singularmente pero no de forma exclusiva en el Plenario, que sin sugestión alguna, y perfectamente informada y asesorada por su letrado, reconoce lisa y llanamente los hechos que le incriminan. En todo caso hay que analizar el caso concreto.

En tal sentido, como casos de desconexión de la antijuridicidad, de estimar como prueba autónoma desligada de la nulidad decretada de las intervenciones telefónicas, se pueden citar las SSTC 81/1998; 121/1998; 49/1999; 139/1999; 161/1999; 239/1999; 299/2000; 167/2002; 184/2003; 136/2006 ó 49/2007. De esta Sala Casacional, se pueden citar las siguientes SSTS 998/2008; 1011/2002; 1115/2002; 1982/2002; 1440/2004; 403/2005; 1347/2005; 26/2007; 215/2007; 477/2007; 66/2009; 1130/2009; 529/2010; 297/2011 y 755/2011.

La sentencia sometida al presente control casacional, en el f.jdco. segundo y en relación a la recurrente, M^a de los Angeles, nos dice que aunque en fase sumarial negó que ella tuviera conocimiento de la existencia de la cocaína que llevaba oculta en las zapatillas, se nos dice que:

"...En el juicio oral ambos acusados (se refiere a su marido Juan Melchor D. y a ella misma) vinieron a reconocer que antes de salir de Argentina, el acusado le explicó a su esposa que en las zapatillas que portaban llevaban oculta una cantidad de droga y esta (la recurrente) accedió a transportarla....".

Un examen directo de las actuaciones acredita otra realidad muy distinta en lo referente a sus declaraciones en el Plenario de M^a de los Angeles.

Juan Melchor D., el marido de la recurrente en el Plenario reconoció y admitió sin ambages que trajo cocaína desde Argentina oculta en las zapatillas que llevaba, que también había cocaína en las zapatillas que llevaba su esposa, pero que ella no sabía nada, que le compró las zapatillas en Argentina para pescar y que ignoraba su esposa que en su interior había cocaína.

Por su parte, la recurrente en su declaración también en el Plenario, que tuvo una duración de seis minutos, negó que tuviese conocimiento de que oculta en las zapatillas había cocaína. Según la cinta de grabación del Plenario, escuchada por la Sala, reconoció exclusivamente:

a) Que su marido le facilitó las zapatillas en Argentina, que no le pareció extraño porque se iban a pescar.

b) Que su marido le insistió en que se las pusiera para volver, ella no quería, ella tiene zapatillas aquí, se las tuvo que poner.

c) Su marido le dijo que tenían unas plantillas eran más cómodas.

En esta situación, es claro que el dato esencial del conocimiento de la recurrente de que en las zapatillas que llevaba puestas en el momento de la detención iba oculta la cocaína, no es dato reconocido ni admitido por la recurrente, por lo que declarada la nulidad de todas las intervenciones telefónicas y no existiendo reconocimiento claro, patente y rotundo por parte de la recurrente del hecho del transporte de la cocaína, queda sin sustento probatorio la condena que se le impuso en la instancia.

Mª de los Angeles no solo no reconoció en el Plenario el conocimiento del transporte que efectuaba, sino que lo declarado por ella fue lo contrario: que ignoraba lo que se ocultaba en las zapatillas.

La conclusión no puede ser otra que la de proceder a la absolución de la recurrente ante la total inexistencia de prueba de cargo capaz de soportar y justificar la convicción que tuviera el Tribunal sentenciador.

Hay que recordar que todo inculpado entra inocente en el Plenario, y solo puede salir condenado a la vista de las pruebas practicadas en dicho acto, o en los casos de prueba anticipada. Asimismo hay que decir que la sola convicción condenatoria del Tribunal no puede justificar una condena si esta no se fundamenta en una prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. En el presente caso, no ha existido tal prueba por lo que procede la absolución de la recurrente.

Esta decisión hace innecesario pasar al estudio del resto de los motivos formalizados». (F. J. 3º)

PRUEBA. Prueba ilícita: efectos (conexión de antijuricidad).

Recurso: Casación nº 10625/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 207/2012 de fecha 12/03/2012

«En efecto, según la jurisprudencia del TC sobre la materia, la ilicitud constitucional se extiende también a las **pruebas derivadas o reflejas** si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una **conexión natural o causal** (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, **en supuestos excepcionales**, se ha venido admitiendo que estas pruebas son **jurídicamente independientes** de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten **excepcionarla**, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una **conexión de antijuricidad** entre la prueba originaria y las derivadas (SSTC 81/1998, 49/1999; 94/1999; 171/1999; 136/2000; 28/2002; 167/2002; 261/2005; y 66/2009).

Según recuerda la STC 66/2009, se ha mantenido la *desconexión de antijuricidad*, por gozar de independencia jurídica, en supuestos de **declaración autoincriminatoria**, no sólo de acusado en plenario (SSTC 136/2006, de 8 de mayo, y 49/2007, de 12 de marzo), sino incluso de imputado en instrucción (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre), y entre la declaración

de imputado y la entrada y registro (STC 136/2000, de 29 de mayo), “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones, que permite afirmar la *espontaneidad y voluntariedad* de las mismas”, y porque “la *admisión voluntaria* de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (SSTC 161/1999, de 27 de septiembre; 8/2000, de 17 de enero; 136/2000, de 29 de mayo).

De otra parte, la **jurisprudencia de esta Sala** ha establecido en diferentes sentencias recientes (SSTS 406/2010, de 11-5; 529/2010, de 24-5; 617/2010, de 22-6; 1092/2010, de 9-12; y 91/2011, de 18-2, entre otras) una doctrina que matiza o singulariza en el caso concreto la aplicación de la desconexión de la antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos.

Así las cosas, al haber admitido el recurrente la autoría de los hechos en la vista del plenario, asistido de su letrado y cumplimentándose por tanto todas las garantías legales y constitucionales, se rompería, según la jurisprudencia del Tribunal de Constitucional y de esta Sala, el nexo de antijuridicidad de las pruebas derivadas de las intervenciones telefónicas en la hipótesis de que estas llegaran a declararse ilícitas. Visto lo cual, no se precisa ya profundizar en mayor medida de lo que se ha hecho en los fundamentos precedentes sobre el tema de la ilicitud dada la intrascendencia que tendría para su condena». (F. J. 75º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Testifical. Menor contra madre sin advertir dispensa para declarar.

Recurso: Casación nº 404/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1301/2011 de fecha 28/11/2011

«Y, en este caso, nos encontramos con una declaración testifical de una menor de edad que incrimina a su madre, tanto respecto de la comisión de un delito de corrupción, del artículo 189.1 a) y 3 f) del Código Penal, por haber sido objeto de fotografías por parte de ésta cuando se encontraba desnuda, bien en la ducha o bajándole previamente su madre el pantalón, de modo que mostrase sus genitales, enviando posteriormente esas imágenes al otro acusado, con el que Josefa mantenía relaciones sexuales extramatrimoniales, como de otro de abusos sexuales, del artículo 181.1 y 4 (en la redacción vigente al tiempo de los hechos enjuiciados) en relación con el 180.1 4ª del Código Penal, al haber sufrido la menor tocamientos libidinosos, por parte de este último, en presencia y con la aquiescencia de nuevo de la madre.

A este respecto, como sobradamente sabemos, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras dispensar de la obligación de declarar como testigos a los parientes ascendentes o descendentes en línea directa del procesado, prescribe que: “*El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado.*”

Así mismo, el artículo 418 del mismo Cuerpo legal insiste en que “*Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación*

pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.”

En tal sentido es cierto que algunas Resoluciones de esta misma Sala, de las que son exponentes las de 27 de Octubre de 2004 u 8 de Marzo de 2006, han afirmado la validez y eficacia procesal de las declaraciones prestadas por esposas e hijos contra su esposo o padre, aún cuando en el acto del Juicio oral se acojan a su derecho de dispensa para retractarse de las previamente efectuadas en la Instrucción, entendiéndose que el hecho de formular la denuncia que dio lugar a las actuaciones supone, tácitamente, la renuncia a dicha dispensa.

Lo que, obviamente, no es el caso que aquí nos ocupa, en el que la niña no tuvo en ningún momento intención de denunciar a su madre, habiéndose limitado a relatar a sus amigas cómo ésta le fotografiaba desnuda con su teléfono móvil remitiendo posteriormente esas fotografías a su pareja sentimental.

De hecho, las declaraciones judiciales posteriormente efectuadas, una vez iniciadas las actuaciones como consecuencia del conocimiento que se tuvo, por otras personas del círculo de la menor, en las que relataba tanto lo de las referidas fotografías como los tocamientos de que fue objeto en el vehículo del amante de la madre, fueron realizadas sin que en ningún caso, ni ante el Juez de Instrucción (folio 24) ni en el acto del Juicio oral (folio 493), hubiera sido debidamente informada del referido derecho a no contestar si no lo deseaba por tratarse de hechos que incriminaban a la progenitora.

De modo que ha de afirmarse que nos hallamos ante una prueba inválida, en lo que a la acreditación de los hechos cometidos por la recurrente se refiere, por incumplimiento de un requisito procesal esencial, y, por ende, de todo punto ineficaces para su valoración como prueba de cargo». (F. J. 1º)

PRUEBA. Testifical. Incomunicación de los testigos.

Recurso: Casación nº 514/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1051/2011 de fecha 14/10/2011

«2. Con la STS 792/2010, de 22 septiembre, hemos de declarar que la ley procesal dispone en el artículo 704 la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS 22/2003). En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. En la STS 768/1994, se negó que la infracción del artículo 704 supusiera en todo caso la nulidad de la prueba. Y en la STS nº 229/2002, se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo Cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical. En esta dirección, la STS 153/2005 de 10 de febrero recuerda «que el tema de la comunicación de los testigos, que exige el art. 704 LECrim. es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por los que les precedieron para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de la misma y, por tanto, situada extramuros de la validez del testimonio». Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente (en tal sentido se pueden citar las SSTS 5.4.1989, 30.1.1992, 32/1995 de 19.1, 908/1999 de 1.6 y 26.3.2001).

La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y si sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días». (F. J. 2º)

PRUEBA. Testigo protegido y derecho de defensa: puntos de colisión (doctrina).

Recurso: Casación nº 652/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 100/2012 de fecha 23/02/2012

«La doctrina de este Tribunal Supremo sobre los testigos protegidos establece que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta que en todo proceso debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria, que se erige así en la piedra angular de todo el elenco de garantías diseñado en el párrafo segundo de aquel precepto, configuradas como otros tantos derechos fundamentales. La interdicción de la indefensión reclama un cuidadoso esfuerzo de los Tribunales para preservar el derecho de defensa de todas las partes (STC 112/89). Pero la indefensión constitucional tiene un significado material que no coincide enteramente con el concepto jurídico procesal (STC 70/84).

El derecho del acusado en causa penal a defenderse, lleva consigo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él,

según se consagra en los artículos 6.3 d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Roma, 4 de diciembre de 1950), y en el artículo 14.3 e) del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), ambos suscritos por España. Así venía ya reconocido por nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 708; el artículo 705 de la misma dispone, refiriéndose a los testigos, que el Presidente mandará que "entren a declarar", lo que viene a suponer la presencia física del testigo en la misma Sala donde se celebra el juicio, **y por lo tanto, que el acusado y su defensa tienen la posibilidad de conocer o comprobar su identidad, lo que les permite** no solo orientar el interrogatorio, sino también **aportar los datos o razones de que puedan disponer para debilitar la credibilidad del testigo**. Por otro lado, permite la confrontación del testigo de cargo con la persona acusada, lo que amplía las posibilidades de valoración del Tribunal. (Entre otras Sentencias 651/00, de 5 de abril y 2461/01, de 18 de diciembre). Sin embargo, la necesidad de proteger a las víctimas de los delitos y, en otros casos, a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, al tiempo que se favorece su colaboración con la justicia, ha llevado a considerar la supresión de todas o algunas de esas circunstancias de identificación, presencia física y confrontación del testigo con el acusado.

La STS nº 98/2002, de 28 de enero, recuerda que el sistema se implantó en España por la LO 19/94, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales y confiere al Juez o Tribunal -como dice la Exposición de Motivos- "la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, **previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes constitucionalmente protegidos**". Las medidas que pueden adoptarse, conjunta o separadamente, son las establecidas en los apartados a) b) y c) del art. 2 de la Ley.

Profundizando en esta materia, la STS nº 378/2009, de 27 de marzo, invocaba la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 (Kostovsky contra Países Bajos) en la que se declaraba que se conculcaba el derecho a un juicio equitativo garantizado en el artículo 6 de la Convención Europea, porque "*si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga (hostil) o indigna de crédito*". Un testimonio, o cualesquiera declaraciones en contra del inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan *fiscalizar el crédito que merece el autor o ponerlo en duda*. Son evidentes los peligros inherentes a una situación así". El argumento del Gobierno Belga sobre *el temor* a represalias a los testigos ante casos de delincuencia organizada fue considerado *insuficiente para tal limitación* del derecho de defensa.

Similar doctrina fue establecida en la Sentencia del TEDH que decidió el denominado caso WINDISCH vs Austria, de 27 de septiembre de 1990. Vuelve a advertirse entonces que *al desconocer su identidad, (de los testigos) la defensa sufrió una desventaja casi insuperable; le faltaban las necesarias informaciones para apreciar el crédito de los testigos o ponerlo en duda*".

Supuesto similar fue el considerado por el TEDH en la Sentencia del denominado caso VAN MECHELEN y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, en el cual los testigos eran agentes de policía de los cuales solamente se proporcionó su número. Cuando los agentes declararon en esa fase previa, la defensa del acusado ignoraba la identidad de los mismos, y dado que durante el interrogatorio las partes y los testigos estaban en habitaciones diversas, fue **imposible** observar las reacciones de los testigos a preguntas concretas, dato éste que hubiese permitido **valorar su fiabilidad**, por lo que el TEDH concluye que se ha vulnerado el derecho a un juicio equitativo.

Añadía la sentencia mentada de este Tribunal de casación la del TEDH que, dando contenido definitivo a su doctrina al respecto, resuelve el denominado caso **Birutis y otros contra Lituania de 28 de marzo de 2002** y en cuyo párrafo 29 se define:

*El Tribunal afirmó en la Sentencia **Doorson** contra Holanda de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20] y en la Sentencia **Van Mechelen** y otros contra Holanda de 23 abril 1997 [TEDH 1997, 25], que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es en todas las circunstancias incompatible con el Convenio. Sin embargo, si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento penal no debería normalmente incluir. Por ello, el Tribunal reconoció que en esos casos, el artículo 6.1, considerado junto con el artículo 6.3 d), requiere que las dificultades con las que trabaja la defensa sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales. Con esto en mente, **no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos** (véase Sentencia *Kostowski* contra Holanda de 20 noviembre 1989 [TEDH 1989, 21], serie A, núm. 166, pg. 20, ap. 42). Además, **ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaraciones anónimas** (véase la anteriormente citada Sentencia *Van Mechelen* y otros contra Holanda, pg. 712, aps. 54-55).*

Así pues precisaba, la compatibilidad de cualquier ponderación, incluso cuando las dificultades de la defensa sean equilibradas por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales, han de cumplirse estos parámetros:

(a) *que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta*
y

(b) *que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.*

En el caso que constituía el objeto del recurso de casación resuelto por la citada STS 378/09, se trataba de valorar si la declaración inculpativa del testigo protegido -base esencial y determinante de la condena- que no era solo un testigo oculto, sino anónimo, por cuanto el Tribunal desestimó la pretensión de la defensa de que fuera revelada su identidad, se decía que por lo que concierne a las posibilidades de examen de la fiabilidad del testigo, es fácil comprender que constituye una de las piezas fundamentales para la efectividad del derecho de defensa. Hasta el punto de que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la

inclusión de medios probatorios en tiempo tardío conforme a lo dispuesto en el artículo 729.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el presente supuesto era especialmente acuciante la necesidad de controlar ese valor probatorio de los y las testigos que declararon en juicio oral, bajo anonimato -aunque solamente respecto de las defensas- de sus datos de identidad.

Se trataba de una organización en la que eran evidentes las discrepancias entre las personas que asumieron responsabilidades orgánicas. Hasta el punto de que el comportamiento de quienes imprimieron un eventual sesgo violento despertó la protesta de otros. De ello da cuenta la misma sentencia. Por tanto, **conocer la identidad de los testigos podía ser relevante para poner al descubierto eventuales animosidades que cuestionen la credibilidad del testigo**. Pero la efectividad de esta estrategia de la defensa queda cercenada si ésta no puede conocer, y con la adecuada anticipación, la identidad de quienes les dirigen los cargos. Si **ésta se mantiene oculta, aquel irrenunciable e ineludible derecho del acusado será irremediablemente frustrado**.

Recuerda la sentencia recurrida que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, reclama que la petición de desvelamiento de la identidad del testigo anónimo sea *motivada*, y que, en consecuencia, ha de *ponderarse* la motivación alegada. Pero olvida que, si el motivo es precisamente cuestionar la credibilidad o fiabilidad del testigo, la exigencia se justifica sobradamente en la medida que, como dice esa Sentencia del TEDH, esa posibilidad de cuestionar la credibilidad del testigo está condicionada precisamente por el conocimiento de su identidad.

La sentencia resuelve la cuestión como si se tratase de un conflicto entre dos derechos fundamentales: el del testigo a su vida e integridad y el de los acusados a su defensa. Y el planteamiento no es ajeno a la doctrina del TEDH.

Pero ese planteamiento puede ser matizado. Los derechos en conflicto estructural en el proceso son, por un lado, el de defensa, en efecto, pero, por el otro, lo es el *ius puniendi*, que es un derecho del Estado. Este puede verse cercenado si necesita prescindir de fuentes de prueba. Y esa necesidad puede devenir de la protección de aquellos derechos del testigo. Si la acusación es la compelida a aportar el medio de prueba, las exigencias de ésta solamente pueden tener por interlocutor a quien la propone.

En definitiva las consecuencias de las **limitaciones en la disponibilidad del medio de prueba solamente pueden perjudicar al que ha de proponerlo y no al derecho de defensa de aquél contra el que se propone dicho medio**». (F. J. 3º)

PRUEBA. Uso de grabación proveniente de videocámaras de seguridad instaladas en la vía pública.

Recurso: Casación nº 10101/2011 P
Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1220/2011 de fecha 11/11/2011

«5. En otro orden de cosas, y dentro también de este capítulo de posibles afectaciones o limitaciones de derechos fundamentales, hay que hacer referencia también a las grabaciones de las escenas que tuvieron lugar en la calle donde se halla ubicado el punto de encuentro, grabaciones que se efectuaron mediante una **videocámara de vigilancia instalada en la vía pública**. La parte recurrente solo las cuestiona muy tangencialmente, con una simple alusión a su posible ilicitud.

(...)

A este respecto, conviene subrayar que la LO 4/1997, de 4 de agosto, en su art. 1 permite la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. Para ello se precisa la autorización del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma. Y en el art. 7 del texto legal se dispone que si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.

En el presente caso consta que la grabación fue puesta a disposición de la causa al inicio de la investigación, según se reseña en el folio 3 del sumario y se corrobora después en los folios 12 y ss. Sin que, por lo demás, conste ninguna irregularidad legal o administrativa en la instalación de la videocámara ni en el uso de la misma. A lo que ha de sumarse que la grabación fue visionada en la vista oral del juicio con todas las garantías de contradicción para las partes procesales.

La grabación fue hecha, pues, en una vía pública céntrica de la ciudad de Almería, donde en principio no figuraban indicios de que pudiera incurrirse en una intromisión o injerencia del derecho a la intimidad de los ciudadanos que deambulaban por la zona.

Por lo demás, y aunque no puede descartarse que en casos singulares se desarrollen actividades privadas en una vía pública, esta Sala tiene declarado que cuando la grabación videográfica afecta sólo a "espacios abiertos y de uso público" no precisa la autorización judicial, según una reiterada doctrina jurisprudencial (STS núm. 1547/2002, de 27 de septiembre que cita la núm. 387/2001, de 13 de marzo y la 1631/2001, de 19 de septiembre). Y en el mismo sentido se pronuncia la STS 188/1999, de 15 de febrero, que se remite a las SSTS de 6-5-1993, 7-2, 6-4 y 21-5-1994, 18-12-1995, 27-2-1996, 5-5-1997 y 968/1998, de 17-7, entre otras.

Por consiguiente, no puede prosperar el submotivo esgrimido por la defensa». (F. J. 7º)

PRUEBA. Valor del atestado.

Recurso: Casación nº 1053/2011

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 260/2012 de fecha 04/04/2012

«...el art. 297 de la propia ley es claro al disponer que “los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de policía judicial [...] se considerarán denuncias para los efectos legales”. Es decir, a todos los efectos del proceso. Y lo mismo al subrayar que, para que las declaraciones de los funcionarios policiales “ten[gan] el valor de declaraciones testificales” deberán versar sobre “hechos de conocimiento propio”, es decir, sobre actos o datos (extraprocesales) de los que supieren por sí mismos, y no a través de las manifestaciones de otros.

Precisamente, en este punto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 68/2010, de 18 de octubre, ha subrayado que lo declarado a la policía “al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim (STC 31/1981), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2). Ello —continúa la alta instancia— no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción [SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2]. Pero tal excepción, limitada a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada [se lee] que «tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que ‘las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales’ (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria» (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones [se afirma] que «a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo» (STC 51/1995, FJ 2).

En idéntico sentido, la STS 1228/2009, de 6 de noviembre, en la que, bien expresivamente, se lee que “la declaración autoinculpatória en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial”; y, en fin, las SSTS 438/2011, de 30 de mayo de 2011 y 99/2011, de 27 de febrero de 2012.

Pues bien, trasladadas estas consideraciones legales y jurisprudenciales al caso que nos ocupa, resulta claramente advertible que la sala de instancia no estaba legalmente autorizada para acudir al atestado policial en busca de datos hábiles para desvirtuar las declaraciones judiciales de los denunciantes; ni para hacer uso de los funcionarios policiales como testigos de referencia cuyas manifestaciones pudieran confrontarse con las de aquellos; ni, en particular, para erigir las informaciones así obtenidas en fuente exclusiva de la prueba de cargo que da sustento a la condena.

Es cierto que existen elementos de posible valor probatorio, ajenos a los procedentes de lo dicho por los denunciantes en comisaría, como los relativos al episodio del MacDonalds y al resultado de la prueba sobre el material biológico hallado en las prendas de algunos de los acusados. Pero tomados en sí mismos, incluso en su correlación, al margen de aquella primera versión no utilizable, carecen francamente de trascendencia, pues no llevarían a ninguna conclusión determinante. En efecto, ya que de la real existencia del primero de ellos (un ligero incidente entre M. C. y P. G.) no puede extraerse como conclusión que las lesiones del segundo hubieran tenido el origen que se les atribuye en los hechos probados; y el resultado de la prueba biológica tiene una explicación alternativa a la que consta en estos, ya aludida. Al mismo tiempo, esos datos tampoco carecen de encaje en la versión ofrecida por los denunciantes y confirmada por la de los propios acusados, ambas coincidentes, que no son ciertamente implausibles; pero que, en cualquier caso, por lo razonado, es la única a la que aquí cabe estar.

Así las cosas, lo cierto es que suprimiendo del razonamiento de la sala de instancia los elementos de juicio procedentes del atestado, es claro que los hechos probados de la sentencia quedan sin sustento, al haberse producido un verdadero vacío probatorio. Y es por lo que, en vista de todo lo expuesto, debe estimarse el motivo». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Auto dictado en súplica: recurrible (orígenes históricos).

Recurso: Casación nº 10092/2012 P

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 615/2012 de fecha 10/07/2012

«Los autos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado se consideran susceptibles de casación en nuestro ordenamiento. Así lo declara una añeja y oculta disposición: el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva. Dispone tal precepto: "*Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*".

El párrafo 6º del art. 849 mencionado en la disposición equivale a su actual párrafo 1º: el *error iuris* como primer motivo de casación por infracción de ley.

La Real Orden de 29 de enero de 1901 insistió en la procedencia de casación, concretando que el abono de la prisión preventiva realizado en la fase de ejecución y, por tanto, con posterioridad a la sentencia, debe revestir la forma de auto.

La mencionada Ley y la Real Orden dictada en desarrollo de la misma, deben considerarse derogadas casi en su totalidad por el Código Penal que incorporó la mayor parte de su contenido. Sin embargo, en los aspectos procesales y en particular en lo atinente al establecimiento de esa posibilidad de casación, la Ley está vigente al no haber sido afectada por las ulteriores reformas sustantivas. Tampoco las últimas modificaciones del régimen de prisión provisional (Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2.010) han reparado en esa disposición. Su vigencia está asumida por una reiterada y pacífica jurisprudencia que no ha vacilado en admitir recursos de casación interpuestos contra autos dictados en fase de ejecución por las Audiencias Provinciales declarando abonables determinados períodos de prisión preventiva. Sirven de botón de muestra las sentencias 1449/1998, de 27 de noviembre, 926/1999, de 4 de junio o 501/2001, de 22 de marzo entre muchas otras.

Esta exégesis opera siempre que tratemos del abono de prisión preventiva sufrida en la misma causa, pues esa competencia sigue residenciada en los órganos sentenciadores. Si se trata de abono en causas distintas, el esquema varía. La competencia para decidir esos casos se ha traspasado a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria a partir de la reforma de 2003, lo que suscita una problemática especial en materia de recurribilidad que ahora no interesa (vid. STS 1606/2007, de 31 de enero y ATS de 12 de febrero de 2007). Aquí se está abordando un problema de abonabilidad o no en la misma causa, sin perjuicio de que el hecho de que se trate de una condena acumulada a otras por el expediente del art. 70 (antiguo; o actual art. 76) introduzca matices y variantes.

En el presente caso se acudió en primer lugar a un recurso de súplica que era improcedente (art. 237 de la LECrim). Esa situación en otros supuestos podría ser determinante de la extemporaneidad e inadmisibilidad del recurso. Súplica y casación son incompatibles por expresa dicción de la Ley. No obstante en zonas de penumbra la doctrina de esta Sala ha dulcificado la respuesta. Si, como en este caso, el recurrente se ha limitado a seguir las indicaciones que sobre el régimen de recursos de la resolución le proporcionaba el órgano jurisdiccional (SSTC 107/1987, de 21 de junio, 40/1995, de 13 de febrero o 65/2002, de 11 de marzo, 79/2004, de 5 de mayo, 241/2006, de 20 de julio o 30/2009, de 26 de enero) ningún óbice ha de derivarse para la admisión del recurso de casación interpuesto contra el auto que desestimó la súplica e indirectamente contra el que denegó el abono». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Irrecurribilidad de los autos dictados en ejecución.

Recurso: Casación nº 1966/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 450/2012 de fecha 24/05/2012

«Sin perjuicio de la cuestión de fondo, esta Sala en recientes sentencias 1364/2011 de 15.12, tiene declarado que los precedentes de esta Sala sobre el particular ha establecido que no procede recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia relativos a la prescripción de la pena. En este sentido la STS 851/2005, de 30.6, declaraba que "...esta Sala ya ha declarado en SSTS 1327/93 de 15.7 y 1315/2000, de 20.7, que conforme a lo dispuesto en el art. 848 LECrim sólo cabe casación contra autos de las Audiencias que expresamente lo autorice y no hay norma alguna que lo prevea en los supuestos de prescripción de pena. Cabe en los casos de prescripción de delito porque así lo dispone expresamente el art. 676 LECrim, pero no ocurre lo mismo en materia de prescripción de pena, que es tema de ejecución de sentencia, excluido de la casación».

En efecto, los autos resolutiveos de un recurso de súplica no están expresamente autorizados para ser objeto de recurso de casación y así lo tiene establecido esta Sala, SSTS 13.3 y 24.9.97 y más recientemente en STS 1038/2009 de 3.11 y ATS 17.10.2006». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto que resuelve sobre prescripción de la pena.

Recurso: Casación nº 1247/2011
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 1364/2011 de fecha 15/12/2011

«1. Sin perjuicio de la cuestión de fondo, los precedentes de esta Sala sobre el particular han establecido que no procede recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia relativos a la prescripción de la pena. En ese sentido, en la STS nº 1315/2000, se declaraba que "... esta Sala ya ha declarado en sentencias núm. 1327/93 de 15 julio y 1315/2000 de 20 julio, que conforme a lo dispuesto en el art. 848 LECrim solo cabe casación contra autos de las Audiencias que expresamente lo autorice y no hay norma alguna que lo prevea en los supuestos de prescripción de pena. Cabe en los casos de prescripción de delito porque así lo dispone expresamente el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero no ocurre lo mismo en materia de prescripción de pena, que es tema de ejecución de sentencia, excluido de la casación". En el mismo sentido la STS nº 851/2005.

2. Efectivamente, el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que contra los autos definitivos dictados por las Audiencias «sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso», por lo que es precisa una disposición concreta de la ley estableciendo la pertinencia de tal clase de recurso.

No existe ningún precepto en la LECrim que prevea la posibilidad de interponer recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias, como es el caso, en los que se resuelva sobre la prescripción de la pena.

En consecuencia, el recurso no debió ser admitido a trámite y debe ahora ser desestimado». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Resoluciones recurribles. Auto de sobreseimiento.

Recurso: Casación nº 1077/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1324/2011 de fecha 05/12/2011

«La casación se formaliza contra el Auto de sobreseimiento provisional del procedimiento abreviado adoptado en la instancia por aplicación del art. 641.2 de la Ley procesal "denegando en consecuencia la apertura del juicio oral, solicitado por la acusación particular". En la causa el Ministerio fiscal no solicitó la apertura del juicio oral que fue instado por la acusación particular. Ésta última, ante el sobreseimiento provisional acordado interpone el recurso de casación en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 645 de la Ley procesal penal precepto que, en situaciones como la que se concreta en la causa, en la que la acusación particular solicita la apertura del juicio oral, el tribunal, no obstante, podría acordar el sobreseimiento al que se refiere el número 2 del art. 637, es decir, el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito.

El Ministerio fiscal se opone a la admisión de la impugnación al considerar que el auto de sobreseimiento no es objeto de casación por no aparecer entre las previsiones de recurribilidad del art. 848 de la Ley procesal, pues el sobreseimiento no era libre sino provisional. Esa objeción no puede ser atendida. Con independencia del nombre que la resolución impugnada dé al sobreseimiento acordado, lo cierto es que el Auto considera que el sobreseimiento se adopta por no poder imputar a los acusados el hecho objeto de la indagación judicial, por lo que deniega la apertura del juicio oral. Por lo tanto, el archivo de las diligencias sumariales, una vez concluso el sumario, es equiparable a un sobreseimiento libre, constatando que por los hechos de la indagación judicial se había procesado a los imputados en la causa. Se trata desde la perspectiva expuesta de un sobreseimiento libre, por lo que procede analizar la impugnación que se formaliza.

En el primer motivo denuncia el error de derecho en el que incurre el Auto al inaplicar el art. 645 de la Ley procesal penal. Como dijimos este artículo permite al tribunal acordar el sobreseimiento libre de la causa no obstante existir acusación del Ministerio fiscal o de la acusación particular. El art. 645 permite el sobreseimiento libre, por no ser los hechos constitutivos de delito, no por falta de acreditación de la participación en el hecho de los procesados.

De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales, por todas (SSTS 1901/2001 de 15 de octubre, 1412/1995 y SSTC 171/1980, de 30 de septiembre y 297 y 314/1994, "el artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es bien terminante al señalar que solicitada la apertura del juicio oral, aunque lo sea

exclusivamente por la acusación particular, el Tribunal podrá acordar, no obstante, el sobreseimiento a que se refiere el número 2º del artículo 637 y en cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio.

Según resulta del precepto procesal, en caso de haberse solicitado la apertura del juicio oral, solo es posible acordar el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito. Este criterio responde a que en esos supuestos lo único que puede discutirse son las cuestiones de derecho o jurídicas, y extremos que dependen de la valoración de las pruebas en el acto del juicio oral. También se apoya en razones de economía procesal y protección de los derechos fundamentales que pueden aconsejar que al Tribunal adoptar esa decisión. Por el contrario, si lo que no estuviera acreditado es que se hubiera perpetrado el hecho o la participación del imputado, que es la razón esgrimida en este procedimiento por el tribunal de instancia al tratarse de una cuestión fáctica y de prueba, resulta determinante el acto del juicio oral, de ahí que en esos casos el legislador hubiese dispuesto la necesidad, cuando hay petición de alguna de las acusaciones, de que se proceda a la apertura del juicio oral.

En consecuencia, la falta de acreditación de la participación de los procesados, una vez instada la apertura del juicio oral por una acusación, no autoriza al tribunal el sobreseimiento provisional, pues el artículo 645 sólo autoriza el sobreseimiento libre por no resultar los hechos constitutivos de delito (art. 637.2 LECrim.), cuestión puramente jurídica, no de prueba, por lo que el tribunal, en este supuesto, debe abrir el juicio oral o sobreseer en los términos parecidos en el art. 645 de la Ley procesal que se considerar indebidamente aplicado.

Consecuentemente, procede estimar el motivo y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adopción del Auto de sobreseimiento provisional que se anula». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Revisión de los juicios de inferencia de instancia: doctrina del TEDH.

Recurso: Casación nº 795/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 164/2012 de fecha 03/03/2012

«Ello nos conduce a un problema de marcada actualidad en el marco del recurso de casación en el proceso penal, que lo constituye la revisión de los juicios de inferencia, máxime desde la Sentencia del TEDH, en el asunto *Lacadena C. c. España*, de fecha 22 de noviembre de 2011, por la que se condena a España, relativa a la potencial revisibilidad de tales juicios de inferencia en un recurso de casación. La cuestión arranca ya en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, a partir de la conocida Sentencia 167/2002, consideraciones que se han visto reafirmadas y reforzadas en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009,

118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, y 46/2011, entre otras muchas).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a *un proceso con todas las garantías* cuando el juzgado o tribunal (en los casos analizados, de *apelación*), sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada, *o bien agrava la condena*. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los *jueces de apelación* modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia. Lo propio ha de ocurrir en el recurso de casación, en donde no se permite práctica alguna de prueba en tal sentido.

El Tribunal Supremo, en STS 1217/2011, de 11 de noviembre, insiste en tal imposibilidad, en el sentido que se veda la contingencia de que el órgano de revisión condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que agrave su situación si fue condenado, como es nuestro caso. Y en la STS 1223/2011, de 18 de noviembre, se exponen las graves dificultades que se presentan en tales supuestos, a tenor de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos, para poder examinar a través del recurso de casación la impugnación de la sentencia de instancia, al haber resultado ésta absolutoria y haber tenido no poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales. Lo propio ha de ocurrir para agravar la condena de instancia, y tal doctrina ha sido trasladada al recurso de casación, en las recientes SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre y 1106/2011, de 20 de octubre.

De manera que una inferencia que ha sido razonada en la instancia con argumentos basados en pruebas personales, practicadas con inmediación judicial, y en donde se declara *la duda* sobre la concurrencia de tal dolo eventual, construyendo tal concurso delictivo, como fue resuelto por la Audiencia, nos impide ahora tal revisión en el seno de un recurso extraordinario de casación, máxime cuando tal interpretación ha sido mantenida por esta Sala Casacional en resoluciones que han abordado el propio problema de subsunción jurídica que se plantea por la Audiencia, como son claro exponentes algunas Sentencias que a continuación citamos. Y así, en la STS 232/2011, de 5 de abril, se lee que «en los tipos penales que sancionan las lesiones dolosas, el dolo debe concurrir tanto en la acción de la que se deriva el resultado, como en el resultado mismo». Lo propio ocurre en la STS 168/2008, de 29 de abril, en donde se expone que no toda relación de causalidad entre una acción y un resultado es suficiente para que quede integrado el tipo. La doctrina, tanto científica como jurisprudencial, ha establecido mecanismos correctores; esta funcionalidad correctora tiene en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva, teoría esta última que está también detrás del criterio adoptado por la jurisprudencia de la llamada preterintencionalidad, y que permite calificar los hechos en concurso ideal entre el hecho doloso y el imprudente en casos en los que el autor crea un riesgo doloso y otro imprudente, y cada uno de ellos produce

un resultado diferente, que es el imputado. El exceso, esto es, la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, aunque mereciera el calificativo de consciente o imprudencia grave, concurriendo, por tanto, en esta hipótesis, un delito o falta doloso de lesiones con otro causado por imprudencia. Primeramente éste de mayor ajuste y proporcionalidad en la culpabilidad al ocasionarse una lesión desproporcionada a las usuales previsiones de cualquier sujeto y con el riesgo creado por la acción. Y termina su razonamiento: «siendo así, lo correcto sería estimar que ese traumatismo en el ojo e incluso la necesidad de la primera intervención quirúrgica, pudo estar previsto por el acusado por dolo eventual, lo que haría aplicable el tipo básico del delito de lesiones, art. 147 CP y el exceso constituido por la pérdida de visión total en el ojo, hallaría forzoso encaje en la previsión del art. 151.1.2 CP., estando uno y otro en la relación que establece el art. 77 del Código Penal». Lo que se repite en la STS 887/2006, de 25 de septiembre.

De cualquier forma, el motivo ha de desestimarse desde estrictos parámetros de esa nueva técnica casacional, derivada de las resoluciones que hemos citado, tanto procedentes del Tribunal Constitucional como el TEDH, que impiden un juicio revisorio, al margen de la inmediatez, de los elementos subjetivos atinentes a la conducta del agente, y particularmente en este caso, vedan sustituir el criterio de la Audiencia basado en la duda entre la concurrencia de culpa consciente y el dolo eventual, construido a partir de la percepción de pruebas personales directas». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Derecho de defensa. Doctrina del TEDH.

Recurso: Casación nº 1304/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 500/2012 de fecha 12/06/2012

«Ello bastaría para rechazar el recurso. Pero aún debemos reiterar que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediatez por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación.

Lo recordábamos recientemente en nuestras Sentencias núms. 798/11 de 14 de julio y 698/2011 de 22 de junio, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reafirmada en su Sentencia 45/2011 de 11 de abril, matizando la previa dicha en la sentencia de dicho Tribunal 184/2009 de 7 de septiembre.

Conforme a la misma la garantía del derecho de defensa del acusado absuelto en la sentencia recurrida se encuentra en función de la *naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos.*

Recogíamos dicha doctrina en nuestras citadas Sentencias en los siguientes términos:

"Entre los postulados establecidos destaca como rector que, cuando el órgano *ad quem* "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, **estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia**, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "*tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él*".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando *a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica*.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica, cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal Constitucional que el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena "*no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas*" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36).

Es verdad que en la reciente Sentencia Tribunal Constitucional nº 45/2011 se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus características y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, abriendo el debate sobre el hecho objeto de imputación, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza"». (F. J. 1º)

RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Doctrina del TEDH.

Recurso: Casación nº 2119/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 670/2012 de fecha 19/07/2012

«Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un **proceso con todas las garantías** (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del **derecho de defensa** en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que prosperen los recursos de apelación y casación que pretenden revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

Así lo entendimos en las sentencias dictadas recientemente **1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/201, de 18 de noviembre, y 1423/2011, de 29 de diciembre**, cuyo texto —especialmente el de esta última— seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, y 46/2011, entre otras muchas).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a *un proceso con todas las garantías* cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

2. Y en lo que respecta al **derecho de defensa**, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*.

La primera es la **sentencia del TC 184/2009, de 7 de octubre**, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional relevante para el caso es más reciente: la **nº 142/2011, de 26 de septiembre**. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró “estrictamente documental”. Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica “*en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados*”. Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia **45/2001, de 11 de abril**, toda vez que en esta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la **STC 120/2009, de 18 de mayo**, al argumentar que el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, S TEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, *caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, *caso Hermi c. Italia*, § 64; y 10 de marzo de 2009, *caso Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (TEDH de 27 de junio de 2000, *caso Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).

3. En la **STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Alvarez contra España**, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias *Bazo González* contra España, de 16 de diciembre de 2008; *caso Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barros contra España*, de 21 de septiembre de 2010; y *García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que era necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo *caso Almenara Alvarez contra España*, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta para formar su convicción. Y enfatiza en el párrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una *cuestión de hecho*, a saber: la *intencionalidad* de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una *voluntad fraudulenta* por su parte, cuestión que considera de naturaleza sustancialmente factual.

Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2011 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH), precepto que se consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Así pues, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un *elemento subjetivo del injusto* alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

Con posterioridad, en la **STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España**, se contempla el supuesto de un notario que es condenado en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria de casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de noviembre.

El supuesto que analiza esa sentencia del TEDH tiene una especial relevancia, desde dos perspectivas. En primer lugar, porque en la resolución de la causa intervinieron dos tribunales ordinarios españoles —Audiencia Nacional y Tribunal Supremo— y también el Tribunal Constitucional, debiendo subrayarse que no se está ante el caso habitual de la doble instancia mediante un recurso de apelación, sino ante un caso en el que la segunda instancia se instrumenta a través de un recurso “extraordinario” de casación. Y en segundo lugar, también resulta relevante que el núcleo de la cuestión jurídica se ubicara en determinar si el notario imputado intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta de obligaciones hipotecarias al portador con conocimiento de que se trataba de ventas fraudulentas por no estar constituidas las correspondientes hipotecas y ni siquiera hallarse inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes sobre los que recaía el gravamen hipotecario. Y es que el hecho de que el centro del debate recayera sobre la verificación probatoria del elemento subjetivo del tipo penal imputado (estafa) presenta unas connotaciones especiales en casación por las cuestiones que suscita la doctrina jurisprudencial de los “juicios de valor”.

Según el Tribunal de instancia (la Audiencia Nacional), el notario imputado no podía ser declarado partícipe en el delito de estafa cometido por los administradores de la sociedad que emitió las obligaciones, al no haberse probado que, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de los administradores encausados. Por el contrario, esta Sala del Tribunal Supremo

consideró que, al no acreditarse ante el notario la inscripción registral de las fincas sobre las que se otorgaba escritura de hipoteca como garantía de la emisión de las obligaciones, tuvo que representarse el acusado que con su intervención contribuía a un engaño generalizado, de lo que se deduce el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, conclusión que resultó reforzada por los datos relativos a las infracciones de la normativa notarial y por la sobrevaloración en las escrituras de las fincas hipotecadas. Se entendió, además, que se estaba ante un “juicio de valor” revisable por la vía del art. 849.1º de la LECr. y subsumible en la fundamentación jurídica de la sentencia y no en la premisa fáctica.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 328/2006, avaló el criterio de esta Sala argumentando que la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que “se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente —el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas—, que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Se trata, afirmó, de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de casación y que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la inmediatez.

El TEDH discrepó, en cambio, de los criterios probatorios seguidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional y estimó la demanda de la parte recurrente. Argumentó al respecto que “*el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una **voluntad fraudulenta (dolo eventual)** en relación con las personas afectadas*”. Ahora bien, sigue diciendo, “*el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos*”.

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2011 que “*el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado*”. Y matiza a continuación que “*cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de **dolo eventual**), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin **haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan***”.

Y aunque reseña que “el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)”, objeta que “*para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante*

el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta”.

A continuación hace el TEDH una consideración muy relevante: “las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo **requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos** (ver *Botten c. Noruega*, 19 de febrero de 1996, § 52, *Repertorio* 1996-I; *Ekbatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados en el § 36)”. Y se estima relevante porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. Con lo cual, deja entrever que no solo se trata de una manifestación del acusado a efecto de alegaciones defensivas, sino de auténticas pruebas en las que incluye también la manifestación de los testigos.

Por último, acaba estimando la demanda porque, en definitiva, “el acusado no fue oído personalmente sobre **una cuestión de hecho** que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad”.

Entre los puntos a destacar de esta resolución del TEDH sobresalen el que considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es *un tema de naturaleza sustancialmente factual*, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis que eran sostenidas por la sentencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al art. 6 del CEDH.

Y como segundo extremo destacable hemos de referirnos al ya advertido de la necesaria audiencia del acusado y también a la posible práctica de prueba testifical en la vista oral de la segunda instancia, exigencia que se contradice con la esencia y la naturaleza impugnativa del recurso de casación, que, tal como recuerda el propio TEDH en su sentencia, carece de un trámite para tales fines en nuestro ordenamiento jurídico.

El TEDH ha dictado otra sentencia en la misma línea que las dos que se acaban de citar y desarrollar de los *casos Almenara Alvarez y Lacadena Calero contra España*. Se trata de la sentencia de **13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España**, en la que se enjuició un supuesto de dos delitos contra la Hacienda Pública, resultando absuelto el acusado por el Juzgado de lo Penal, por no haberse constatado su voluntad defraudatoria, convicción probatoria que fue revocada después por la Audiencia Provincial, que sí estimó probada mediante fundamentalmente prueba documental y pericial el dolo defraudatorio del acusado.

En este caso el TEDH estima también la demanda al considerar vulnerado el art. 6.1 del CEDH y vuelve a insistir en su tesis de que la verificación de la existencia de una voluntad defraudatoria es una cuestión esencialmente de hecho. Y recoge como argumento capital que la modificación de los hechos por la Sala de apelación, al estimar que sí concurre la voluntad defraudatoria, se produjo teniendo

únicamente como base las pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral, en el curso de la cual “*las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas*”.

Por último, en la reciente **sentencia de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España**, se sometió al juicio del TEDH una condena dictada *ex novo* en casación por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil y oficial. El acusado había sido absuelto de esos delitos por la Audiencia Provincial, pero fue condenado en casación por la sentencia de esta Sala 1435/2005, de 14 de octubre, sin que después el Tribunal Constitucional admitiera a trámite el recurso de amparo». (F. J. 3º)

RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Doctrina del TS.

Recurso: Casación nº 932/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 32/2012 de fecha 25/01/2012

«Esta Sala ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), ajustándose así a lo preceptuado en la LECr. (art. 795.3 antiguo y 790.3º actual).

Además, de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos "de facto" el modelo de apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas. Mucho más razonable resulta, por tanto, mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los relevantes y significativos datos que proporcionan las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación, tal como autoriza la última reforma del art. 791.2 de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Posibilidades que, por cierto, han sido minusvaloradas por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 120/2009, 184/2009, 142/2011, 153/2011 y 154/2011).

El TEDH ha dictado una última sentencia en la misma línea que las dos que se acaban de citar y desarrollar de los *casos Almenara Alvarez y Lacadena Calero contra España*. Se trata de la sentencia de **13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España**, en la que se enjuició un supuesto de dos delitos contra la Hacienda Pública, resultando absuelto el acusado por el Juzgado de lo Penal, por no haberse constatado su voluntad defraudatoria, convicción probatoria que fue revocada después por la Audiencia Provincial, que sí estimó probada

mediante fundamentalmente prueba documental y pericial el dolo defraudatorio del acusado.

En este caso el TEDH estima también la demanda al considerar vulnerado el art. 6.1 del CEDH y vuelve a insistir en su tesis de que la verificación de la existencia de una voluntad defraudatoria es una cuestión esencialmente de hecho. Y recoge como argumento capital que la modificación de los hechos por la Sala de apelación, al estimar que sí concurre la voluntad defraudatoria, se produjo teniendo únicamente como base las pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral, en el curso de la cual *“las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas”*.

3. La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, en las que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación”.

Así las cosas, al extrapolar al caso ahora enjuiciado los argumentos que se acaban de transcribir de la sentencia de esta Sala 1423/2011, de 29 de diciembre, al caso ahora enjuiciado, es claro que no puede acogerse el motivo primero del recurso, centrado en el error en la apreciación de la prueba». (F. J. 4º)

RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Revisión de juicios de inferencia. Límites.

Recurso: Casación nº 1837/2011
Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón
Sentencia: nº 536/2012 de fecha 25/06/2012

«... el Tribunal de casación, como el de apelación, solamente puede revisar por la vía de la infracción de ley aquellos juicios de inferencia que, en su vertiente jurídica, sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad. Cuando esta revisión pueda perjudicar al reo, ha de realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete exclusivamente al Tribunal de instancia. (F. J. 8º)

Como ha señalado recientemente la sentencia 333/2012, de 26 de abril, tanto la doctrina de esta Sala (SSTS 1013/2010, de 27 de octubre y 698/2011, de

22 de junio, entre otras), como la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias que no afecta a la revisión estrictamente jurídica, pero sí a la revisión fáctica.

Un ejemplo reciente de esta doctrina puede apreciarse en la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero) al señalar el Tribunal que en un modelo de recurso que no permite la práctica de prueba ante el Tribunal revisor, como lo es el recurso de casación español, la modificación del relato fáctico en perjuicio del reo, que no pudo ser oído en la alzada, realizada a través de un nuevo análisis probatorio ("considerando de nuevo algunas evidencias presentadas en la primera instancia") vulnera el art 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vulneración que no se produce cuando la revisión se limita a modificar la interpretación jurídica de los mismos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia o en supuestos estrictos de infracción de ley indirecta del 849 2º.

Este criterio jurisprudencial que admite la modificación en casación o apelación de sentencias absolutorias en sentido condenatorio solo cuando la revisión se funda en la modificación de la subsunción jurídica, ha sido afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández), **en las que se aprecia la vulneración del art 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considerando "a contrario sensu" que es procedente la revisión de sentencias absolutorias aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica**, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia. (F. J. 9º)

Pues bien, en el caso actual la cuestión que se plantea no es estrictamente jurídica pues no se concreta a la interpretación que ha de darse a los elementos configuradores del tipo, como sería si lo que se interesase por la acusación recurrente fuese que, partiendo de la concurrencia manifiesta de un engaño deducible objetivamente del relato fáctico, se pronunciase esta Sala sobre la suficiencia de dicho engaño para alcanzar relevancia típica.

Por el contrario, en el caso actual, el Tribunal sentenciador declara expresamente en la sentencia que *"no puede reputarse probado, fuera de toda duda razonable, que el acusado valiéndose de un engaño intencionado, penalmente relevante, se sirviera del mismo para lograr un enriquecimiento injusto, consiguiendo que el denunciante realizara un desplazamiento patrimonial en perjuicio propio"*.

En consecuencia, no se trata de revisar la corrección jurídica de un juicio de inferencia, sino de modificar una valoración probatoria del Tribunal sentenciador, obtenida del análisis conjunto de la prueba practicada, incluidas las manifestaciones exculpatorias del acusado que proporcionó una versión alternativa a la de la acusación que el Tribunal sentenciador ha considerado verosímil, por lo

que el recurso debe ser necesariamente desestimado, con imposición al recurrente de las costas del mismo». (F. J. 10º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración de Compañía aseguradora. Caso de lesiones dolosas causadas con vehículo como instrumento.

Recurso: Casación nº 2139/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1148/2011 de fecha 08/11/2011

«El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone, en el art. 1, que "1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...). 4. Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes".

El Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero), establece, en su art. 3, "1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común"; y, en el art. 3, que "4. Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal "; y, en el art. 9, "1. El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación, sin perjuicio de las exclusiones recogidas en el artículo siguiente" (que se refiere a los siguientes supuestos: a) muerte o lesiones del conductor del vehículo; b) daños sufridos por el vehículo, por las cosas transportadas y aquellas que sean propiedad de las personas que se citan; y, c) los daños a las personas y en los bienes causados por un vehículo robado).

En atención a las últimas reformas legales sobre la materia, se ha estimado procedente celebrar un nuevo pleno no jurisdiccional de esta Sala con objeto de precisar el alcance de las mismas en relación con los criterios adoptados en su día, en los plenos no jurisdiccionales anteriormente citados, como consecuencia de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil "sólo quedará excluida

excepcionalmente cuando se utilice un vehículo exclusivamente como instrumento del delito, a través de una acción totalmente extraña a la circulación " (v., por todas, las SS TS 179/1997, de 29 de mayo y 773/2004, de 23 de junio); por cuanto una aplicación estricta de los términos de esta doctrina podría ser contraria a la mencionada reforma legal.

(...) Y, en este sentido, el Pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: "No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor", con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera "una acción totalmente extraña a la circulación" como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala». (F. J. 3º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad del Estado: lesiones a funcionario en el interior de centro penitenciario. Art. 121 CP.

Recurso: Casación nº 10852/2010 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1338/2011 de fecha 12/12/2011

«El examen de los hechos permite comprobar que, en efecto, no se habla expresamente de la existencia de infracción alguna de normas de cualquier rango. Pero, en cambio, es patente que allí se da por cierto que dos reclusos pasaron de forma irregular e indebida del patio de la unidad de preventivos a su interior, eludiendo el arco detector de metales y, además, teniendo en su poder sendas cuchillas extraídas de las maquinillas de afeitar que se proporcionan en el establecimiento.

Pues bien, así las cosas, no cabe cuestionar que en la situación descrita se dio una situación gravemente irregular, integrada por una secuencia de tres acciones antirreglamentarias cometidas por cada uno de los dos acusados, que denotan, siquiera en términos objetivos, el incumplimiento o deficiente cumplimiento de otras tantas cautelas esenciales en materia de seguridad. Cabe que las circunstancias de precariedad en este punto, de las que los imputados se valieron para su propósito, no sean en rigor atribuibles a la responsabilidad concreta de algún funcionario, y que el fallo fuera más bien del sistema como tal. Pero lo cierto es que, por lo que fuere, las previsiones de referencia carecieron de traducción y eficacia práctica. Y, además, se da la circunstancia de que no existe base empírica para atribuir responsabilidad alguna al respecto al funcionario concretamente perjudicado que no consta tuviera a su cargo el control del acceso eludido y tampoco el cacheo de los implicados.

Esta sala, en diversas resoluciones (SSTS 316/1996 y 1041/2001) ha resuelto que la exigencia de que concurra alguna "infr[acción de] los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad" debe interpretarse con amplitud de criterio, abarcando toda violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, vinculada a una acción delictiva deparadora de un

daño para alguien. Bastando con que resulte acreditado que concurrió la infracción y que esta puede ponerse a cargo del titular de la entidad o de alguno de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por las dificultades de prueba no quepa mayor concreción. Y es que, efectivamente, así debe ser, ya que el precepto no mira a imputar en términos de autoría la infracción de “los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad”, sino que le basta con que se constate la realidad de la misma, así como que guarda una relación de implicación con el delito cometido en el establecimiento, del que se hubiera seguido el perjuicio. Todo, al único efecto de fijar la posible responsabilidad civil subsidiaria.

Y, en fin, lo expuesto permite concluir que en el caso a examen se dio un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte alguien —no importa quién ni de qué nivel— que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos de esta causa, en concreto perjuicio del funcionario recurrente. Así, el motivo tiene que estimarse, con la consecuente declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado». (F. J. 2º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de entidad eclesiástica. Art. 120.4 CPenal.

Recurso: Casación nº 765/2011

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1013/2011 de fecha 06/10/2011

«La Audiencia, también aquí con toda corrección, después de apuntar que ninguna de las acusaciones había concretado el precepto de apoyo de su pretensión, se decanta por el del art. 120,4 Cpenal, como el realmente ajustado a la circunstancias del caso. Luego, pone de manifiesto, con precisas referencias a resoluciones de esta sala, que lo exigido por esa norma, como presupuestos de su aplicación, es la existencia de una relación de dependencia duradera o coyuntural, gratuita u onerosa, jurídica o de hecho, en cuyo marco, el dependiente, en la realización normal o anormal de los deberes encomendados, hubiera cometido una acción delictiva. Y señala también que en la interpretación de estas reglas, se ha seguido una línea de progresiva objetivación, en el sentido de entender que quien obtiene un beneficio (no necesariamente empresarial en términos convencionales) deberá asumir de forma subsidiaria la responsabilidad económica que corresponda, cuando no lo haga el autor.

La recurrente objeta que el Código Penal se refiere a personas dedicadas a “industria o comercio”, que no fue el caso, por tratarse de una parroquia y, además, de una actividad carente de ánimo de lucro. También señala que, además, las acciones motivadoras de la condena estuvieron desconectadas de la actividad para la que su autor había sido contratado.

Para decidir el recurso hay que poner en relación los hechos declarados probados con el precepto aplicado, es decir, el del art. 120,4 Cpenal. Y solo puede hacerse en el sentido resuelto por la Audiencia, que es el mismo en el que, con particular rigor argumental, se pronuncia el Fiscal.

En efecto. De una parte, porque es de toda obviedad que en esta materia, que no es penal sino civil, rige un criterio interpretativo de sabida amplitud. Esto hace que los términos “industria o comercio” que constituyen el marco de referencias del género de actividades en los que la responsabilidad de que se trata sería exigible, puedan, mejor, deban entenderse en el también amplio sentido de su uso habitual, que en absoluto es el mercantil estricto y que abarca un número potencialmente ilimitado de formas de relación, que pudieran tener como contenido las más diversas finalidades. En el caso a examen, además, lo producido entre la parroquia y el acusado, fue una relación laboral, orientada a la prestación de un servicio a terceros, quienes lo concertaron con la primera mediante precio, con inobjetable derecho a recibirlo en términos adecuados de calidad. Seguramente, fiados también en la confianza que les ofrecía el perfil institucional de su contratante. Y se da la circunstancia de que, si es cierto que el acusado actuó fuera de su condición de cocinero de las colonias, también lo es que fue, justamente, tal calidad la que le permitió moverse, fuera de control, en el ámbito de los menores y acceder a sus habitaciones de la forma que consta. Algo impropio de su función y que su principal tendría que haber evitado.

Por tanto, no hay duda, se dan los presupuestos de hecho y normativos de la declaración de responsabilidad, en los propios términos que, según se ha dicho, y con gran corrección recogen tanto la sala de instancia como el Fiscal en su escrito. Y el motivo tiene que rechazarse». (F. J. 1º del R. de la parroquia)

ROBO CON VIOLENCIA. Violencia sobrevenida: calificación de los hechos como hurto.

Recurso: Casación nº 1212/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 271/2012 de fecha 09/04/2012

«La descripción de los hechos solo permite apreciar un supuesto de lo que se conoce como violencia sobrevenida, por cuanto no consta probado que los acusados agredieran a la víctima con el fin de apoderarse del ciclomotor. Todo su proyecto delictivo estaba planificado para llevarse el vehículo cuando no estuviera el dueño y sin que este se percatara de la sustracción. Y ese plan lo abandonaron cuando el propietario los sorprendió intentando perpetrar la conducta sustractora, pues aunque es cierto que lo golpearon, la agresión no estuvo ya orientada a consumir la sustracción sino a conseguir marcharse del lugar. De hecho, después de agredir a la víctima ya no hicieron ningún intento de proseguir con la acción depredadora.

La doctrina de esta Sala tiene reiteradamente establecido que para apreciar el delito de robo la violencia o intimidación sobrevenidas no deben ser posteriores ni desconectadas de la sustracción sino que han de formar parte del apoderamiento. De modo que la transmutación del hurto en una modalidad violenta de apoderamiento de lo ajeno se produce también cuando los autores utilizan o emplean medios intimidatorios o agresivos no sólo para consumir el despojo sino también para proteger su huida con el bien sustraído. El efecto intimidatorio puede actuar de manera eficaz y determinante sobre los sujetos pasivos del despojo o los

que acuden a proteger los bienes y a prestar ayuda a la víctima. Resulta factible la transmutación del hurto en robo siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el "iter criminis" del delito proyectado e iniciado y este no hubiera alcanzado la consumación (SSTS 1722/2001, de 2-10; 2530/2001, de 18-4; 1502/2003, de 14-11; y 367/2004, de 22-3, entre otras).

Sin embargo, en el supuesto que se juzga no cabe la transmutación de hurto en robo con violencia dado que cuando los acusados ejecutan los actos violentos ya no prosiguen con la intención de sustraer el ciclomotor, pues a continuación abandonan el lugar sin apoderarse del vehículo, señal inequívoca de que cuando su proyecto de ejecutar el hecho sin violencia ni intimidación se frustró con la presencia y la oposición de la víctima, desistieron de su acción depredadora. De modo que cuando se encaran con la víctima es a meros efectos de evitarla y escapar y no ya con ánimo de apoderamiento del bien, que es claramente abandonado en el lugar.

Así las cosas, es claro que el delito intentado ha de ser tipificado como un hurto y no como un robo con violencia, por lo que ha de aplicarse el tipo penal del art. 234, párrafo primero, en relación con los arts. 16.2 y 62 del C. Penal». (F. J. 2º)

SEGURIDAD VIAL. Delito de conducción con consciente desprecio a la vida de los demás. Conducta dolosa y no inconsciente.

Recurso: Casación nº 754/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1414/2011 de fecha 27/12/2011

«... en orden a la cuestión esencial que se debate en el presente motivo – conducta dolosa o inconsciente-, tienen declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 83/2001, de 24 de enero, que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, 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, como se declara en los hechos probados, el acusado asumió la alta posibilidad de que la conducción en sentido contrario, además de un grave riesgo para los usuarios de los vehículos que lo hacían correctamente, pudiera concretarse en un resultado lesivo para la vida e integridad física de los demás usuarios de la vía, como así sucedió, por lo que tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de homicidio y graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, rechazando el Tribunal de instancia, con razonables argumentos, que el ahora recurrente condujera bajo los efectos de una crisis epiléptica que determinara una conducción automática». (F. J. 1º)

SEGURIDAD VIAL. Pérdida de puntos (art. 384 CP): estimación del recurso de revisión (sentencia posterior en vía contencioso-administrativa).

Recurso: Casación nº 20532/2011

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 480/2012 de fecha 28/06/2012

«Pues bien, aunque la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo dictada el 27 de abril de 2011, que dejó sin efecto la resolución de la Jefatura de Tráfico de Asturias (de fecha 12-12-2008) que acordó la pérdida de vigencia por agotamiento de los puntos asignados al solicitante para poder conducir vehículos de motor, despliega sus efectos en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ello no quiere decir que carezca de toda repercusión en el ámbito penal. Pues si la privación del permiso de conducir del interesado se fundamentó en una sanción administrativa y esta a su vez era la base para que concurriera uno de los elementos objetivos del tipo del art. 384 del C. Penal, resulta obvio que la validez y eficacia de la resolución administrativa era condición imprescindible para que se aplicara la norma penal y se dictara en el proceso seguido contra el acusado una sentencia condenatoria.

Así las cosas, ha de entenderse que la nulidad de la sanción administrativa privativa del carnet de conducir sí tiene relevancia a los efectos de una posible revisión de la condena penal, dado que determinó la desaparición de uno de los pilares del tipo penal en que se sustentó la condena.

De otra parte, conviene advertir que lo que ahora se dilucida es la posible revisión de una condena por un delito contra la seguridad vial previsto en el art. 384 del C. Penal. Este precepto, en su párrafo primero, dice lo siguiente: *“El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a*

veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días".

Pues bien, la dicción de la norma no permite hablar de un delito de desobediencia sino de un delito contra la seguridad vial. Ello significa que el precepto castiga al conductor porque ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario según se habría constatado a través de las infracciones en que ha incurrido y debido a las cuales ha perdido los puntos asignados legalmente. El tipo penal tiene, pues, la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para el tráfico viario atribuibles a la conducta de quien, debido al número de sanciones, ha mostrado su peligrosidad para los bienes jurídicos que tutela la norma penal. Estos bienes son la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado, y como bienes indirecta o mediatamente tutelables la vida y la integridad física de los sujetos que pudieran resultar perjudicados por la conducción peligrosa.

No estamos, en consecuencia, ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino que el tipo penal del art. 384, párrafo primero, tutela bienes jurídicos personales a través de la protección de la seguridad del tráfico. Por lo cual, en el caso de que se constate que se anularon las sanciones administrativas que sirvieron de base para entender que el interesado era una persona que incurría en conducciones peligrosas, como es este caso, se pone en cuestión la aplicación de la norma penal al no constar acreditados los comportamientos peligrosos que fundamentaron el pronóstico de riesgo sobre el que se apoyó la aplicación del art. 384 del C. Penal.

Desde una perspectiva estrictamente penal, lo que realmente sucede es que el tipo aplicado contiene un elemento normativo objetivo, cual es la pérdida de la vigencia del carnet de conducir por el automovilista imputado, elemento imprescindible para aplicar la norma penal y dictar una condena en ese ámbito. Una vez que falta ese elemento por haber declarado la nulidad de la privación de carnet la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo, es claro que el tipo delictivo aplicado se ha quedado sin el soporte fáctico-normativo que permitía subsumir la conducta del automovilista en la norma penal y dictar la correspondiente condena. Y es que ya no hay base para estimar que hubiera sido menoscabado el bien jurídico penal que legitimaba la activación del ordenamiento punitivo.

A tenor de lo argumentado, es claro que procede estimar el recurso de revisión y declarar la nulidad de la sentencia dictada el 19 de marzo de 2009 por Juzgado de lo penal nº 4 de Oviedo, en el juicio rápido nº 19/2009, y confirmada después por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo (Rollo 91/2009), por la que se condenó a Juan Luis García Escudero como autor de un delito contra la seguridad vial». (F. J. 2º)

SENTENCIA. Cosa juzgada.

Recurso: Casación nº 1939/2011

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 608/2012 de fecha 20/06/2012

«Conviene «a priori» recordar que la cosa juzgada es consecuencia, efecto y causa, a un tiempo, del principio «non bis in idem», el cual, además de entenderse implícitamente incluido en el art. 25.1 CE, se halla proclamado de forma expresa en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «*nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país*», que forma parte de nuestro ordenamiento (art. 10.2 CE). Como expresaba la STS núm. 1040/2009, de 30 de octubre, citada por el Fiscal, para que opere la cosa juzgada siempre habrán de tenerse en cuenta los elementos identificadores de la misma en el proceso penal. Así, frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, los requisitos que validan la excepción de cosa juzgada en el orden penal son más limitados, bastando los dos primeros. Son, por tanto, sus elementos identificadores: A) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso, de modo que el objeto del proceso penal, integrado por el hecho histórico acotado en el «factum» de la resolución precedente, debe coincidir en lo esencial con el relato fáctico subsiguiente, sin que este presupuesto se vea afectado por la variación de elementos claramente accesorios o circunstanciales (STS de 22 de Enero de 2004); el hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente; y B) identidad de sujetos pasivos, es decir, de personas sentenciadas y acusadas, de modo que la persona imputada o acusada en la segunda causa ha de ser la misma que aquélla contra la que se dirigió la acusación en la primera causa, definitivamente resuelta por un pronunciamiento de condena o de absolución». (F. J. 1º)

SENTENCIA DE CONFORMIDAD. Doctrina. Presupuestos.

Recurso: Casación nº 10865/2011 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1328/2011 de fecha 12/12/2011

«Institución ésta que no es nueva en nuestro proceso penal, pues su regulación básica se recoge en los arts. 655 y 688 a 700 LECr., en el sumario ordinario siempre que la pena solicitada no exceda de 6 años (aun cuando los arts. 659 y 688 sigan empleando la expresión pena de "carácter correccional"). Y puede producirse en dos momentos: al evacuar la representación del procesado el traslado de la calificación (art. 655) si considerase no necesaria la continuación del juicio y el acusado se ratificase en ello; y en el juicio oral, una vez abierta la sesión en el acusado, o todos ellos en su caso de ser varios, se confiesan reos del delito imputado en el escrito de calificación y responsables civilmente en los términos interesados, siempre que el defensor no considere necesaria la prosecución del juicio, y a esta inicial normativa se han ido superponiendo otros preceptos que disciplinan la conformidad en modo no exactamente coincidente y que han ido introduciéndose necesariamente por leyes modificativas, como la LO 7/88 que recogía tres modalidades de conformidad: la regulada en el derogado art. 789-5-5 LECr., el llamado "reconocimiento de hechos", o "juicio inmediato", que no era una conformidad propiamente dicha en el sentido de evitar el juicio oral, sino una

conformidad del imputado con los hechos y con la inmediata remisión de las actuaciones a juicio, el denominado juicio inmediato ante el Juez de lo Penal; la prestada en la calificación provisional de la defensa, firmado también por el acusado, incluyendo la conformidad con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firman las partes acusadoras y el acusado junto con su letrado, en cualquier momento anterior a la celebración; conformidades recogidas en el derogado art. 791-3 y que se ha pasado con ligeras variantes a recogerse en el art. 784-3; y por último, la conformidad en el inicio del juicio oral que estaba prevista en el derogado art. 793-3 y que ha venido a recogerse en el art. 787, y supone que antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa con la conformidad del acusado presente podía pedir al juez o tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contempla pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto, que no podía referirse a hecho distinto, si contiene calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de 6 años de prisión el juez o tribunal "dictará sentencia de conformidad" con lo manifestado por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes en concreto en el n.2 "el juez o tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias", y en el n.4, redactado por Ley 13/2009 de 3-11 el juez o tribunal -en la regulación anterior era el Secretario-informara al acusado de las consecuencias de la conformidad y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad y cuando el Juez o tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio; o por leyes complementarias como la LO 5/95 del tribunal del Jurado que regula expresamente la conformidad en el art. 50, precepto que recoge una especial modalidad de conformidad que, a diferencia de las restantes, no evita el juicio, sino únicamente el veredicto del jurado una vez celebrado aquél. Es decir, la conformidad se produce en el momento de las conclusiones definitivas, por tanto, practicada ya ante el jurado toda la prueba del juicio, lo que implica la disolución del jurado por la existencia de conformidad y la redacción de la sentencia directamente por el Magistrado.

Ahora bien esta conformidad tardía no excluye la posible existencia de otros momentos anteriores y más lógicos, en lo que se pueda llegar a alcanzar dicho acuerdo. en este sentido, la doctrina, con criterios acogidos en la práctica, se ha preocupado de declarar aplicables a este tipo procesal los demás supuestos de conformidad por virtud de la supletoriedad proclamada en el art. 24.2 LOTJ y la práctica para el manifiesto que son más los supuestos de conformidad en momentos anteriores pues lo que se busca fundamentalmente es evitar el trámite riguroso de la constitución del Jurado.

Proceso que culmina, al menos de momento, con la ley 38/2002 y la LO 8/2002, ambas de 24-10, que introdujeron una nueva modalidad de conformidad para los juicios rápidos por delito - que a su vez ya ha sido objeto de una nueva modificación por la Disposición Inicial Primera LO 15/2003, de 25-11, con la nueva redacción de los arts. 801, 786-6 y y 795.1 y 2 LECr., -que ha supuesto una auténtica modificación por vía indirecta del CP, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir el art. 801 al rango de

ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de ley, en cuanto, además, confiere la competencia del Juez de instrucción de guardia.-». (F. J. 1º)

SENTENCIA DE CONFORMIDAD. Recurribilidad.

Recurso: Casación nº 1145/2011

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 200/2012 de fecha 23/03/2012

«...la doctrina de esta Sala, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (SSTS. 9.5.91, 19.7.96, 27.4.99, 17.11.2000. 6.11.2003), por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres SSTS. 2.1.2001 y 6.4.2001):

1) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario.

2) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla «pacta sunt servanda»; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

3) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior al límite del art. 787.1), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la «doble garantía» o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la *pena* impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993), que debe imperar como garantía constitucional que impide imponer

sanciones que se ajusten a las previsiones del hecho sancionado (STS. 754/2009 de 13.7).

Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la *penalidad* impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencias 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada (STS 27-4-1999, 6-3-2000)». (F. J. 1º)

TENENCIA DE EXPLOSIVOS. Relación con el delito de daños en grado de tentativa.

Recurso: Casación nº 11478/2011 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 304/2012 de fecha 24/04/2012

«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.

Argumentos los anteriores que, por otra parte, dice la STS 866/2011, de 21-7, excluye de estos planteamientos de la Sala la pretensión de vincularlos con ciertos pronunciamientos de la doctrina constitucional (vid. STC 68/2010, de 18.10), cuya lectura apresurada pudiera hacer creer contradictorios con aquellos si no se advierte que el TC lo que en realidad está rechazando en criterio plenamente compartido por nosotros, es que se otorgue el carácter de “medio probatorio”, o más aún, de verdadera “prueba de confesión” o “de cargo”, a la declaración prestada ante la Policía, y no la posibilidad de que las manifestaciones hechas en sede policial, como cualquier circunstancia de la realidad, sean susceptibles de ser acreditadas en su verdadera existencia como un hecho valorable, a semejanza, por ejemplo, de los derechos vertidos espontáneamente por una persona en una conversación con otras, reconociéndose autor de una determinada conducta. (F. J. 1º)

Siendo así la relación entre el delito de tenencia de explosivos y el delito de daños en grado de tentativa, no puede explicarse, siempre y en todo caso, a partir del principio de especialidad o como un fenómeno de progresión delictiva. Esta solución conduciría a la paradójica consecuencia de privilegiar al delincuente que no

se limitara a la tenencia de los explosivos sino que, además, los utilizara con un fin destructivo. Más aún en este caso en que no llegaron explotar. El desvalor de la conducta descrita en el art. 266.1 CP no agota el riesgo inherente a la previa tenencia de explosivos, sancionada en el art. 568 CP. Además, no toda relación entre el delito de riesgo y el delito de daños ha de ser resuelta conforme a un criterio de progresión delictiva en la que el delito de resultado – aquí no producido ni consumado- desplaza la aplicación del delito de riesgo – de hecho, nuestro sistema penal no olvida en algunos supuestos la fijación de una específica regla concursal que impide ese contraproducente efecto (ver art. 382 CP).

Pese a todo se destacan en la jurisprudencia casos en que la tenencia del art. 568 no llegará a adquirir autonomía típica, siendo consumado por el delito de resultado. Así serían los supuestos en que la detención de explosivos era inmediatamente anterior a su utilización para provocar el efecto de la destrucción, casos en que el riesgo derivado de la posesión solo adquiriera un significado efímero, fugaz y por tanto absorbido por la finalidad principal del destrozo – situación que no sería la examinada en la que el propio acusado elaboró el artefacto explosivo-; y aquellos otros en que partiendo de que el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto y consumación anticipada, porque no exige la deflagración del artefacto, bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podría dar lugar a un delito de estragos, art. 346 CP) o de incendios, art. 351 CP. En estos casos la posesión de una sustancia o aparato explosivo que luego se utiliza totalmente, produciéndose la correspondiente explosión y los consiguientes daños. Entonces el delito consumado de estragos, o incendio, aparece como una progresión en la acción criminal iniciada por la tenencia de explosivos y vendría, de este modo a constituir la última fase en la progresión delictiva. En tal caso – dice la STS 144/2011, de 5.4 – la tenencia de explosivos quedará absorbida en el delito de resultado – estragos o incendio – consumado. Pero en el caso de que el artefacto no llegue a explotar no puede decirse que estemos ante un supuesto de duplicidad en la valoración de una misma conducta o cuando menos de constatación de una zona común en la que los comportamientos delictivos satisfacen ambas hipótesis típicas, conflicto normativo a resolver por las reglas del art. 8 CP; en concreto la 1ª como pretende el motivo. La porción de injusto abarcada por el delito de daños en grado de tentativa no es coincidente con el del delito de tenencia de explosivos y no puede entenderse que la total significación antijurídica de la conducta del recurrente quede cubierta mediante la explicación de la norma del art. 266.1 en grado de tentativa, no siendo posible optar por este precepto como especial como fórmula jurídica para la solución de lo que no es un verdadero conflicto normativo». (F. J. 2º)

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Armas prohibidas. Depósito de armas. Concurso de leyes.

Recurso: Casación nº 1251/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 362/2012 de fecha 18/05/2012

«...considera el Tribunal Constitucional que, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que

cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio).

Considera el Tribunal Constitucional que a través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal y solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución (STC 24/2004, de 24 de febrero). (F. J. 4º)

En efecto, en primer lugar es indiscutible la condición de armas de los efectos prohibidos ocupados, un arma de fuego simulada bajo la apariencia de un bolígrafo, una pistola marca Llama calibre 22 que tras haber sido inutilizada había sido mecánicamente rehabilitada y otra pistola calibre 32 sustancialmente modificada, pues todos estos efectos son, manifiestamente, "instrumentos destinados a ofender o a defenderse".

En segundo lugar, su tenencia está prohibida directamente en el Reglamento de armas al que la Ley se remite (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero) pues la pistola oculta en un bolígrafo está prohibida en el artículo 4 e) del Reglamento que prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto. Y las pistolas sustancialmente modificadas están prohibidas en la propia norma penal, art 563 CP, inciso segundo.

En tercer lugar, son armas que poseen una especial potencialidad lesiva, que no puede discutirse en armas de fuego con un funcionamiento mecánico y operativo correcto.

Y, por último, su tenencia se produce en condiciones o circunstancias que las convierten, en el caso concreto, en especialmente peligrosas para la seguridad ciudadana, pues no solo funcionaban correctamente sino que el acusado disponía de abundante munición para su uso, varios miles de cartuchos.

El hecho de que el mismo acusado estuviese en posesión de numerosas armas, de muy diversas clases, que él mismo restauraba y rehabilitaba cuando habían sido inutilizadas por las autoridades competentes, poseyendo además de todo ello otros dos revólveres inutilizados, que también podían ser eventualmente

rehabilitados en su taller mecánico, y el abundantísimo arsenal de municiones del que disponía, incluidos cartuchos que proyectaban sustancia estupefacientes, tóxicas o corrosivas, pone de relieve la acentuada peligrosidad de la conducta enjuiciada para la seguridad ciudadana.

Procede, en consecuencia, desestimar esta primera alegación de infracción de ley referida al delito de tenencia de armas prohibidas. (F. J. 5º)

Por lo que se refiere a la segunda alegación relativa a que el subfusil Sten no debe ser calificado de arma de guerra pues, aunque funciona correctamente, es un arma antigua y su cañón de ánima lisa reduce su eficiencia, su desestimación también se impone, pues el artículo 6º del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, considera armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares las armas de fuego automáticas, y el Subfusil STEN MKII es un arma automática, que aunque había sido restaurada artesanalmente, se encontraba en buen estado de conservación y perfectamente capacitado para el disparo, tanto con el dispositivo tiro a tiro, como en el sistema automático, o ametrallador, siendo correcto su funcionamiento mecánico y operativo.

En consecuencia, no es penalmente relevante que se trate de un arma con una cierta antigüedad (era el subfusil utilizado por las fuerzas británicas durante la II Guerra Mundial y en la Guerra de Corea), porque pericialmente se ha acreditado que funcionaba bien y tenía disponible su función ametralladora, lo que lo configura en todo caso como un arma de guerra a efectos penales, sin que su efectividad estuviese anulada por el hecho de haberse rehabilitado con un cañón de ánima lisa, lo que únicamente limita su potencia y alcance, pero no su acentuada peligrosidad a corta distancia, que es como se suelen utilizar estas armas en la comisión de hechos criminales.

Procede, en consecuencia, desestimar también la alegación de infracción de ley referida al delito de depósito de armas de guerra de los arts. 566 1º y 567 1º del Código Penal, en los términos formulados por la parte recurrente. (F. J. 6º)

En el caso actual la sentencia impugnada ha aplicado incorrectamente los arts. 563 y 566 del Código Penal en perjuicio del condenado al condenar acumuladamente por dos delitos diferentes, cuando el delito de depósito de armas debe absorber los delitos de tenencia de las armas individuales, reglamentadas o prohibidas, que se integran en el depósito.

Como señala la reciente sentencia de esta misma Sala núm. 947/2011, de 21 de septiembre, *“El delito de tenencia ilícita de armas y el de tenencia de armas de guerra son infracciones de peligro abstracto, que no requieren para su consumación más que la disponibilidad sobre el arma o armas de que se trate. La regulación legal no contempla expresamente una agravación de la pena en función del número de armas que se posean, salvo cuando se trata de armas reglamentadas en las que la posesión de un número mayor de cinco constituye ya no tenencia sino depósito, como figura de mayor gravedad. La posesión de cuatro armas reglamentadas no constituye, pues, más que un solo delito. Cuando se trata de depósito de armas de guerra, la ley parte de que la tenencia (fabricación o*

comercialización) de una sola arma ("de cualquiera de ellas") ya constituye el delito, sin que la posesión de dos o más armas suponga una agravación de la conducta que dé lugar a una nueva infracción, sino, en todo caso, a una individualización de la pena que la sitúe en una extensión superior. Es claro, pues, que si la tenencia de dos armas de guerra no supone la existencia de dos delitos de depósito, sino de uno solo, quedando absorbida la tenencia de la segunda en la de la primera, lo mismo debe ocurrir cuando la segunda arma poseída no es un arma de guerra.

La cuestión ya se planteó en alguna otra ocasión ante esta Sala que entendió que "...el depósito de armas de guerra no es una acción independiente de la tenencia de un arma que no ostente dicha calificación. Por el contrario, la gravedad de la pena prevista para el depósito absorbe también el ilícito de menor gravedad de la tenencia simple de otras armas". (STS núm. 919/1996).

En consecuencia, habiéndose condenado al recurrente como autor de un delito de depósito de armas de guerra, del art 566 del Código Penal, la posesión adicional de otras armas no supone una nueva infracción, sino que queda absorbida en el referido delito». (F. J. 7º)

TENTATIVA. Distinción entre tentativa acabada e inacabada.

Recurso: Casación nº 252/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1070/2011 de fecha 13/10/2011

«Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

En el caso que nos ocupa, una vez afirmada la inequívoca voluntad de causar la muerte del adversario, la calificación de la tentativa como acabada o inacabada ha de hacerse depender, tanto de la práctica de todos o de parte de los actos que deberían producir el resultado como del grado de peligro inherente a la acción. Así se desprende del tenor literal de los arts. 16.1 y 62 del CP y de la jurisprudencia anotada *supra*, que interpreta ambos preceptos. Quien ejecuta dos disparos con una escopeta de caza sobre la víctima, alcanzándole uno de ellos y produciéndole –como afirma el hecho probado– lesiones en "...pierna, costado, antebrazo y mano izquierdos, hiriéndole de gravedad", ya ha practicado la totalidad

de los actos que deberían producir el resultado. Y, además, ya ha puesto en peligro de forma evidente el bien jurídico tutelado, en este caso, la vida de la víctima. La afirmación de la sentencia de instancia, contenida en el párrafo conclusivo que cierra el FJ 2, atribuyendo a la “*fortuna*” el hecho de que la víctima no falleciera, no avala una interpretación que degrade la suficiencia cuantitativa y cualitativa de los actos ya practicados desde la perspectiva de su potencial e incuestionable idoneidad para ocasionar la muerte. El peligro inherente a la ejecución de dos disparos con una escopeta de caza, por su propia configuración técnica, se deriva del hecho notorio de que provoca una expansión incontrolada de los perdigones, multiplicando la capacidad lesiva del impacto y, con ello, el peligro que es propio del intento.

Por cuanto antecede, procede la estimación de este submotivo, con la consiguiente rebaja de la pena sólo en un grado, en los términos que expresamos en nuestra segunda sentencia». (F. J. 5º)

TERRORISMO. Colaboración con organización terrorista: “Impuesto revolucionario”.

Recurso: Casación nº 1677/2011

Ponente: Sr. Del Moral García

Sentencia: nº 659/2012 de fecha 26/07/2012

«El delito de colaboración con organización terrorista quiere impedir que la actividad terrorista sea facilitada por terceros ajenos a la organización. Se castiga tanto el favorecimiento de alguna de sus actividades delictivas como el del propio funcionamiento de la organización. Ni siquiera se exige que la aportación prestada sea efectivamente aprovechada. Basta con que la ayuda -en su caso provisión de fondos- se ponga a disposición de la organización, aunque ésta no llegue a emplearla.

En cuanto al tipo subjetivo ha señalado este Tribunal que “*basta (...) la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito*” (STS 797/2005, de 21 de junio). Cabe incluso la ignorancia intencionada o deliberada: pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista.

No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del art. 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideológicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del art. 576. Como dice la

STS 797/2005, de 21 de junio *"no es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad"*.

En este marco ha de situarse el análisis jurídico penal de situaciones como la del mediador que interviene a petición de la propia víctima o familiares para pagar un rescate por un secuestro u otra exigencia económica; o, en otro plano, la del extorsionado que accede al pago del impuesto revolucionario

El primer supuesto ha accedido en algunas ocasiones a la jurisprudencia (vid. STS de 27 de junio de 1994). La doctrina se debate entre la atipicidad (por ausencia de un hipotético y de dudosa exigibilidad elemento subjetivo específico de colaborar con la organización) o la justificación a través del estado de necesidad (que no alcanzaría a quien media en nombre de la organización por falta del elemento subjetivo de justificación). Quien interviene siguiendo las instrucciones de la organización terrorista será autor del delito del art. 576. En algunos casos podría plantearse su responsabilidad por cooperación en el delito de secuestro.

La eventual responsabilidad derivada del abono del mal llamado "impuesto revolucionario" no ha sido objeto de tratamiento por esta Sala, lo que de por sí resulta un dato singularmente significativo a la vista de la amplitud y dilatada trayectoria de ese fenómeno de extorsión mafiosa llevado a cabo por la banda terrorista ETA. En el presente procedimiento se han detectado e investigado una pluralidad de supuestos de extorsión, algunos "exitosos". El Fiscal recondujo la imputación para una buena parte de las personas implicadas respecto de las que existían indicios de haber accedido al pago de las cantidades reclamadas bajo amenazas, a la tipicidad del art. 450.2 del Código Penal (omisión del deber de denunciar determinados delitos: el incumplimiento del genérico deber de denunciar que alcanza a todos los ciudadanos según nuestra legislación procesal adquiere rango delictivo en algunos casos específicos). Esa eventual tipificación no es totalmente descartable en algún supuesto aunque presenta dificultades derivadas de la relación de causalidad entre la denuncia y el impedimento del delito no denunciado que parece exigirse. En el sumario que ha desembocado en esta causa la prescripción de esas conductas que según el Fiscal podrían tener encaje en el art. 450.2 determinó el sobreseimiento para muchas de las personas que habían sido objeto de investigación por eventuales pagos a raíz de extorsiones de ETA. En el asunto que ahora se ventila tal tipicidad (art. 450.2), que se esgrimió frente a algunos, ha de ser orillada. La acusación versó en exclusiva por el delito del art. 576.

Las razones aducidas por la Acusación Pública para ese diferente tratamiento de situaciones objetivamente iguales en su esencia -presunta cesión a las pretensiones extorsionadoras de una banda terrorista- se relacionaban con ese supuesto elemento subjetivo que, según un sector doctrinal, reclamaría el tipo: la predominante voluntad de colaborar con la organización. Frente a ello hay que remarcar que objetivamente la entrega de dinero a la organización terrorista supone favorecer a la banda. Es una ayuda económica. Como expresa la sentencia mayoritaria, con cita de jurisprudencia de esta Sala, el dolo exigible es el conocimiento y voluntad de la colaboración que se está prestando a la organización. Los móviles o fines últimos, en principio, son indiferentes e irrelevantes.

Lo que el ordenamiento jurídico, el Estado, y la sociedad (cuya voluntad mayoritaria, con todas las imperfecciones que se quiera, se manifiesta a través de las leyes), esperan del ciudadano que sufre una extorsión amenazadora por parte de la organización terrorista es que denuncie los hechos y se niegue a pagar; que se rebele frente a ese chantaje criminal. Esa conducta se adecua al óptimo nivel cívico y merece la mayor de las valoraciones ética, social y ciudadana. Es además la actuación que se ajusta a la legalidad.

Ahora bien, frente a ese comportamiento ejemplar, y en algún caso incluso heroico, no resulta soportable que quien no asume iguales patrones de conducta, por razones susceptibles de ser comprendidas aunque no respondan a lo esperado social y legalmente, se pliega a la extorsión realizando las aportaciones económicas exigidas temeroso de que se cumplan las amenazas en un contexto en que ha sido testigo cercano de la despiadada actuación de la banda chantajista, haya de ser sometido, sin consideración y al margen de mayores matizaciones o modulaciones, a la más intensa de las censuras que el Estado dispensa: el reproche penal. La casi total ausencia de precedentes de acusaciones (aunque se citan en algunos textos aisladas y lejanas en el tiempo sentencias absolutorias, desde luego no a nivel de casación), y el mismo hecho de que el mayor volumen de asuntos investigados en esta causa haya finalizado con una declaración de ausencia de responsabilidad penal (aunque de forma indirecta: prescripción referida a otra tipicidad) evidencian la exactitud de esa afirmación, que en todo caso no supone excluir que en determinados casos y contextos pueda ser correcto acudir al derecho penal. Cuestión distinta y discutida es aclarar el sustento desde la perspectiva jurídico-penal y el soporte dogmático que avalen esa praxis.

Se ha hablado de la ausencia de tipicidad por falta de un elemento subjetivo consistente en la voluntad de colaborar con los fines de la organización terrorista. Esa es una de las discrepancias con la sentencia mayoritaria que pone de relieve el voto particular y que se invoca en los recursos. Pero, como se ha insinuado antes, y en esto se coincide con la sentencia de instancia, el delito de colaboración con banda armada no exige un dolo específico en la terminología clásica. Es suficiente conocimiento y voluntad. Ni siquiera el móvil humanitario excluiría la tipicidad, aunque en determinadas ocasiones puedan entrar en juego causas de justificación, o exculpación o atenuantes.

El estado de necesidad como eximente reclama la comparación y ponderación de bienes. En un primer nivel encontramos de un lado, el sentimiento de tranquilidad y seguridad de la víctima (no su vida o la de sus familiares o daños en sus bienes: el impago no necesariamente ha de traducirse en el cumplimiento de la amenaza). Plegándose a la extorsión la víctima se coloca a sí, a las personas allegadas y a sus bienes al margen de los objetivos de la organización criminal. En contraposición a ese beneficio no cabría presentar bienes jurídicos individuales concretos (pues no puede presumirse que ese dinero vaya a destinarse específicamente a la realización de un acto terrorista), sino la misma subsistencia y pervivencia de la banda: la aportación económica contribuye en alguna medida al mantenimiento de la organización, proveyéndola de medios para cubrir sus necesidades económicas. De esa manera se prolonga el estado de intimidación colectiva que supone la presencia y actividad de una organización terrorista como la aquí contemplada. En un horizonte más lejano y por tanto difícilmente evaluable el

conflicto se presentaría no ya entre tranquilidad personal frente a contribución a la perpetuación de la banda criminal; sino entre la propia vida y la de terceras personas que pudieran ser futuras víctimas de esa organización. El estado de necesidad que aporta datos y vías interesantes para la valoración de la conducta de los mediadores en secuestros, sin embargo, en esta otra situación no ofrece soluciones claras y seguras. A lo más, si se superan algunos obstáculos, llevaría a un estado de necesidad subjetivo vinculado al principio de no exigibilidad y con un fundamento equivalente al del miedo insuperable, aunque tanto la doctrina como la más reciente jurisprudencia tienden a diferenciar más entre ambas causas de exoneración. El principio de vigencia que ha de orientar la interpretación de los textos legales, alienta a no convertir el miedo insuperable en un simple estado de necesidad supletorio y dotarle de un espacio e identidad propias no tan vinculados a los requisitos de la eximente del art. 20.5.

La eximente de miedo insuperable es la manejada por la Audiencia Nacional. Se la considera incompleta en la sentencia mayoritaria, al estimarse que el miedo podría haber sido vencido. Las recurrentes en sintonía con el voto particular entienden que habría de apreciarse la causa en su versión completa: como eximente y no mera atenuante cualificada (motivo quinto). No habría razones suficientes para considerar que podían haber vencido el miedo dibujado por el legislador de 1995 con matices menos objetivistas que en el texto punitivo anterior.

En una primera aproximación podría dejar un cierto poso de insatisfacción la solución de la eximente de miedo insuperable cuando se analiza la situación desde la óptica de quien se siente auténticamente amenazado. De una parte, porque con razones de peso y en absoluto despreciables, la sentencia mayoritaria matiza la insuperabilidad del miedo. En asuntos de otra naturaleza la eximente completa analizada es contemplada por la jurisprudencia de forma muy exigente y restrictiva, aunque se percibe una cierta evolución hacia posiciones más indulgentes en línea con esa subjetivización y soltando lastres interpretativos derivados de su camuflado emparentamiento con el estado de necesidad. Si se manejaran esos estándares más restrictivos, siempre podría hablarse de miedo en estos supuestos, pero no siempre de miedo insuperable.

Se ha dicho que sería un contrasentido considerar típica penalmente -otra cosa es su indiscutible ilicitud extrapenal- la conducta de la persona extorsionada por una organización terrorista, catalogándola paradójicamente como cooperación con la banda de la que es víctima, solapándose así la condición de sujeto pasivo del art. 575 con la de sujeto activo del art. 576. Por eso se han buscado soluciones más imaginativas en el peldaño de la tipicidad, con las consecuencias, también procesales, que ello comporta (mayor cobijo de la presunción de inocencia que no juega o, al menos en la actual visión jurisprudencial, no lo hace del mismo modo en materia de eximentes; exclusión en todo caso del procesamiento, que según las tesis clásicas no vendría impedido por la presencia de causas de inculpabilidad...).

Una línea en esa dirección discurre por la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Algún eco ha tenido en la jurisprudencia de esta Sala (STS de 27 de junio de 1994 ya citada), por más que luego no haya sido reiterada.

En argumentación con resultados menos restrictivos pero situada en la misma tipicidad, otros han querido detectar en los verbos nucleares del tipo ("cooperar"; "colaborar", diferentes del "proveer" del actual art. 576 bis.1) la exigencia de que la acción no venga coactivamente impuesta, que no sea "forzada". "Colaborar" (*cum-laborare*), según esa exégesis un tanto recreadora, sería incompatible con actuar por la fuerza, bajo una coacción seria constitutiva de delito.

Estas consideraciones, abiertas pero necesarias para enmarcar la cuestión, solo pretenden un acercamiento a los elementos del art. 576. Dibujan en trazos gruesos -no va a ser necesario perfilar más para resolver el recurso- el telón de fondo y nos sitúan en condiciones de descender ya a los motivos concretos articulados». (F. J. 2º)

TERRORISMO. Conceptuación del "dirigente".

Recurso: Casación nº 11773/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 351/2012 de fecha 07/05/2012

«Tras entrar en vigor los cambios introducidos en materia de terrorismo con la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, el Código Penal ha pasado a definir en su art. 571 aquellas conductas que con anterioridad se sancionaban por remisión a los arts. 515 y 516, delimitándose de este modo los conceptos de organización y grupo terrorista, así como de pertenencia a los mismos en sus distintos grados, en los siguientes términos: "1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce. 3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente*".

(...)

... para poder calificar una conducta como de «dirección», el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos de manera organizada y además con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Por ello, el tipo penal más grave del art. 516.1 -actual art. 571.1 CP- únicamente comprenderá a los máximos directivos de la asociación (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo, con cita de las SSTs núm. 2/2009, de 21 de enero, y 480/2009, de 22 de mayo). En esta última STS núm. 480/2009 también señalábamos que la locución «miembro activo»

(o su equivalente «integrante») debe entenderse en el sentido de sujeto que, dentro de la organización, ocupe una categoría intermedia, tal como ha defendido un sector doctrinal, de modo que, sin ser un mero afiliado y ocupando alguna posición de mando, no llegue, sin embargo, a tener una función de alta dirección o alto mando, sino un mando meramente intermedio que no llega, por tanto, a ocupar la cúpula de la organización. El tipo penal más grave comprenderá, pues, sólo a los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que ya preconizaban las SSTS núm. 633/2002, de 21 de mayo, ó 550/2007, de 19 de enero, limitando la condición de «directivo» o «promotor» para el sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo terrorista.

Desde el punto de vista formal, son innumerables los pronunciamientos de esta Sala (por todos, SSTS núm. 297/2009, de 20 de marzo; 952/2008, de 30 de diciembre; 924/2008, de 22 de diciembre; 841/2008, de 5 de diciembre: ó 503/2008, de 17 de julio) que establecen que el cauce casacional aquí utilizado no puede suponer otra cosa que la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia». (F. J. 6º)

TERRORISMO. Enaltecimiento.

Recurso: Casación nº 1638/2011

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 180/2012 de fecha 14/03/2012

«2. El tipo penal aplicado esta contenido en el art. 578 CP donde se castiga “el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts 571 a 577 de este Código, **o de quienes** hayan participado en su ejecución...”

(...)

Con la sentencia de instancia hay que coincidir en que “enaltecer, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar.

Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien.

Alabar es elogiar, celebrar con palabras.

Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar.

El que enaltece -sujeto activo del delito- otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen -autores y partícipes- la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.

“Justificar” es, también según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo.”

Y la propia resolución de instancia destaca que los elementos objetivos del tipo del art 578 CP exigen, por lo que concierne al caso que en el acto colectivo se llevara a cabo la loa de “Argala” con intervención del acusado, y, como antecedente, que esa loa estuviera vinculada a la conducta terrorista del ensalzado, para lo que ha de tenerse especialmente en cuenta a efectos de valoración de la prueba que *“en una concurrencia de personas gozan de tanta riqueza semiótica las palabras como los gestos”* (STS 20.06.2007 antes citada).

Además es preciso que el acto haya tenido cierta repercusión pública, pues el tipo penal exige, que el enaltecimiento se haga por cualquier medio de expresión pública o difusión.

Se explica igualmente que: ”a) De un lado, quedó patente por las imágenes vistas en el plenario que el acto es un homenaje a José Miguel B. O., “Argala”, pues es un acto que se celebra en su honor, con claras muestras de veneración y respeto hacia él con motivo del trigésimo aniversario de su fallecimiento.

Esta conclusión la extrae el tribunal de los siguientes hechos apreciados directamente en las imágenes:

1. En el escenario -elevado sobre el nivel del suelo para que fuese perfectamente visible-, sobre un caballete, hay una gran fotografía de Argala.

2. Durante el acto se tocan instrumentos tradicionales -txalaparta, txistu, etc.- y se recitan versos improvisados en su honor.

3. Se baila una “*ezpatadantza*” o baile de espadas, danza siempre ligada a la conmemoración o a la rendición de honores y, en nuestro caso, con esta última función pues, como claramente se aprecia en las imágenes, los bailarines saludan militarmente con las espadas a la fotografía que hay sobre el estrado

4. También bailan una *Ikurrin dantza* o baile de la bandera en la que se ondea la Ikurriña sobre la cabeza humillada de los danzantes, que están en postura genuflexa de frente al estrado (véase también la fotografía al folio 82).

5. Y, se depositan claveles rojos al pie de la fotografía como señal de respeto.

Todos estos gestos no pueden interpretarse sino como que el acto tenía por finalidad la loa de Argala.

Por último, que en él interviene el acusado como máximo protagonista es algo inconcluso y está admitido por él mismo tanto en fase de instrucción como en el plenario.

b) De otro lado, que la loa tenía por objeto la conducta terrorista del homenajeado queda patente por varios hechos, singularmente porque:

1. A José Miguel B. O., Argala, no se le conoce otra actividad que la terrorista.

Es un hecho notorio que fue dirigente de la banda y su gran influencia en la pervivencia del terrorismo etarra tras la instauración del Estado democrático.

2. Así quedó acreditado, además, por las declaraciones del testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 77.665 que ratificó los dos informes que constan en la causa sobre quién era Argala y su participación en la actividad de ETA y por los propios carteles que convocaban al acto y en los cuales aparece una leyenda con palabras de Argala en las que dice que *“La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar”* (por todos, folio 50 de autos).

3. Durante el acto se proyecta en una pantalla situada en el centro del escenario imágenes en las que se ve a varios encapuchados sentados tras una mesa con los símbolos y anagrama de ETA, así como imágenes de presos.

c) Finalmente, la aparición de la noticia en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, es prueba de la repercusión pública del acto, como afirma la tan citada STS de 20.06.2007.

Consecuentemente, dándose todos los elementos integrantes del tipo penal aplicado, este motivo también ha de ser desestimado». (F. J. 5º)

TERRORISMO. Estragos terroristas: doctrina.

Recurso: Casación nº 10173/2012 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 626/2012 de fecha 17/07/2012

«En el delito de estragos en la configuración actual proveniente de la LO 15/2003, lo significativo no es tanto la magnitud o la especial trascendencia de los daños causados, sino el peligro para la vida o la integridad de las personas, convertido en el eje central del tipo, que debe encontrarse insito en la acción (**“comportaren necesariamente”** especifica el precepto) lo que justifica su naturaleza como tipo mixto de resultado (daños materiales) y de peligro (de la vida

o integridad física) generado éste precisamente por la acción destructiva y de acuerdo con esa naturaleza, su colocación dentro de los delitos de riesgo catastrófico.

Respecto el art. 571 el precepto se remite expresamente a los arts. 346 y 351 castigando su comisión con pena de prisión de 15 a 20 años. La duda interpretativa que surge con tal remisión es la de si el art. 571 es también aplicable cuando no concurra peligro para la vida o la integridad física de las personas (vid.arts. 346.2 y 351, párrafo 2º).

En primer lugar porque tanto en la regulación de los estragos como en la de los incendios, califica en tales casos de inexistencia de peligro el hecho como simples daños y se remiten a su vez al art. 266 CP.

En segundo lugar porque el art. 571 no realiza distinción alguna y la pena en él prevista es lo suficientemente grave como para considerar que desvalora ya la creación del riesgo.

Y en tercer lugar porque el inciso final del art. 571 alude ya la posibilidad de que la creación del peligro se materialice en una lesión para la vida, salud e integridad física preceptuando el concurso real de delitos en estos casos. Parece, por tanto, presuponer que la conducta tipificada determina el riesgo en cuestión.

Por ello, los estragos vienen definidos por tres notas:

1º) La gravedad de los medios utilizados de extraordinaria gravedad y peligro (**“provocando explosivos o utilizando cualquier otro medios de similar potencia destructiva”**).

2º) La gran magnitud de las consecuencias destructivas provocadas en elementos que se consideran de especial significación (aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos..etc):

3º) Como consecuencia de todo ello **la necesaria causación de un riesgo para las personas**, lo que supone que los estragos de exclusivo daños patrimonial no son típicos por este precepto, como aclara expresamente el apartado 2º remitiendo a los daños del art. 266. Lo que justifica, por otra parte, el señalamiento de una pena tan elevada (prisión de 15 a 20 años).

El delito se viene interpretando como delito de peligro concreto pero no es necesario que el peligro amenace a personas concretas sino que basta el peligro para personas indeterminadas, dada la inclusión de este precepto penal en un título que se refiere a delitos contra la seguridad colectiva (STS 25-4-2000; 19-5-2003; 30-12-2004).

Se trata de un delito de resultado en que son posibles las formas imperfectas de ejecución como la tentativa, si no llega a alcanzarse la destrucción de la que deriva el peligro.

El dolo debe comprender tanto la causación de la destrucción como que con ella se produce un peligro para la vida o integridad física de las personas, bastando el dolo eventual.

Por ello la colocación y detonación en la vía pública de un artefacto explosivo, aunque el mismo fuese situado junto a la pared de un determinado edificio público, no sólo es un atentado seguro contra la institución que dicho edificio alberga, sino también una agresión indiscriminada, al menos con dolo eventual, contra una pluralidad de personas, conducta que integra el delito del art. 571 CP (STS 538/200, de 25-4)». (F. J. 1º)

TERRORISMO. Reforma operada por LO 5/2010

Recurso: Casación nº 11773/2011 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 351/2012 de fecha 07/05/2012

«1. El actual art. 571.1 CP -equivalente al art. 516.1º CP en su redacción anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio- eleva las penas para quienes asuman roles de promoción, constitución, organización o dirección de organizaciones o grupos terroristas, lo que, como ha quedado expresado con anterioridad, esta Sala de Casación ha venido relacionando con la asunción de responsabilidades efectivas y autónomas en la toma de decisiones en su seno, que orienten la actuación de la organización de manera programada hacia sus fines últimos de alteración del orden constitucional». (F. J. 10º)

TERRORISMO. Secuestro terrorista (art. 572 CP): límites.

Recurso: Casación nº 11164/2011 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1387/2011 de fecha 12/12/2011

«En la sentencia de esta Sala 2/2009, de 2 de enero, con ocasión de dirimir también la condena por un delito de secuestro terrorista (art. 572 del C. Penal), se afirma que para apreciar los tipos penales relativos al terrorismo han de concurrir tres notas:

a) Se trata de una conducta colectiva o plural de personas integradas en grupos o bandas armadas.

b) Como elemento subjetivo del injusto, que es el verdadero elemento diferenciador de otras actuaciones delictivas, debe ser patente el ánimo tendencial de alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional, sin que sea preciso ni que lo consigan ni tan siquiera que exista lesión a estos bienes, bastando el mero riesgo. Por la paz pública no debe entenderse el orden público en la calle, sino el ataque al ejercicio de los derechos de las personas, el respeto a su dignidad y a los derechos que son inviolables, así como el normal desenvolvimiento de las instituciones.

c) Como elemento objetivo se requiere la comisión de los concretos hechos delictivos que animados por esa finalidad citada quedan calificados como delitos de terrorismo, y que en el caso de autos se calificaron como secuestro terrorista.

Por lo tanto, se afirma en la referida sentencia, “el concepto de terrorismo en nuestra legislación no es ni puede ser omnicomprensivo. Por mucho que en los hechos probados se califique al grupo que ejecutó los hechos como de grupo terrorista, lo que se narra es un secuestro de personas para pedir un rescate. Nada se dice ni se sugiere que con ello se pretendiese atentar el orden político ni que se intentase alterar la paz pública entendido como normal ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de las instituciones, sino que lo pretendido era obtener un botín”.

En el caso ahora enjuiciado no consta que los dos acusados hayan intervenido en acciones reiteradas y sistemáticas encaminadas a generar el terror ni tampoco se ha probado que estuvieran integrados en una organización de esa índole. Y si bien es cierto que las familias de los marinos mercantes que trabajan en la zona se hallan lógicamente afectadas, alarmadas y atemorizadas por los actos de piratería que se perpetran con cierta asiduidad en la zona del Océano Índico en que se ejecutaron los hechos sometidos a juicio, ello no quiere decir que se haya subvertido el orden constitucional ni tampoco que se haya alterado la paz pública en un grado que permita hablar de una conducta terrorista en la intervención de los dos acusados en el acto de abordaje con fines meramente crematísticos o lucrativos.

Una interpretación tan amplia del concepto de terrorismo conllevaría la conversión de cualquier acto de piratería en un delito de terrorismo, aunque la conducta de los autores careciera de cualquier connotación o proyección política y tampoco tuviera el objetivo o las miras de alterar gravemente la paz social de un país ni atacar el normal desenvolvimiento de las instituciones». (F. J. 5º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Facultades del Tribunal de apelación respecto del contenido fáctico de la sentencia del Tribunal del Jurado.

Recurso: Casación nº 1445/2011

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia: nº 300/2012 de fecha 03/05/2012

«...el Tribunal de apelación solamente puede revisar por la vía de la infracción de ley aquellos juicios de inferencia que, en su vertiente jurídica, sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad. Cuando esta revisión pueda perjudicar al reo, ha de realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete exclusivamente al Jurado.

Y en cualquier caso el Tribunal de apelación no solo debe respetar la valoración probatoria del Jurado en lo que se refiere a los hechos declarados probados, en sentido estricto, sino que atendiendo a que dicho relato está muy condicionado en sus términos literales por la redacción de las proposiciones fácticas

que se proponen al Jurado como objeto del veredicto, el Tribunal de Apelación debe también respetar los elementos fácticos que se desprenden de la motivación que los jurados incluyen en cada uno de los hechos y en el caso de que esta motivación se realice por referencia al resultado de determinadas pruebas en el acto del juicio, la motivación complementaria que realice el Magistrado Presidente explicitando los resultados de dichas pruebas en el juicio que justifican el criterio del Jurado. Es decir que si el Jurado motiva un apartado del relato fáctico remitiéndose a la declaración de un testigo en el juicio oral, y el Magistrado Presidente complementa dicha motivación expresando que el criterio del jurado es lógica consecuencia de que efectivamente el referido testigo efectuó determinadas manifestaciones en el juicio que justifican la valoración probatoria del jurado, el Tribunal de apelación no puede prescindir de dichas manifestaciones testificales explicitadas por el Magistrado Presidente, y debe considerarlas como integradas en el propio relato fáctico». (F. J. 8º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Incomunicación de los Jurados.

Recurso: Casación nº 11882/2011 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 405/2012 de fecha 30/05/2012

«3. Sobre el lapso de cinco días que la Magistrada Presidenta del jurado se tomó para redactar el objeto del veredicto y las instrucciones, el Tribunal Superior da cumplida respuesta en el fundamento jurídico tercero de la sentencia combatida.

Es cierto que aun sin expresarlo la ley de forma concisa, el espacio temporal entre la terminación del juicio oral en sentido estricto y la deliberación debe ser lo más breve posible, en evitación de que los recuerdos retenidos en la memoria de los jurados acerca de la prueba vista y oída en juicio, no se debiliten o desvanezcan, pero en el caso de autos 5 días, entre los cuales se hallan dos inhábiles, constituye un tiempo prudencial.

Pero si la razón de la protesta es la contaminación o influencia que pueden recibir los jurados del exterior, la ley no establece la incomunicación, sino después que se ha formulado el objeto del veredicto, pues hasta entonces no se sabe a qué preguntas se va a responder.

El silencio de la ley de jurado (art. 55 y 56) sobre el lapso de tiempo entre la terminación del juicio y el comienzo de la deliberación, queda resuelto "a contrario" por la afirmación de que la incomunicación o deliberación a puerta cerrada se produce a partir del momento en que los jurados, ya en posesión del cuestionario u objeto del veredicto y de las instrucciones, se retiran a deliberar. Si nada se dice en referencia a momentos anteriores es que les está permitido a los jurados hacer vida normal sin ninguna clase de aislamiento o limitación (art. 56 LOTJ.)». (F. J. 2º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Posibilidad de acceso por el Jurado a las declaraciones en fase de instrucción.

Recurso: Casación nº 2014/2011
Ponente: Sr. Giménez García
Sentencia: nº 672/2012 de fecha 05/07/2012

«Justamente la denuncia casacional que se efectúa, lo es, paradójicamente, por haber dado cumplimiento el Magistrado-Presidente a las previsiones legales y en consecuencia haber acordado la incorporación al acta de los testimonios correspondientes a la declaración del inculpado en fase sumarial que --no se olvide--, ya fueron introducidos en el Plenario a través del interrogatorio llevado a cabo ante el Jurado.

Desde esta realidad, esta Sala de Casación ni puede en su condición de garante del control de legalidad, apreciar unos supuestos de ilegalidad que se atiene escrupulosamente a las previsiones de la Ley del Jurado, ni debe superar la contradicción apreciable entre las previsiones legales contenidas en el art. 46-5º apartado primero en relación con el art. 53-3º y el art. 46-5º apartado segundo mediante la inaplicación de toda la regulación legal correspondiente a la incorporación al acta de los testimonios cuando en definitiva, por ese conocimiento de las actuaciones sumariales no se produce *sic et simpliciter* la quiebra del principio de que *"nada llega juzgado al Plenario"* y por otro lado, el conocimiento de la diversidad de declaraciones ofrecidas en el sumario puede ser conocida por el Colegio de Jurados a través del interrogatorio contradictorio en el que, aún sin leer tales declaraciones, de acuerdo con el art. 46-5, aquellas quedan evidentes y documentadas en el acta, habiéndose aceptado por reiterada doctrina del T.C. y de esta Sala --SSTS de 17 de Marzo de 1993, 7 de Noviembre de 1997, 23 de Septiembre de 1998, 14 de Mayo de 1999, 14 de Enero de 2000, entre otras muchas--, la legalidad de tal prueba que no puede cuestionarse en relación al juicio por Jurados salvo que se acepte el riesgo de romper la unidad del sistema de justicia penal de suerte que las normas de admisión de las pruebas sean diferentes, según se esté ante un Tribunal de Jueces o un Colegio de Jurados. En tal sentido, STS 162/2006 de 15 de Febrero.

Debe recordarse al respecto, que ya la Memoria de la Fiscalía del T.S. del año 1883 advertía que *"...llevados a último extremo el sistema de conceder solo valor a las pruebas practicadas en juicio, las consecuencias serían funestas para la causa de la Justicia...."*.

Pues bien en el presente caso es claro de conformidad con la doctrina expuesta que no puede efectuarse ninguna censura o crítica ni mucho menos sostener que ha habido vulneración de las normas reguladoras del Tribunal del Jurado, por el hecho de que los jurados hayan tenido acceso a las declaraciones en sede judicial de testigos y/o inculpados en fase de instrucción. Es consolidada doctrina de esta Sala que es correcto tal proceder y en tal sentido se pueden citar las SSTS 204/1998; 649/2000; 1357/2002; 1576/2005; 334/2011, entre otras». (F. J. 7º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Veredicto: estructura y motivación.

Recurso: Casación nº 10938/2011 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1385/2011 de fecha 22/12/2011

«2.- Es reiterada la doctrina constitucional que vincula la exigencia de motivación de las resoluciones jurisdiccionales al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Al respecto basta citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/2004 del 20 de diciembre, que recoge la doctrina ya previamente proclamada diciendo: *la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1 d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).» (FJ 6).*

La especificidad de la motivación en las sentencias del Tribunal del Jurado, integrado por Magistrado Presidente y Jurado, deriva de la diversidad de funciones que a uno y otro confirió la ley reguladora, ejercitando la libertad de configuración que le atribuyó el artículo 125 de la Constitución al legislador. Esa especificidad, junto con la trascendencia que al respecto tiene el sentido condenatorio o absolutorio de la sentencia y la naturaleza -indiciaria o directa- de los medios de prueba considerados y, aún más, si cabe, la referencia a la función que cumple la exigencia de motivación, son los elementos a los que ha de estarse para concluir si en un caso concreto se ha dado o no el debido cumplimiento a la garantía constitucional que aquí se invoca.

Y adviértase que el defecto ha de venir revestido de las condiciones necesarias para que pueda considerarse que tiene relevancia constitucional. Solamente si es así cabe su planteamiento en casación. La mera infracción legal de lo dispuesto en el artículo 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no es denunciabile en casación. Así lo entiende el propio recurrente cuando invoca el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cauce a su pretensión.

3.- La indicada diversificación de funciones, reflejada en el contenido de los artículos 3 y 4 de la ley orgánica del Tribunal del Jurado, tiene una de sus más trascendentes consecuencias en la imposición al Magistrado Presidente de la obligación que describe el artículo 70.2 de la ley reguladora. Se trata, adviértase, de una obligación circunscrita al caso de sentencia de condena. Y cuyo entendimiento exige recordar, a su vez, la otra obligación del Magistrado Presidente regulada en el artículo 49 de la misma ley. Así como, finalmente, que el recurso de apelación

contra la sentencia del Tribunal del Jurado, cuando es condenatoria, no admite otro debate sobre la declaración de hechos probados que el relativo a si dicha declaración vulnera o no la garantía constitucional de presunción de inocencia. (artículo 846 bis c) apartado e) "...*porque atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta*").

El sistema legal implica pues las siguientes secuencias en el procedimiento:

1ª.- La no disolución del Jurado. Una vez concluida la práctica de la prueba y emitidos los informes por las partes, aunque ninguna de éstas lo solicite, el Magistrado Presidente debe valorar si de aquélla resultan elementos suficientes para que, si el Jurado declara probados los hechos que describirá el Magistrado Presidente en el objeto del veredicto, tal veredicto no vulnere la garantía constitucional de presunción de inocencia. Solamente en ese caso autorizará la continuación del procedimiento con intervención del Jurado.

Los *motivos* que llevan al Magistrado Presidente a esa conclusión no son expresados aún en tal momento.

2ª.- La conformación del objeto del veredicto incluirá aquellos hechos alegados por las partes cuya proclamación de probados tendría *base razonable*, siendo así compatibles con la presunción constitucional de inocencia.

3ª.- La estructura del apartado histórico del objeto del veredicto, en lo que concierne al hecho principal, varía según su afirmación sea tributaria de prueba directa o de prueba indiciaria, según matiza el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en su párrafo 1. a). En todo caso el hecho principal (cada uno de los hechos principales) deberá reunir *todos* los datos de hecho sin los cuales no podría tenerse por aplicable el tipo penal imputado y no debiera recoger *ningún* dato cuya exclusión sea intrascendente a tales efectos. No cabe equiparar cada uno de esos datos con el hecho que conforman en su conjunto. De ahí la irrelevancia de que alguno o algunos de aquéllos merezcan respuesta negativa, mientras los demás la merezcan positiva. Porque -de respetarse adecuadamente tal regla- bastará que uno de ellos sea rechazado para que deba entenderse por rechazado el hecho en su totalidad. Sin embargo, en el específico caso de que la afirmación de ese hecho sea fruto de la toma en consideración de la prueba indiciaria, será preceptivo hacer preceder la formulación del hecho principal de la de los hechos desde los cuales se infiera aquél. Esta previsión normativa es **funcional a la exigencia de motivación**, puesta al cuidado del Magistrado Presidente. Al conformar el objeto del veredicto está haciendo ineludible la exteriorización de un elemento básico de valoración probatoria allí donde el Tribunal Constitucional la había hecho más acuciantemente necesaria: en los casos de enervación de la presunción de inocencia mediante prueba indiciaria

4ª.- El Jurado puede declararlos no probados, no obstante ser también acorde con la garantía citada el veredicto que los declarara probados. Cualquiera que sea el sentido de su decisión deberá exponer *los elementos de convicción* a los que ha atendido haciendo sucinta explicación de las razones para declarar un hecho como probado o como no probado.

5ª.- En el caso de que, por declararse probados por el Jurado los hechos que lo justifican, la sentencia sea de condena, el Magistrado Presidente la redactará exponiendo *ahora* aquellos motivos, que, *antes*, fueron determinantes para que **su decisión** fuera la de no disolver el Jurado y someterle el objeto del veredicto.

No se trata pues de que el Magistrado justifique la decisión del Jurado declarando un hecho probado. Es la suya la que debe justificarse, porque, en cuanto que es la que decide que esa eventual condena respetaría la garantía de presunción de inocencia, es precisamente esa decisión, y solamente esa decisión, del Magistrado Presidente, en cuanto a la admisibilidad constitucional de la condena, la que es susceptible de someterse a control por vía de recurso de apelación fundado en el motivo del artículo 846 bis c) apartado e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello no obstante, la obligación del Jurado de indicar los elementos de juicio considerados ha de cumplirse porque solamente así podrá detectarse si el Jurado rechazó para formar su criterio aquellos medios probatorios que, en la valoración del Magistrado Presidente, avalaban el respeto a la garantía de presunción de inocencia. Y si los medios de prueba que diversamente asume el Jurado incurrir en ilicitud. O si, excluidos los medios de prueba avalados por la valoración del Magistrado, las demás razones que el Jurado expone revelan arbitrariedad. En todos esos casos procedería la devolución del acta al Jurado. Y el no hacerlo da lugar a un específico motivo de apelación: el previsto en el artículo 846 bis c) apartado a) párrafo segundo in fine. **Esa y no otra es la función que cumple la obligación de motivar el veredicto por el Jurado.**

6ª.- Pese a lo que se ha dicho en alguna ocasión, las sucintas razones son más exigibles al Jurado cuando el veredicto excluye declarar probados los hechos que el Magistrado entendía que podían ser afirmados de manera respetuosa con la presunción de inocencia». (F. J. 4º)

VIGILANCIA PENITENCIARIA. Casación para unificación de doctrina.

Recurso: Casación nº 20799/2011

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 308/2012 de fecha 27/04/2012

«El Fiscal ha formulado recurso de casación contra el auto de la Audiencia, al estimar que el criterio de decisión adoptado contradice el sostenido por diversos tribunales —Audiencia Provincial de Valladolid (auto de 11 de abril de 2008); Audiencia Provincial de Cádiz (auto de 6 de mayo de 2009); Audiencia de Palma de Mallorca (auto de 14 de junio de 2007)— que, en las resoluciones que cita, fallaron en apelación en casos y trámites de naturaleza similar, ateniéndose a lo que constaba en el expediente del interesado en el momento de dictarse el acuerdo administrativo que motivó el recurso ante el Juzgado de Vigilancia y, con posterioridad, el de apelación.

Razona el Fiscal que, a tenor de lo dispuesto en el art. 62 f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el tratamiento propio del régimen que regula se caracteriza por ser “continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena”. Y señala que la eficacia del mismo depende en buena parte de la rapidez de la respuesta a la situación personal del interno, dentro de los ritmos y pautas previstos en la regulación especial aplicable. De donde, a su juicio, se seguiría que en casos como el de este recurso, la revisión de la decisión administrativa cuestionada en vía judicial tendría que atenerse a las circunstancias propias del momento en que fue adoptada. (F. J. 2º)

Difícilmente podría discreparse de la primera afirmación del recurrente, sobre la necesidad de que los trámites de toda índole propios del tratamiento penitenciario se produzcan con la mayor celeridad, para que su curso burocrático se adapte con la máxima funcionalidad a su objeto y no sea una rémora para al cumplimiento del fin ideal-constitucional de la pena.

Pero puede ocurrir que no sea así. Y, en cualquier caso, no es inusual que en el curso de trámites jurisdiccionales como el que afecta al ahora implicado se produzcan circunstancias relevantes en la evolución del tratamiento, dignas de tenerse en cuenta a los efectos de la decisión.

Está fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.

Ahora bien, es asimismo evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto.

Por ello, en este marco, aun debiendo prevalecer por norma la lógica propia de la apelación convencional; no debe perderse de vista que el Juez de Vigilancia, como también la Audiencia Provincial juzgan sobre la regularidad formal del acto administrativo; pero, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es “haciendo ejecutar lo juzgado” (art. 117,3 CE). Algo que, excepcionalmente, puede reclamar la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución del interno, de las que no cupiera prescindir en el caso concreto, so pena de hacer inútil, por extemporánea o sin objeto, la decisión.

Naturalmente, para que esto se produzca, será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen.

Además, por razón de garantía de todos los derechos en presencia, ese examen tendrá que hacerse en el respeto del principio de contradicción, esto es, con audiencia de todas las partes implicadas. La propia Ley de E. Criminal, al tratar del recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal, en el procedimiento abreviado (art. 790.3) permite someter al órgano de la segunda instancia elementos de juicio que no pudieron ser tratados en la primera. Previendo un supuesto que guarda patente analogía con el que ha dado lugar a este recurso». (F. J.2º)