

SALA SEGUNDA

INDICE SISTEMÁTICO

Página

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. PROCESO PENAL.....	74
1.1. Principios procesales. Acusatorio. Contradicción.....	74
1.2. Autoría: Realización conjunta del hecho y la posición de «garante» en los delitos de «comisión por omisión»	75
1.3. Concursos delictivos: lesiones y atentado.....	77
1.4. Competencia. Delimitación entre la jurisdicción penal y contable.....	77
1.5. Prescripción: supuestos varios.....	79
1.6. Prueba. Presunción de inocencia: versiones contrapuestas. Entrada y Registro en ausencia del imputado detenido. Intervención de las comunicaciones: examen de la memoria del teléfono móvil sin autorización judicial. Datos en poder de la Administración Tributaria. Declaración del imputado ante la Policía. Silencio del acusado. Testifical. Prueba de ADN. Prueba ilícita. Prueba electrónica.....	82
1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Casación.....	93
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Motivación. Apreciación de la prueba por los jueces legos.....	96
2. JUICIO ORAL	98
2.1. Cuestiones prejudiciales. Enjuiciamiento por los mismos jueces que ordenaron incoar procedimiento abreviado	98
2.2. Sentencia. Motivación en supuestos varios: motivación incorrecta, sentencia absolutoria y sentencias de conformidad.....	99

2.3. Penalidad. Acumulación de condenas. Sustitución de pena de arresto. Expulsión de extranjero en situación ilegal, condenado.....	101
2.4. Responsabilidad civil. Doble condición: actor penal y demandado civil. Supuestos: en delito de prostitución y en el alzamiento de bienes. Subsidiaria: de Ayuntamiento y de representante	102

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. CUESTIONES GENERALES	103
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Mixta	103
1.2. Culpabilidad. Dolo. error	108
1.3. Principios. Principio de legalidad	110
2. AGRESIÓN SEXUAL	112
3. ALZAMIENTO DE BIENES.....	116
4. APROPIACIÓN INDEBIDA	117
5. BLANQUEO DE CAPITALS	118
6. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS	120
7. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	121
8. DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	122
9. DETENCIÓN ILEGAL	125
10. ESTAFA	126
11. FALSEDADES	130
12. HOMICIDIO IMPRUDENTE	133
13. LESIONES	134
14. PREVARICACIÓN	136
15. QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE AISLAMIENTO	136
16. ROBO CON VIOLENCIA	138
17. SALUD PÚBLICA	139
18. TERRORISMO.....	145
19. VIOLENCIA FAMILIAR	147

La Crónica de la jurisprudencia de la Sala Segunda, correspondiente al año judicial 2005-2006, incluye, además de la doctrina jurisprudencial más relevante, los Acuerdos no jurisdiccionales, de mayor interés jurídico.

Y comenzando por éstos, destacamos los dos acuerdos sobre la prueba de ADN, el relativo al domicilio para fijar la competencia del Juez en materia de violencia de género y el que decidió mantener el criterio sobre la prescripción penal, a pesar de la STC 63/2005.

Sobre la primera cuestión, el **Acuerdo de 3-10-2005**, respondió a la pregunta: ¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?. Y la respuesta fue: **«El Art. 778.3 LECrim, constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia»**. Y por su parte, el **Acuerdo de 1-01-2006**, estableció que: **«La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial»**.

En relación a la interpretación del Art. 15 bis de la LECrim introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Acuerdo de fecha 25-10-2006, decidió que **«El domicilio a que se refiere el Art. 15 bis LECrim es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos»**.

La elaboración de la Crónica de la Sala Segunda ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Eduardo de URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Juan SAAVEDRA RUIZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Y sobre que debe entenderse por «procedimiento que se dirija contra el culpable», a efectos de interrumpir el plazo de prescripción, el **Acuerdo de 25-4-2006**, decide «**Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005**».

Una vez consignadas dichas referencias, pasamos, seguidamente, a exponer, en apretada síntesis, los aspectos jurisprudenciales que estimamos más interesantes, de la *Crónica* del año judicial 2005-2006.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Como viene observándose estos últimos años, muchos de los motivos esgrimidos en los recursos de casación, se refieren a cuestiones procesales, que originan interesantes respuestas jurisdiccionales a las mismas, y de las que hemos seleccionado, las que exponemos a continuación, conforme al orden seguido otros años.

1.1. Principios procesales. Acusatorio. Contradicción

El análisis de los principios del proceso penal que sirve para fijar su alcance y consecuencias en los casos en que se estime infringidos, constituye un capítulo esencial en la jurisprudencia de la Sala.

En el presente año judicial, los **principios acusatorio y de contradicción** han sido objeto de diversos pronunciamientos.

Así, en cuanto al principio **acusatorio**, la **STS 30-9-2005 (Rc 9/05 P)**, trata la cuestión de la «mutación fáctica», decidiendo la anulación de una sentencia en la que se vulneró el mentado principio pues «*el establecimiento de los hechos constituye la clave de bóveda de todo el sistema acusatorio*», prohibiendo condenar por un hecho diferente al acusado ya que es necesario una identidad entre los hechos imputados y los sentenciados, pues «*los hechos asumidos por la calificación definitiva de la acusación (son) los que marcan los límites entre lo prohibido y lo permitido*». (FJ 3.º)

También sobre el principio acusatorio, se pronunció la **STS 5-12-2005 (Rc 1797/04)**, que recuerda la solución a adoptar cuando en las conclu-

siones definitivas de la acusación se operan cambios relevantes, lo cual, conforme se deduce del **art. 793.7 LECrim** concede al Juez o Tribunal, la facultad de *«conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes»*. (FJ 3.º)

Sobre el principio de **contradicción**, las **SSTS 23-3-2006 (Rc 102/05)** y **17-11-2005 (Rc 636/05 P)**, abordaron los dos siguientes aspectos:

Los elementos de juicio relevantes que se obtienen sin efectiva contradicción, carecen de valor probatorio, como sucedió en el caso de la primera sentencia en que los testimonios inculcatorios se obtuvieron ante una autoridad extranjera sin que la defensa pudiera estar presente.

Mientras, en la segunda resolución, se remarca el significado de dicho principio, estableciendo que como de forma coloquial se dice: *«de la discusión sale la luz»*, y que *«en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce a todo acusado “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”*. Y en términos equivalentes se pronuncia el *art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

(...) Así las cosas, puede decirse, es claro que el derecho de referencia sólo se satisface mediante el reconocimiento de la posibilidad real de interlocución directa del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Pero, como es razonable admitir que la observancia de esta regla se halla sujeta a imponderables, la generalidad de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, entienden que cuando la misma no pudiera ser cumplida en sus términos ideales, sería necesario, al menos, que la defensa del inculcado hubiese podido interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso de la causa». (FJ 2.º)

1.2. Autoría: Realización conjunta del hecho y la posición de «garante» en los delitos de «comisión por omisión»

En materia de autoría y participación, destacamos dos sentencias: una, en la que se aborda el supuesto de coautoría en el que no todos los

partícipes realizan los actos materiales integrantes del tipo, y otra, en la que extensamente se trata de la posición de «garante» en los delitos de «comisión por omisión» .

Respecto a la primera cuestión, la **STS 18-10-2005 (Rc 814/04 P)**, recuerda la doctrina de que *«a través del desarrollo del «pactum scaele-ris» y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coauto-ría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo»*.

En el caso, la narración de los hechos describe una acción conjunta, realizada con la finalidad de apoderarse de las joyas del atacado, que se inicia con una agresión, que ya por sí misma, podría haber causado la muerte, ejecutada de común acuerdo y de modo simultáneo por ambos acusados. Esta agresión finaliza trasladando a la víctima, aún viva, al maletero del vehículo, donde uno de ellos, en presencia del otro, le secciona el cuello, causándole la muerte, procediendo ambos a continuación a trasladar el cuerpo a otro lugar donde es abandonado, actuando después de modo conjunto los tres para aprovecharse de los objetos sustraídos.

Dados los hechos probados, ambos golpean fuertemente en la cabeza al agredido hasta que pierde el conocimiento; ambos lo trasladan al vehículo; uno de ellos le secciona el cuello en presencia del otro; y ambos trasladan el cuerpo con la finalidad de ocultarlo. Incluso ambos se disponen a aprovecharse de los objetos sustraídos con su anterior acción.

De lo que se acaba de exponer —concluye la sentencia— *«resulta que es indiferente cual de los dos acusados seccionó materialmente el cuello de la víctima, pues ambos son igualmente responsables de su muerte. El empleo directo del arma puede revelar una mayor perversión, e incluso ese dato podría permitir otro tipo de consideraciones en el momento de la individualización de la pena, pero ninguna de ellas modifica sustancialmente la responsabilidad básica por el hecho, del que ambos resultan autores desde el punto de vista penal»*. (FJ 5.º)

El segundo tema anunciado, es abordado en la **STS 25-1-2006 (Rc 2072/04)**, en el que se examinó la posible responsabilidad de un Abogado en unos negocios delictivos, que él no podía ignorar, en cuanto ostentaba la condición de letrado del grupo empresarial donde se gestaron tales hechos.

La sentencia, respecto a este asunto, tras recordar los deberes legales del abogado con sus clientes, dentro del contrato de arrendamiento de

servicios, y las referencias específicas que derivan del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, concluye en que *«el abogado que ante una trama urdida por terceras personas para perjudicar a su cliente apropiándose indebidamente de dinero perteneciente a este, omite intervenir y poner en conocimiento de aquél la situación provocada no comete apropiación indebida por omisión porque al omitir se limita a dejar seguir su curso a un peligro ya existente, es decir, a un peligro diverso cronológicamente y en origen con respecto a la omisión; el peligro desencadenó el autor natural con su propia conducta. (FJ 5.º)*

1.3. Concursos delictivos: lesiones y atentado

No escasean los casos en que los recurrentes, con motivo de un concurso delictivo concreto, alegan toda clase de cuestiones doctrinales en relación a dicha materia. Así, que el concurso ideal vulnera los principios «ne bis in idem» y de proporcionalidad.

Al respecto, la **STS 24-1-2005 (Rc 1558/04)**, tras afirmar que *«La circunstancia de que una acción sea adecuada a dos tipos penales comporta dos infracciones del derecho y la pena resultante no es por esa razón desproporcionada, dado que ni siquiera está determinada por el criterio acumulativo que es aplicable al concurso real»*, añade, en relación al supuesto que examina:

«Sin embargo, es de tener en cuenta que el tipo penal del delito de atentado requiere que el sujeto pasivo «se halle ejecutando las funciones de su cargo» o que el atentado tenga lugar «en ocasión de ellas». Ello significa que el autor debe haber dirigido la agresión contra el funcionario cuando esté ejerciendo un acto de autoridad propio de su función o cumpliendo con una función representativa de la autoridad de la que su cargo está investido. Sin embargo el acto no necesita haber sido ejecutado coincidiendo temporalmente con el ejercicio de la autoridad, sino que también será típica la agresión que objetivamente aparezca conectada con actos propios de la autoridad». (FJ 3.º.2)

1.4. Competencia. Delimitación entre la jurisdicción penal y contable

La **STS 22-2-2006 (Rc 186/04)** resuelve la supuesta contradicción alegada en el caso, entre las jurisdicciones penal y contable, afirmando

que «...no existe incompatibilidad alguna entre ambas jurisdicciones la penal y la contable, y por tanto para que los órganos encargados del enjuiciamiento de un presunto delito conozcan al tiempo que los órganos de la jurisdicción contable de esos mismos hechos; tratándose de dos jurisdicciones distintas pero compatibles, la penal y la contable, y expresándolo así el art. 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, cuando dice que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, y así mismo el art. 16 de dicha ley cuando dice que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de c) los hechos constitutivos de delito o falta. Por tanto la posible responsabilidad contable por acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad, y que pudieran haber menoscabado caudales o efectos públicos, no es de la que conocen los órganos de la jurisdicción penal entre los que nos encontramos».

Esta argumentación se encuentra corroborada por la doctrina de esta Sala a tenor de la cual: Según el art. 49.3 de la Ley 7/85, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas «Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 8.2 LO 2/82, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellas, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos».

Tras esta primera afirmación, aclara, no obstante, los límites de ambas jurisdicciones, en relación al delito de malversación de caudales públicos:

«No han de coincidir necesariamente las cifras del alcance y las que señale el fallo penal. El alcance es concepto mucho más amplio que el de malversación. Aquél incluye algunas partidas (recargos de apremio, premios de cobranza, etc.), que no se tienen en cuenta en la malversación. Por otra parte, no pueden restarse del importe de los caudales apropiados las fianzas que el recaudador haya podido reintegrar en el curso del procedimiento (S 180/98, de 10 de febrero).

La fijación del alcance que verifique el Tribunal de Cuentas sólo se refiere al ámbito competencial que le es propio (S 844/96, de 12 de noviembre)». (FJ 6.º)

1.5. Prescripción: supuestos varios

En cuanto a prescripción, el hecho más destacado del año judicial que examinamos, ha sido el criterio mantenido por la Sala, tras la STC 63/05. Además, se han dictado sentencias que han analizado otras cuestiones de indudable interés y trascendencia.

Así, sobre el **cómputo de los plazos**, la STS 14-11-2005 (Rc 2522/03), en un caso de IVA, estableció: *«Por lo que concierne el dies a quo, el art. 305.2 CP antes 349.2 CP73, establece que, si los periodos impositivos o de declaración son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural; y el art. 172 del reglamento sobre el IVA preceptuaba que el periodo de liquidación coincidiría con el trimestre natural y que las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada periodo de liquidación se presentarían durante los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año con referencia al trimestre inmediatamente anterior; y, antes, el art. 172.4.2 perpetuaba que la declaración-liquidación correspondiente al último periodo del año se habría de presentar durante los treinta primeros días naturales del mes de enero criterios mantenidos, en los substancial, por la actual normativa.*

El delito fiscal, en la faceta que nos ocupa, como infracción del deber de contribuir, se consuma en el momento que vence el plazo legal voluntario para realizar el pago —véanse sentencias del 03/01/2003 y 30/04/2003, TS—. Y el art. 132.1 CP, antes art. 114 CP73, señala como dies a quo aquél en que se haya cometido el delito. En consecuencia ha de tomarse el 20/01/1992 o el 30/01/1992 cual día inicial del cómputo prescriptivo. Sin que se encuentre fundamento para desligar el art. 305.2 CP, antes 349.2 CP73, de su art. 132.1». (FJ 8.º)

Sobre la aplicación de la prescripción en los supuestos de **continuidad delictiva**, la STS 22-9-2005 (Rc 142/05 P), recordando lo ya indicado en SSTS 96 y 71 de 2004, reitera su doctrina de que *«en los casos de continuidad delictiva, ya bajo la vigencia del art. 69 bis —aplicable al caso enjuiciado— como al art. 74 del vigente CPenal, hay que estar a la pena que la Ley imponga como máxima posibilidad, con independencia de la pena que se imponga en concreto, no padeciendo el principio de lex certa en la medida que tal pena exacerbada por la continuidad, satisface las exigencias de la certeza de la Ley, y además, resulta más respetuosa con el principio de proporcionalidad y gravedad de los*

delitos, pues no cabe duda de la mayor contumacia, gravedad y persistencia en el delito que ofrece la situación de quien durante un tiempo más o menos determinados comete idéntico hecho delictivo reiteradas veces, multiplicando sus efectos en las víctimas por aquella intensificación, que aquella otra situación que de forma episódica comete una aislada infracción delictiva». (FJ 2.º)

Pero como dijimos, tal vez lo más esperado del año en esta materia, ha sido conocer el **criterio de la Sala Segunda tras la sentencia del TC sobre el alcance de la expresión «cuando el procedimiento se dirige contra el culpable».**

Pues bien, el Tribunal Supremo en **S 24-3-2006 (Rc 1127/04)** sigue la doctrina que entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Doctrina sostenida en los últimos años y que aparece bastante consolidada (SS 3-febrero-95; 6-noviembre-95, 15-marzo-96; 11-febrero-97, 4 y 13-junio-97; 30-septiembre-97; 30-diciembre-97; 25-abril-98, 29-julio-98; 23-abril-99; 10 y 26-julio-99, 6.noviembre-2000, 30-octubre-2001, 4-febrero-2003 y 5-febrero-2003, etc.)

Y es que, considera nuestro más Alto Tribunal que en relación a la citada STC 63/2005 concurren circunstancias de todo orden, para que el art. 5-1.º LOPJ que obliga a la Sala, «no actúe implacablemente»:

«a) Se trata de un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno.

b) Es un precedente aislado, no dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional y con la concurrencia de votos particulares.

c) El recurso de amparo no se interpone ante una sentencia del T. Supremo, sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial.

d) El Tribunal Supremo sigue una sólida línea interpretativa, emanada de las competencias que le son propias conforme al art. 123

CE. No es a esta Sala, ni mucho menos, a la que corresponde delimitar el ámbito competencial del Tribunal Constitucional; muy al contrario, en materia constitucional, se limita a someterse a la doctrina general de ese Alto Tribunal, que la propia sentencia menciona y los votos particulares avalan, según la cual «la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional» (véase por todas STC 63 de 17 de enero de 2001) FJ 7.º).

Por último, traemos aquí también, la **STS 29-12-2005 (Rc 38/05 P)**, que analiza la prescripción en relación al **cambio del título delictivo** imputado al acusado.

Para una debida comprensión del caso, reproducimos los razonamientos que acompañan al criterio mantenido: *«Esta cuestión fue suscitada en la instancia y la Audiencia (fundamento de derecho primero) contesta a la misma invocando la doctrina del Tribunal Supremo en materia de prescripción, cuando se trata de diversas infracciones vinculadas entre sí, siendo el plazo aplicable el correspondiente a la más grave de las mismas. Efectivamente está consolidado el criterio según el cual persiguiéndose un hecho como posible delito, si después es calificado definitivamente como falta, no se aplicará el plazo de prescripción de éstas (seis meses) sino el correspondiente al delito de que se trate. La razón de ello es que debe atenderse a la calificación de los hechos en cada momento y si los mismos estaban catalogados como delito no le podía ser de aplicación el plazo prescriptivo de las faltas, lo que sólo sucederá cuando ésta sea la tipificación acogida. Así, la STS 1.444/03 contiene una detallada exposición de la doctrina de esta Sala con numerosos precedentes. Este es el criterio aplicado cuando la modificación de la calificación desciende de delito a falta. El caso enjuiciado es análogo pero no idéntico, puesto que tiene lugar una mutación de la calificación durante el procedimiento cambiándose el título delictivo más grave (asesinato), sostenido por las acusaciones, por otro más benigno (encubrimiento) acogido por la Audiencia. Naturalmente el recurrente sostiene que, puesto que esta última es en definitiva la calificación, en todo caso debe aplicarse el plazo de prescripción del encubrimiento y no del asesinato, por lo que el delito del art. 451 CP estaría ya prescrito. Sin embargo, este argumento, además de no ajustarse a la Jurisprudencia de esta Sala a la que nos acabamos de referir, no tiene en cuenta que mientras*

no concurre una calificación definitiva de los hechos, que es la acogida por el Tribunal que debe juzgarlos, es decir, mientras no existe una sentencia firme, se trata en realidad de calificaciones o catalogaciones de hechos con apariencia delictiva necesariamente sujetos a un juicio provisional de tipicidad, de forma que lo que se declara prescrito con anterioridad a la sentencia no es un delito o falta propiamente dicho sino un hecho con apariencia de delito o falta. Siendo ello así, sólo podrá tenerse en cuenta la calificación vigente en el momento en que vaya a aplicarse la prescripción, pues no existe otra que tenga mayor corrección, de forma que si es en la propia sentencia donde se califican los hechos como constitutivos de un delito de encubrimiento sólo a partir de este momento podrá entenderse aplicable el plazo de prescripción correspondiente a dicho delito, pues durante el procedimiento sólo puede considerarse como catalogación correcta en cada momento la del homicidio o el asesinato».

De todo lo cual se deduce la siguiente conclusión:

« Por lo tanto, hasta que no concurre una calificación definitiva no puede jugar el plazo de prescripción que le corresponda: no es propiamente una cuestión de seguridad jurídica (como también la Jurisprudencia ha apuntado en algunas ocasiones) sino de tipificación penal (juicio de tipicidad). Ello no sólo se manifiesta en este aspecto, sino en muchos otros: tipo de procedimiento, medidas cautelares personales o reales. Por otra parte, no es posible admitir la aplicación de la prescripción por el Instructor y mantener simultáneamente la tesis de la calificación definitiva en la esfera de investigación del delito. Por último, si ha habido alguien condenado por el delito de asesinato, como es el caso, también es aplicable la doctrina tradicional según la cual, abiertas actuaciones penales por el delito más grave, ello impide la prescripción de los restantes delitos enjuiciados en la misma causa». (FJ 8.º)

1.6. Prueba. Presunción de inocencia: versiones contrapuestas. Entrada y Registro en ausencia del imputado detenido. Intervención de las comunicaciones: examen de la memoria del teléfono móvil sin autorización judicial. Datos en poder de la Administración Tributaria. Declaración del imputado ante la Policía. Silencio del acusado. Testifical. Prueba de ADN. Prueba ilícita. Prueba electrónica

De nuevo, las sentencias que han examinado y resuelto cuestiones interesantes en materia de prueba, han sido muy numerosas. Seleccionamos

de entre ellas, algunas que por su novedad o por subrayar con claridad y brillantez, aspectos ya conocidos, merecen nuestra atención.

Así, sobre el principio de **presunción de inocencia** en relación a la existencia de **versiones contrapuestas**, la **STS 24-10-2005 (Rc 268/05 P)**, nos recuerda que en los casos, tan frecuentes, de versiones contradictorias el Juez debe graduar la credibilidad de los testimonios, una vez oídas las dos versiones y recurrir al principio *in dubio pro reo*, únicamente cuando el Juez no ha quedado convencido de la mayor veracidad de la versión inculpativa, debiendo exponer en su sentencia las razones la decisión que adopte.

En cuanto a la diligencia de **entrada y registro en ausencia del imputado detenido**, la **STS 15-3-2006 (Rc 1872/05)**, recuerda la doctrina de la Sala que exige su presencia. De ello, se sigue la irregularidad de la diligencia, cuando tal garantía no se cumple, e imposibilita tenerla como prueba de cargo, porque si bien no hubo vulneración de derechos fundamentales —existía una resolución judicial— sólo cabe introducir su resultado en el proceso, mediante otras pruebas distintas, como sucedió en el caso, en que el propio recurrente reconoció la existencia de dinero en el interior de su domicilio.

Por otro lado, la **STS 30-11-2005 (Rc 2135/04)**, examina la prueba de **intervención de las comunicaciones**, en un caso en que lo controvertido fue el **examen de la memoria del teléfono móvil sin autorización judicial**.

La respuesta, con invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional desarrollada en sus sentencias 70 y 120 de 2002, es que se trata de una diligencia que puede realizar la policía judicial «*cuando exista un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho*».

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se extiende, después, en precedentes de la misma, que han reconocido la legitimidad de la indagación en la memoria de un móvil, al equipararse la agenda electrónica con cualquier otra agenda.

Añadiendo, que «*en el caso de autos uno de los detenidos utilizaba un terminal de teléfono que fue examinado para comprobar la realización de llamadas y su recepción que pudieran aportar algún dato relevante ...Este examen se limita a lo que el teléfono permitía. No se trata*

de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de identificación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números».

«Cumplidos los requisitos de proporcionalidad, no discutidos por el recurrente, la actuación policial se encuentra amparada por los preceptos de la Ley procesal (art. 287 y correspondientes informados por el art. 126 de la Constitución), toda vez que la investigación lo era por un delito grave —narcotráfico— y era necesaria para indagar los culpables de la conducta investigada». (FJ1.º)

Otra sentencia interesante trató el tema de las facultades de la **Administración Tributaria** en materia de **disponibilidad de los datos que obtiene**, en función de sus competencias.

Y así, la **STS 13-12-2005 (Rc 2014/04)** explica la corrección del proceder de los agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, como miembros de la agencia tributaria, que al iniciar una investigación de datos fiscales y tributarios, y detectar una posible actuación delictiva en el acusado, ponen en conocimiento del Juez de Guardia los datos obtenidos, tal como preceptúa el art. 262 LECrim.

La resolución fundamenta la licitud de dicha actuación:

«... no olvidemos, de una parte que dichos Agentes por su incardinación funcional en el Ministerio de Hacienda, tienen acceso lícito a los datos de ese Departamento, sin conculcar la legislación tributaria, el art. 113 de la antigua Ley General Tributaria, en sus apartados 1 y 2 señalaba que los datos de la Administración Tributaria, no pueden ser cedidos o comunicados a terceros con la excepción prevista de la investigación de un delito público, y el art. 95.3 III de la actual LGT 58/2003 de 17.12, establece que “cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración Tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito”, y de otra, para ratificar la ausencia de vulneración alguna de principios constitucionales el art. 94 de la vigente Ley establece que la cesión de datos de carácter personal que debe efectuar la Administración Tributaria, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación de lo dispuesto en el art. 21.1 LO 15/99 de 13.12 de Protección de Datos de Carácter Personal». (FJ 2.º)

La **STS 30-9-2005 (Rc 9/2005 P)**, abordó con cierto detalle el valor probatorio de la **declaración autoincriminatoria del imputado ante la Policía**.

La sentencia, con apoyo en la STS 1127/2002, de 17 de junio, indica que las declaraciones policiales *«no fueron ratificadas ante el Juez de Instrucción, ni mantenidas en el juicio oral, pero sirvieron de línea de investigación. No puede olvidarse, en todo caso, que tales declaraciones fueron prestadas de forma voluntaria y libre, sin que exista dato objetivo alguno en contrario, y una vez que fue informado, a presencia de letrado, que no tenía obligación de declarar pudiendo hacerlo ante la autoridad judicial. Se trata, pues, de un testimonio emitido ante los agentes policiales, una vez informado por éstos que no tiene obligación de decir nada en su contra. Nuestra doctrina jurisprudencial relativiza estas manifestaciones cuando son posteriormente negadas, pero admite su refuerzo en la convicción judicial cuando se obtienen otros elementos probatorios que llevan al mismo resultado»*. Añadiendo la STS 349/2002, de 22 de febrero, que *“la declaración ante la policía lo fue con asistencia letrada sin que tampoco conste denuncia u observación al respecto del Letrado interviniente cuya presencia, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala núm. 1206/1999 de 8 de septiembre, no es la de un invitado de piedra sino la de un colaborador directo en la recta administración de justicia y por tanto en cuanto garante del cumplimiento de la legalidad en la diligencia en la que está presente, debe denunciar cualquier anomalía o atropello, y por tanto su silencio es expresivo del cumplimiento de la Ley”* ». (FJ 2.º)

Sobre el siempre equívoco sentido a atribuir al **silencio del acusado**, la **STS 31-10-2005 (Rc 1139/04 P)**, expresa la doctrina al respecto:

«...El ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio.

Si el acusado ha prestado declaración ante el Juez con todas las garantías, su negativa a declarar en el plenario no deja sin efecto esas declaraciones ni las convierte en inexistentes, pues fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y, como se ha dicho, rodeado de todas las garantías exigibles. Puede entenderse, sin embargo, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al art. 730 de la LECrim. Así lo entendió esta Sala entre otras en la STS n.º 590/2004, de 6 de mayo.

.... En el caso, ante la negativa del acusado a declarar, para poder valorar como prueba de cargo su declaración sumarial, habría sido preciso proceder a su lectura en el juicio oral, o en su defecto, introducir su contenido de una forma clara en el debate con la finalidad de permitir la contradicción efectiva sobre ese elemento probatorio. El Ministerio Fiscal interesó la lectura y fue denegada por el Tribunal, decisión que no podemos considerar acertada, pues en realidad no se trata de una prueba que debiera haber sido propuesta antes del juicio oral, sino de una reacción prevista por la ley para el caso de imposibilidad de practicar una prueba propuesta y admitida, imposibilidad ante la que solo es posible reaccionar cuando se presenta». (FJ 5.º)

Sobre la **prueba testifical**, seleccionamos dos sentencias que se refieren a un mismo tema: las consecuencias para el juicio oral de la declaración en fase instructora.

En el primer caso, la **STS 4-10-2005 (Rc 581/04)** pasa revista a la doctrina en materia de **testifical preconstituida**, y a la necesidad de que la testifical en fase de instrucción se realice cumpliendo las formalidades legales:

«..., como ya señala la STC 41/1991, de 25/2, fundamento jurídico segundo, la doctrina de la práctica en el acto del juicio oral de los actos de prueba se ha modulado en la medida en que puede suceder, por varios motivos, que los testigos que han depuesto en forma en el Sumario no puedan comparecer en el acto de la vista, extrayendo como consecuencia que “si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lec-

tura o reproducción de lo sumarialmente actuado”, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 730 LECrim (también art. 4.5 LO 19/1994, de 23/12, de Protección a testigos y peritos en causas criminales), vía que permite al Tribunal ex art. 726 LECrim tomar en consideración dichas declaraciones documentadas, siendo condición necesaria para ello que en el Plenario se proceda a la lectura concreta y particular de las declaraciones sumariales, no siendo suficiente el formalismo consistente en tenerlas «por reproducidas», pues dicha lectura expresa constituye el complemento necesario de su regular introducción en el debate, cumpliéndose de esta forma los principios mencionados, especialmente, el de contradicción.

El fundamento de la admisión como prueba de cargo válida de la preconstituída en las condiciones señaladas anteriormente lo describe la sentencia citada del Tribunal Constitucional, que cita igualmente sus resoluciones anteriores, SSTC 107/1985, 182/1989 y 154/1990, afirmando que no admitiéndose “supondría hacer depender el ejercicio del “ius puniendi” del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (amenaza a los testigos), pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente”, añadiendo que “un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías”.

Como ha expuesto la Jurisprudencia (STS 1699/00), el art. 730 LECrim es aplicable, desde luego excepcionalmente, en los casos de fallecimiento del testigo o cuando se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible su comparecencia, o sea imposible su localización por desconocer su paradero (SSTS de 25/09/95, 18/02/97 o 16/02/98). La declaración sumarial de los testigos ante el Juez de Instrucción debe realizarse también concurriendo las formalidades legales aplicables al caso». (FJ 1.º)

Y la STS 27-10-2005 (Rc 133/05 P) trata la frecuentísima cuestión del **testigo** que declara en un sentido en la fase instructora y **que se retracta en el plenario**.

Los requisitos que se exigen para conceder más credibilidad a la prestada en instrucción, pasan por: *«En primer lugar (por) su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por*

otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa del coacusado que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante». (FJ 2.º)

Sobre la **prueba de ADN**, que motivó los Acuerdos no Jurisdiccionales referidos al inicio de esta *Crónica*, cabe citar las **SSTS 14-10-2005 (Rc 739/05 P)** y **31-10-2005 (Rc 1277/04)**.

En la primera se admite la obtención de muestras corporales realizada de forma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, como son los restos de saliva escupidos, señalándose que el único problema en estos casos es la prueba de que pertenezcan al acusado (cuando niegue o no se identifiquen).

Y en la segunda, se indica que *«Nuestra jurisprudencia ha establecido que la prueba obtenida con el consentimiento de una persona que no está detenida y que, de esa manera, admite que se le practique una prueba corporal que puede determinar su inculpativa, no pierde su aptitud de ser valorada por el hecho de que no haya contado con un Defensor (Resolución del Pleno de la Sala de 5.2.1999). En esta resolución se ha señalado como básico el libre consentimiento de la persona sospechada. Como es obvio, la prueba de este consentimiento corresponde a la Acusación».* (FJ 2.º.1)

Seguidamente, exponemos dos muestras del presente año judicial sobre **prueba ilícita**, en relación con la temática de la **conexión de anti-juridicidad**.

La primera resolución, es la **STS 16-11-2005 (Rc 1708/04)** que se refiere a las posibilidades de contaminación de las pruebas que siguen a una primera obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y lo hace recordando la doctrina emanada de la STC 8/2000, de la que obtiene estas concreciones:

«1.^a No cabe rehabilitar o subsanar una prueba declarada nula por vulneración de un derecho fundamental de orden sustantivo por medio de otras pruebas que tienen su fuente u origen en aquella primera actuación anulada. Así, no cabe tener como acreditada la tenencia de la droga que fue hallada en un registro domiciliario considerado nulo por infracción del art. 18.2 CE, por medio de la prueba documental consistente en el acta de ese registro domiciliario, ni por la testifical de los funcionarios que intervinieron en ese registro, ni por la testifical de otros particulares asistentes a la misma diligencia (fundamento de derecho 3.º), pues todas estas pruebas derivadas (documental y testificales) tienen como fuente el hecho mismo del registro declarado nulo. El funcionario judicial que da fe de lo ocurrido y hallado en esa diligencia cuya acta levanta, así como esos testigos, han conocido aquello que se documenta, o aquello sobre lo que se declara, en la práctica de esa actuación reputada nula, no en otro acto diferente.

2.^a No ocurre esto con la declaración del propio acusado que reconoce ser el propietario de la droga, por ejemplo, o del coimputado que atribuye la propiedad a aquel otro, también acusado, que luego resulta condenado por esta prueba, porque las fuentes del conocimiento de ese hecho de la tenencia de la sustancia estupefaciente es ajena a la diligencia de registro donde fue hallada y que se declaró nula. Entiende el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia (8/2000, al final del fundamento de derecho 3.º) que estas declaraciones de los acusados han de considerarse jurídicamente independientes de aquella otra actuación declarada nula —el registro domiciliario donde la droga se encontró—, porque al realizar sus manifestaciones en calidad de tal acusado había sido informado de sus derechos —derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable— y se encontraba asistido de letrado, es decir, en condiciones tales que quedaba plenamente garantizada la libertad y espontaneidad en sus declaraciones. Véase el fundamento de derecho 14.º de la STC 161/1999 que proclama la validez de estas declaraciones de los acusados, porque esta validez “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención...” (STC 86/1995). Leemos en el

fundamento de derecho 10.º de esta STC 8/2000, con cita de la antes referida 161/1999, que “las declaraciones del imputado prestadas con todas las garantías son jurídicamente independientes del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria”.

3.ª Finalmente esta misma sentencia 8/2000, en el fundamento de derecho 10.º, considera que la doctrina que acabamos de exponer es aplicable no sólo a las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, sino también a las realizadas ante el Juzgado de Instrucción, siempre que, por supuesto, se hayan realizado con respeto de esas garantías que la Constitución y las leyes procesales establecen». (FJ 2.º)

Y la segunda, es la STS 21-12- 2005 (Rc 1288/04), que efectúa un minucioso análisis de las diferentes pruebas obrantes en la causa, determinando la conexión de antijuridicidad de alguna de ellas, declaradas así por la Audiencia, pero rechazando la pretensión de los recurrentes en cuanto a otra, así la entrada y registro, con base en el siguiente razonamiento:

«El tribunal apoya la convicción sobre los hechos sobre dos elementos de convicción: el resultado del registro en el domicilio del recurrente R... y en las declaraciones de los tres imputados y en las de otros imputados que han sido absueltos. Ha rechazado la resultancia de la intervención telefónica y las declaraciones de los funcionarios de policía por su conexión con la anterior diligencia. Las dos primeras son cuestionadas en los recursos.

Con relación a la entrada y registro, los recurrentes afirman que los mismos criterios que el tribunal ha tenido en cuenta para declarar la conexión de antijuridicidad respecto a las declaraciones de los funcionarios de policía son las que existen para las entradas y registro, pues el conocimiento del momento de la entrada se deriva de la intervención telefónica. Este argumento no es atendible, porque los recurrentes pretenden establecer la dependencia a la que alude el art. 11.1 de la LOPJ, con criterios de mera causalidad o de mera temporalidad, como si se tratara de una nulidad absoluta, sin necesidad de una transmisión de la ilicitud declarada. Por el contrario, en el oficio policial que interesa la injerencia domiciliaria ya se indica que la fuente de conocimiento de los hechos que se imputan es doble, la resultancia telefónica y los seguimientos que se realizan al indagado, de los que resultan indicios de la realización del hecho delictivo que se investiga. Además, en el oficio policial que interesa la intervención del teléfono del indagado se expresan indicios de una

actuación delictiva que permitiría la injerencia domiciliaria. Así, se transcriben conversaciones derivadas de otras intervenciones no cuestionadas y seguimientos y vigilancias que sugieren una actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas que se investiga». (FJ 1.º)

Sobre las distintas modalidades de **prueba electrónica**, comienzan a realizarse pronunciamientos al máximo nivel jurisprudencial.

En concreto en la **STS 6-4-2006 (Rc 444/05 P)**, se examina el problema de la **desaparición de unas cintas** en las que se recogían unas intervenciones telefónicas, las cuales desaparecieron en un momento dado y aparecieron cuando la sentencia, que no las tuvo en cuenta, estaba en casación.

Ante tal circunstancia, se resuelve: *«Ello hace que lo que en principio fue la única decisión posible, es decir, la celebración del Juicio oral sin audición de las cintas, y la confirmación, por nuestra parte, de esa decisión, por mucho que ello pudiera suponer la privación de medios de prueba esenciales para las Defensas y sin perjuicio de las consecuencias que de ello pudieran derivarse, por razones sobrevenidas con posterioridad, los motivos casacionales que formulaban su queja a este respecto adquieren plena virtualidad, al resultar en este momento posible dar satisfacción a la pretensión referente a esa práctica probatoria.*

El cotejo puede llevarse a cabo debidamente, así como la audición de las cintas ahora disponibles, dando lugar a una prueba practicada bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

De modo que se dé debido cumplimiento a la doctrina sentada al respecto por esta Sala en Sentencias como la de 29 de octubre de 2003, cuando proclamaba:

“Unidas a la causa las cintas originales, debe precisarse que su audición directa en el juicio, que es la forma en la que habitualmente deberá practicarse esta prueba, permite subsanar las irregularidades que pudieran haberse cometido en relación con las transcripciones, con su cotejo o en la audición realizada en la fase de instrucción.

En la STS núm. 1954/2000, de 1 de marzo, se admitió expresamente que la transcripción mecanográfica, sea efectuada ya por la policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea ésta íntegra o de los

pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad en la sede judicial y a disposición de las partes.

Como dijimos más arriba, el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en las STS núm. 960/1999, de 15 de junio; STS núm. 833/2001, de 14 de mayo, y STS núm. 1352/2002, de 18 de julio”.

A la vez que también resulta posible, por otro lado, y así lo habrá de hacer la Audiencia por tratarse de una prueba plenamente pertinente y útil, la práctica de la prueba pericial de identificación de voz interesada por la Defensa de Alberto Paniagua, si es que resulta además posible porque en las cintas ahora disponibles se encuentra la grabación de aquellas conversaciones que a él se le atribuyen. (FJ 4.º)

...En consecuencia, procede la estimación de los motivos que plantearon los aludidos de quebrantamiento de forma relacionados con la analizada cuestión, a propósito de la no audición de las grabaciones por no encontrarse éstas a disposición de la Sala juzgadora en la fecha del Juicio, procediendo por ello, y sin posibilidad de entrar ya en el análisis de los restantes motivos planteados en los Recursos, la declaración de nulidad de dicho acto, ordenando la celebración de un nuevo enjuiciamiento, que se llevará a cabo por Tribunal con distinta composición del que participó en el Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente el derecho al Juez objetivamente imparcial de los acusados». (FJ 5.º)

En otro orden de cosas, en la **STS 24-4-2006 (Rc 64/05)**, se dice sobre unas **grabaciones videográficas** que: «Carece en este sentido de

toda relevancia la alegada falta de control de las grabaciones video-gráficas. Se trata de la documentación de las percepciones de un testigo y por la misma razón que un testigo no necesita estar controlado por nadie para que su percepción sea valorable por un tribunal, tampoco lo requiere la perpetuación de esa percepción en una grabación videográfica. Éste es un apoyo documental de la declaración del testigo que no está sujeta a ningún control de una autoridad.

La afirmación de que esas grabaciones pudieron ser manipuladas, por otra parte, es totalmente inconsistente, dado que todo puede haber sido manipulado. Pero no se trata de posibilidades abstractas, sino de si concreta y realmente fueron manipuladas. Y, desde este punto de vista, no existe la menor duda de que hayan sido manipuladas». (FJ 1.º)

Por otra parte, en la STS 14-3-2006 (Rc 1296/04), que se ocupa, en profundidad, de la temática de la testifical de la víctima menor, se concluye con que la ausencia de la menor en el plenario, que supone en principio una quiebra de la inmediación y de la contradicción, al sustituir su testimonio directo por otros de referencia, debió ser reemplazado, al menos con *«el visionado y audición de las cintas, —en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima— (ya que) resultan fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto de los dos acusados, en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de sugestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECr.) garantizadas de la espontaneidad de todo testimonio».* (FJ 1.º)

1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Casación

Sobre el derecho a los recursos, una de las grandes manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, viene pronunciándose, continuamente, respecto a cuestiones que le resultan especialmente próximas. Así sucede con los planteamientos sobre la segunda instancia penal y en relación a la amplia y variada casuística que suscita el propio recurso de casación.

Por lo que hace a la **segunda instancia penal**, la **STS 22-12-2005 (Rc 1945/04)**, contiene una completa exposición de la cuestión en la

actualidad, que recuerda, con la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos: « *es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperrios, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el art. 2 del Protocolo número 7.º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio*». (FJ 1.º)

Por su parte, sobre esta misma temática, la STS 6-10-2005 (Rc 228/04), expone el criterio de la Sala, del siguiente modo: «*Las Sentencias de esta Sala 762/2001, de 30 de abril, y 1860/2000, de 4 de diciembre, han resuelto impugnaciones semejantes a la que es objeto de esta impugnación. Como en estas resoluciones se expone ni el Pacto de Nueva York, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, requieren la celebración de un nuevo juicio con repetición de prueba. Esa opción, como antes se dijo, no añadiría ninguna garantía en el enjuiciamiento, añadiría unas costas al proceso, no sólo económicas sino también de victimización secundaria, difíciles de soportar. Lo que requieren los tratados es que el ejercicio de la función jurisdiccional de valorar las pruebas del enjuiciamiento con resultado condenatorio pueden ser revisadas por un Tribunal Superior, concretamente que “el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”* .

La inteligencia actual del recurso de casación, sobre todo a partir de la promulgación del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posibilita ese sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, en este caso, ante el Tribunal Supremo, como así lo han declarado tanto esta Sala, como el Tribunal Constitucional STC 42/82, 60/85, y el TEDH, casos Loewengoth y Deperrios al posibilitar a los Estados signatarios del Convenio a decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen de un enjuiciamiento».

Y en cuanto a cuestiones sobre **casación penal**, *stricto sensu*, damos cuenta de algunos fallos que contienen doctrina sobre asuntos siempre polémicos.

Así, la STS 14-10-2005 (Rc 1123/04), aborda el tema muy frecuente de la omisión de hechos en el factum que luego reaparecen en los fundamentos jurídicos y sirven para deducir de ellos, consecuencias jurídicas. Dicho proceder, es despachado por la sentencia mencionada del siguiente modo: *«Lo que el juzgador omitió, porque no lo consideraba probado, en el relato fáctico no puede reaparecer, como por arte de magia, en la amalgama de razonamientos que constituyen el entramado motivador del fallo. Admitir esto sería tanto como situar en la mas absoluta indefensión al acusado que no puede dedicar sus esfuerzos a indagar o adivinar cuáles son los hechos fácticos complementarios que esta Sala va a considerar como parte integrante de una condena basada en razonamientos que no aparecen clara y terminantemente probados».* (FJ 1.º).

Y la STS 2-12-2005 (Rc 1895/04) sobre el quebrantamiento de forma consistente en la predeterminación del fallo absolutorio, dice:

«La proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal —según es notorio— consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su lesividad para algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan descritas de manera taxativa en el Código Penal; pues sólo a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquélla en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional se haría tautológico o circular, al carecer de un referente objetivo, y por ello arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter descriptivo, que son los idóneos para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la

sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1.º in fine, de la Ley de E. Criminal).» (FJ 3.º)

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Motivación. Apreciación de la prueba por los jueces legos

Tampoco escasean las resoluciones sobre el procedimiento previsto por la LOTJ 5/1985, de las cuales seleccionamos algunas referidas a la siempre problemática cuestión de la motivación, y, por otro lado, una sentencia sobre el alcance del deber de respetar la apreciación de la prueba efectuada por los jurados.

Sobre **motivación**, exponemos los siguientes pronunciamientos:

STS 13-12-2005 (Rc 467/05 P) que indica «Destacamos que en todos los pronunciamientos recaídos en recursos en los que se ha tratado de concretar el mandato de motivación de las sentencias penales, refieren que la exigencia de motivación, aunque existen unos requisitos mínimos, su examen ha de realizarse de forma particularizada para cada supuesto en concreto. Además, que las exigencias al Tribunal de Jurado no pueden ser las mismas que las que puedan ser exigidas al tribunal técnico, lo que no comporta una reducción de la exigencia, sino una expresión con un distinto contenido pues, como dijimos en la STS de 12 de marzo de 2003, «Naturalmente, dejar constancia de tales apreciaciones no requiere ningún tecnicismo, ni un discurso de depurado rigor formal, que tampoco se pide a los jueces profesionales; sino sólo la imprescindible claridad de ideas acerca del rendimiento de cada medio probatorio en particular y del de la prueba en su conjunto. Una claridad de ideas sin la que no sería posible decidir de forma racional y cuya concurrencia ha de hacerse patente a través de la motivación; que, como dice bien claramente la Exposición de motivos de la LOTJ, tiene un necesario componente argumental».

El tribunal, cualquiera que sea su naturaleza, técnico o lego, ha de expresar, con carácter general y sin que quepan excepciones en la materia, la base de su convicción y el hilo argumental que ha tenido en cuenta porque las sentencias penales —para evitar que sean arbitrarias— incorporen siempre una justificación racional de la decisión. Racional, suficiente y lo bastante explícita como para que los destinatarios, y, en general, el eventual lector, puedan tener cabal comprensión del sentido de sus pronunciamientos. Por ello, hemos declarado que el deber de motivar se incumple tanto por ausencia de

motivación como cuando la expresada por el tribunal, o es incierta, o no es lógica. En términos de la misma Sentencia de esta Sala anteriormente relacionada, «lo que la ley quiere es que el Jurado diga qué información considera de valor probatorio y por qué. O lo que es lo mismo —y como puede verse en tantos veredictos— que exprese qué cosas de las escuchadas (y de quién), le sirven como «elemento de convicción» o de juicio, y por qué. Pues, dado que lo exigible es un discurso racional, el qué debe tener como respaldo un porqué. (FJ 1.º)

Doctrina que reitera la **STS 13-10-2005 (Rc 846/04 P)**, diciendo:

« es claro que la exigencia de motivación, en cuanto elemento que permite la inteligibilidad y el control de la racionalidad de la decisión, no desaparece ni se debilita cuando se trata de una sentencia del Tribunal del jurado y por lo tanto, aunque no sea exhaustiva, debe ser suficiente para dar adecuada satisfacción a las necesidades que justifican su exigencia (STS núm. 2001/2002, de 28 noviembre), pues no se trata solo de un deber impuesto a los Tribunales, sino de un derecho de los ciudadanos, orientado de un lado a facilitar la comprensión de las decisiones judiciales y de otro a permitir su control a través de los recursos pertinentes.

Con ello se integra la motivación del veredicto, que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone en art. 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (en este sentido, STS núm. 956/2000, de 24 de julio; STS núm. 1240/2000, de 11 de septiembre, y STS núm. 1096/2001, de 11 de junio)». (FJ 2.º).

Y, por último, en cuanto a la **apreciación de la prueba por los jueces legos**, la **STS 17-11-2005 (Rc 369/05 P)** expresa un ejemplo de veredicto que no supera los estándares de motivación exigidos:

«Si, por ejemplo, como es el caso, el Jurado se limita a consignar en el veredicto que entiendo acreditado un determinado hecho por lo que han dicho el testigo A, el testigo B, el testigo C, y por lo informado por el perito E, es patente que no satisface la exigencia legal de dejar constancia expresa de los “elementos de convicción”. Pues “elemento de convicción” no es lo mismo que fuente y ni siquiera que medio de prueba. Así, en la testifical, fuente de prueba es el sujeto que declara; medio de prueba, el acto de oírle contradictoriamente en

declaración; y elemento probatorio (o, en la fórmula legal, “elemento de convicción”), en su caso, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia». (FJ 3.º)

2. Juicio Oral

2.1. Cuestiones prejudiciales. Enjuiciamiento por los mismos jueces que ordenaron incoar procedimiento abreviado.

Sobre la interpretación de la acomodación entre los arts.4 LECrim y 10 párrafo 1.º de la LOPJ, que aparentemente entran en contradicción, se ha pronunciado la **STS 28-3-2006 (Rc 2067/04)** que estudia, en profundidad la polémica cuestión.

La conclusión resultante es que los órganos judiciales penales son los competentes para resolver cuestiones civiles o administrativas íntimamente ligadas al hecho punible «*cuando su separación no resulta racionalmente posible*».

En apoyo de dicha doctrina, ampliamente admitida por la Sala de lo Penal (**SSTS 27-9-2002, 24-7 y 13-7 del 2001**), cita la antedicha sentencia del Tribunal Supremo, la STC 278/2000, de 27 de noviembre que afirmó que siempre que la cuestión no esté resuelta por el orden jurisdiccional genuinamente competente, es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso.

En cuanto a recursos en los que se cuestiona la **imparcialidad** de los jueces, y que constituye uno de los capítulos importantes en los que descansa el derecho al juez predeterminado por la ley, la doctrina del TEDH, ejerce una poderosa influencia a la hora de resolver estas cuestiones, cuyo núcleo reside en si existió una valoración exteriorizada a través de los datos disponibles en la causa, que implique una predeterminación de la decisión de fondo que luego adopte ese mismo juez que intervino en la decisión precedente.

Por eso, la **STS 23-11-2005 (Rc 1585/04)**, resuelve el caso planteado con el siguiente razonamiento:

«La decisión del Tribunal implica, pues, un examen de las actuaciones y una valoración de la prueba existente sobre los hechos y

sobre la intervención del imputado, distinta de la realizada por el Instructor, para llegar a la conclusión de que procede continuar el procedimiento, ordenando directamente al instructor la incoación de procedimiento abreviado contra el imputado por unos concretos delitos. Ello supone la exteriorización de una valoración de los elementos disponibles que puede ser considerada por el acusado, de forma objetivamente justificada, como una posición inicial favorable a su culpabilidad, lo que le autoriza a dudar de la imparcialidad del Tribunal y a afirmar la vulneración de su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial». (FJ 5.º)

2.2. Sentencia. Motivación en supuestos varios: motivación incorrecta, sentencia absolutoria y sentencias de conformidad

Sobre la motivación de las sentencias, tampoco han faltado resoluciones en el año judicial que examinamos. Muchas de ellas, se han suscitado con la nulidad de la sentencia y la remisión al órgano de procedencia para que subsane los defectos observados.

En todo caso, lo más importante, es reflejar la doctrina sobre el tema, que se desprende de pronunciamientos como los siguientes:

Así, en los casos de **motivación incorrecta** pero fundada, la **STS 17-10-2005 (Rc 243/03)**, entiende que la tutela judicial efectiva ha quedado satisfecha, siendo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a quien le corresponde a través del recurso de casación, *«la determinación y desarrollo final de la doctrina correcta respecto a las normas penales, sustantivas y procesales, por aplicación conjunta y coordinada de los arts. 123 y 117.1 y 3 de la Constitución. Una vez que el órgano que previamente ha resuelto sobre la pretensión ha razonado su respuesta, y fuera de los casos antes citados de irrazonabilidad absoluta o error patente, le corresponde al Tribunal Supremo comprobar si el razonamiento realizado se ajusta a la doctrina correcta, que solo a él le corresponde establecer como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes»*. (FJ 1.º)

Sobre la motivación de los elementos fácticos, la STS 29-12-2005 (Rc 1904/04), expresa la doctrina a seguir:

«1.º) No es posible una valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial. 2.º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de

prueba llevados a cabo al juicio, “sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas” (Sentencia 123/2004, entre otras). 3.º Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada. 4.º Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados. 5.º Que, en caso de que tales pruebas se refieran a observaciones telefónicas, no basta con una referencia genérica a la documental de la causa, o a sus transcripciones, sino que debe indicarse cuáles son las frases concretas de donde se deduce, por prueba directa o indirecta, la participación de cada acusado en cuestión». (FJ 3.º)

En cuanto a la motivación de **sentencias absolutorias**, la **STS 7-12-2005 (Rc 404/05)**, recuerda que requieren la expresión de las razones de dicha decisión, lo cual es aplicable, con las correspondientes peculiaridades, a los veredictos del Tribunal del Jurado.

Y más en concreto: *«la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia».*

Estas afirmaciones, deben ser, sin embargo, matizadas. Hay que tener en cuenta que la absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado, lo que, siendo aplicable en general a todos los Tribunales, igualmente resulta aplicable a las sentencias del Tribunal del jurado, si bien con las precisiones derivadas de las características de la motivación exigible a quienes no solo son profanos en derecho sino que carecen además de la experiencia retórica del foro.

En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad. (FJ 2.º)

Por último, en cuanto a la motivación en las **sentencias de conformidad**, la **STS 24-4-2006 (Rc 2693/03)** indica que la motivación debe existir también, si bien puede ser más sintética pues la carencia absoluta de la misma, incide en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y supone su casación y anulación si se formula recurso al respecto.

2.3. Penalidad. Acumulación de condenas. Sustitución de pena de arresto. Expulsión de extranjero en situación ilegal, condenado

En materia de penalidad, incluimos en esta *Crónica*, tres resoluciones novedosas sobre cuestiones de particular interés.

En cuanto a la **acumulación de condenas**, citamos la denominada sentencia del «**Caso Parot**» **STS 28-2-2006 (Rc 598/05 P)** que fija doctrina sobre el **límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión**.

En la resolución, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto, estableciendo que en los casos en que a una misma persona, se imponen varias condenas, el periodo de treinta años de cumplimiento de prisión, opera como límite máximo, pero no puede considerarse una nueva pena resultante sobre la que proyectar los beneficios penitenciarios, que de ese modo harían que el cumplimiento efectivo de la pena realmente impuesta quedara muy por debajo de ese límite máximo, legalmente previsto.

Sobre **sustitución de la desaparecida pena de arresto**, se han dictado diversas resoluciones, pudiendo servir de muestra, la **STS 3-5-2006 (Rc 1256/05)**, que sienta el criterio de que *«la pena que guarda una mayor analogía con la de arresto de fin de semana es la trabajos en beneficio de la comunidad, elección que tiene su fundamento en el art. 88.1 CP, que permite la sustitución de la pena privativa de la libertad no mayor de un año por la trabajos en beneficio de la comunidad»*. (FJ Único)

Y en cuanto a la **expulsión de extranjeros**, se ha ido configurando el criterio de que la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años, que establece el art. 89 CP en los casos de que el autor sea un extranjero en situación ilegal en España, debe acompañarse al hecho y circunstancias del caso, habiéndose establecido el criterio de que la expulsión, en principio, procede en los casos de delitos de menor entidad

y ausencia de arraigo del extranjero, tal como resulta de la **STS 17-2-2006 (Rc 705/05 P)**, que desestima un recurso del Ministerio Fiscal que interesaba el cumplimiento de la pena en nuestro país.

2.4. Responsabilidad civil. Doble condición: actor penal y demandado civil. Supuestos: en delito de prostitución y en el alzamiento de bienes. Subsidiaria: de Ayuntamiento y de representante

Los pronunciamientos sobre **responsabilidad civil** siguen siendo muy frecuentes en las sentencias penales, habida cuenta de las posibilidades de acción que establece el **art. 108 LECrim**.

Y entre ellos, resultan de interés, los que hemos seleccionado en este apartado.

Así, la **STS 31-3-2006 (Rc 2327/04)**, que examina la cuestión en un supuesto en el que concurren en la misma persona la **doble condición: actor penal y demandado civil**.

En la sentencia, recordando otra anterior de **27-11-1998**, se indica que se trata, simplemente, de un problema de legitimación, que hace posible, y aun deseable, dicha participación en la mencionada doble condición, a fin de evitar la ruptura de la «continencia de la causa» y de ese modo sustanciar en un mismo proceso todas las responsabilidades derivadas de un hecho penal, con el objetivo de que no se den lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias.

En cuanto a supuestos concretos, destacamos la **STS 12-12-2005 (Rc 659/05 P)**, que aborda la indemnización de daños y perjuicios en el **delito de prostitución**, estableciendo la existencia de **daños morales** cuando se prostituye a personas menores de edad, por el perjuicio para el normal desarrollo de su personalidad que ello comporta.

Y respecto al delito de **alzamiento de bienes**, la **STS 16-1-2006 (Rc 2025/04)**, indica que: «*En este tipo de delitos, la reparación civil no se produce a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos, y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, con la aportación de inmuebles en la escritura de constitución de una sociedad, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de*

nulidad de dicho negocio. Ahora bien, es necesario también que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales correspondientes. Uno de estos principios es el de respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el proceso. Si en el contrato intervinieron varias personas, todas ellas deben ser traídas al proceso —litis consorcio pasivo necesario—, bien exclusivamente para ejercitarse la acción civil o bien acumulada ésta a la acción penal (STS 238/2001, de 19 de febrero)». (FJ 2.º)

Por último, en cuanto a los temas de responsabilidad civil subsidiaria, traemos aquí, dos sentencias: una sobre **responsabilidad del Ayuntamiento y otra, del representante**.

En la primera, **STS 28-10-2005 (Rc 925/04)**, se sanciona al Ayuntamiento por su infracción del deber de garante respecto a la ocurrencia del hecho punible, consistente en no haber adoptado las medidas pertinentes para evitar un apuñalamiento en el curso de una fiesta, celebrada en un recinto público, lo cual —se dice— hubiera sido fácil con sólo interceptar a la entrada del local el «cuchillo jamonero» instrumento de la agresión, «de haber existido el control suficiente para ello».

Y en la segunda, **STS 1-3-2006 (Rc 2327/04)**, se sanciona al pago de dichas responsabilidades a la persona jurídica para quien trabajaba su representante, autor material del delito derivado de la venta de parcelas y chalés de futura construcción por aplicación, no de la teoría de la «culpa in eligendo» o «in vigilando», sino de la tesis objetiva de que «quien se beneficia de la actuación de otra persona ha de responder de los daños que de tal actuación se deriven».

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Mixta

En relación a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, influyendo en el resultado penológico del caso, procedemos a exponer los criterios seguidos en la materia.

En cuanto a **agravantes**, podemos indicar sentencias que han abordado el **ensañamiento, la reincidencia y la alevosía**.

Sobre el **ensañamiento**, citamos la **STS 28-9-2005 (Rc 856/04 P)**, en la que se concluye, de forma resumida y nítida con esta doctrina: *«cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima»*. (FJ 2.º)

La **STS 27-12-2005 (Rc 1428/04)**, recuerda los requisitos de la reincidencia: *«1. Que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado. 2. Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquél por el que se le juzga. 3. Que ambos delitos tengan, además, la misma naturaleza. 4. Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, o que debieran serlo, en las condiciones expresadas en el art. 136 del Código Penal. 5. Además, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia. En caso de no ocurrir así, la interpretación y valoración de los mismos no puede hacerse en contra del reo, hasta el punto de que se ha afirmado que la fecha desde la que deben computarse los plazos establecidos en el art. 136 es la de la firmeza de la sentencia condenatoria anterior»*. (FJ 14.º).

La **alevosía** cuando media una **riña previa**, no siempre impide su apreciación como agravante. Ese es el caso a que se refiere la **STS 7-12-2005 (Rc 455/05 P)**, cuyos dramáticos hechos son los siguientes: *«En el hecho probado, después de afirmar que el acusado decidió acabar con la vida de la víctima, se declara que concertó con ella una cita en una carretera poco frecuentada, y que habiendo llegado ambos al lugar y habiéndose apeado ambos del vehículo, «comenzó a golpearla con un objeto romo y contundente», relatando ya a partir de ese momento toda la secuencia de hechos en los que la mujer trata de huir siendo alcanzada por el acusado que, empleando un cuchillo, le causa la muerte»*.

Y es que *«Para apreciar la concurrencia de una ejecución del hecho que pueda calificarse como alevosa es preciso un examen cuidadoso de cada caso concreto. Generalmente se ha dicho que la existencia de una riña o de una pelea previas a la agresión excluyen la alevosía, pues cualquiera de los contendientes puede estar prevenido respecto a una*

agresión del contrario. Pero, en primer lugar, la existencia de saltos cualitativos en la agresión, que sean significativos respecto de las características de la riña previa, puede hacer que aquella sea considerada alevosa. Y, en segundo lugar, nada permite excluir que el inicio de la pelea previa, aunque no sea lo que materialmente causa la muerte, suponga ya la colocación de la víctima en una situación irreversible de ausencia total de posibilidades de defensa. Por lo tanto, ha de concluirse que la existencia de señales de pelea y defensa no suponen siempre la imposibilidad de apreciar la alevosía». (FJ 1.º)

En materia de atenuantes , pueden citarse sentencias que examinan la atenuante por analogía, los supuestos de drogadicción y la de obcecación, incluida en el art. 21 3.ª CP.

Empezando por la **atenuante de análoga significación**, que permite apreciar, como dice la **STS 22-2-2006 (Rc 2159/04)**: *«a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas», la referida sentencia examina la de confesión, art. 21. 4.ª CP, afirmando:*

«Por ello reiteradamente se ha acogido por esta Sala (STS 10.3.2004), como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado (SSTS 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99). En efecto la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria.

En las atenuantes «ex post facto» el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP». (FJ 16.º)

Por lo que hace a la **drogadicción**, dos sentencias ofrecen la clave de su aplicación como atenuante: la **STS 23-3-2006 (Rc 286/05)** que sostiene que *«la drogodependencia, por sí misma, no puede fundamentar automáticamente la aplicación de la atenuante solicitada. En todo caso, cuando el autor drogodependiente tiene en su poder la droga que podría consumir, no cabe invocar ningún trastorno que sea consecuencia de la drogodependencia y que permitiera apreciar alguna disminución de su capacidad de culpabilidad como para atenuar la pena mediante la aplicación del art. 20.2. CP»*. (FJ 4.º). Y la **STS 2-3-2006 (Rc 2136/04)** que recuerda no requiere acreditar la merma de las facultades síquicas del sujeto pues *«se mueve en el terreno de la motivación de la conducta...aunque indudablemente ha de influir en las facultades síquicas del sujeto pero, en cualquier caso, tan solo en las volitivas, o de plena libertad de determinación del actuar»*. (FJ 3.º)

Y finalmente, en esta breve muestra, la atenuante de **obcecación**, que en relación a los delitos de violencia de género, examina la **STS 7-12-2005 (Rc 455/05 P)** tras recordar que ha de partir de impulsos *«no rechazables por las normas socioculturales de convivencia»*. Y considera inaceptable que *«el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja pueda considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria de manera que no se le reconoce entidad suficiente para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación « FJ 9.º*. Doctrina asentada en sentencias precedentes, como las 1340/2000, de 25 de julio y 1424/2004, de 1 de diciembre.

Respecto a eximentes, la **STS 28-9-2005 (Rc 856/04 P)**, recuerda la doctrina sobre los **trastornos de personalidad**, que remiten a la relación entre los **arts. 20 1.ª, 21 1.ª y 21 6.ª CP** indicando que existen criterios específicos para el diagnóstico de cada trastorno de personalidad y que *«en la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general»* sino que dependen de la relación que se haya podido establecer entre el trastorno y el hecho cometido, aunque la tónica es 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, teniendo su encaje, actualmente, en el art. 20.1 pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos». (FJ 4.º)

Y por lo que hace a la eximente de **miedo insuperable**, de tan difícil apreciación, la **STS 16-2-2006 (Rc 986/05 P)** recuerda que *«La doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable, por todas STS 340/2005 de 8 de marzo, parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10.º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001)».*

Y tras ello, concluye en que «*Un ciudadano extranjero, trabajador en un establecimiento hostelero que es requerido a la realización de un hecho delictivo a la que, inicialmente se niega, siendo determinante de su cambio de criterio la exhibición de una fotografía de su familia, ignorando como ha llegado a su poder, y la afirmación de un control sobre la misma. Esta amenaza la realiza alguien que ya está en el delito, en un delito cometido, normalmente, por grupos organizados, y la amenaza se realiza a un trabajador en un país lejano del suyo y alejado de su familia. En esta situación objetiva, la situación de temor alcanza una notable intensidad, basta con colocarse en su situación para comprender la inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Máxime en este supuesto en el que inmediatamente a la acción antijurídica lo participa a un agente de la autoridad quien pone a desencadenar la investigación con lo que, posteriormente, colabora*». (FJ 4.º)

Y en cuanto a la denominada **circunstancia mixta de parentesco**, la **STS 14-10-2005 (Rc 327/05 P)**, examina la aplicación del **art. 23 CP**, tras la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre de «Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en vigor desde el 29-6-2005.

Al respecto, la mencionada sentencia estima su aplicación con efectos agravatorios cuando los hechos tengan que ver con la convivencia marital, aunque ésta haya desaparecido..

Doctrina que matiza la **STS 4-4-2006 (Rc 683/05 P)** al considerar inaplicable la agravación en un caso de noviazgo de diez meses de duración, pero sin convivencia, en el que por mucho que existieran relaciones sexuales no existía la nota de «estabilidad» que junto a la de afectividad, exige el art. 23 CP

1.2. Culpabilidad. Dolo. Error

En materia de culpabilidad, traemos aquí dos sentencias, una sobre el **dolo eventual** y otra, sobre el tratamiento jurídico que debe merecer la desaparecida **preterintencionalidad**, que no es más que un resultado delictivo «ultra propositum» o «plus in effectum».

Sobre la primera cuestión, la **STS 24-10-2005 (Rc 268/05 P)** centra la esencia del **dolo eventual**, indicando que obra con esa clase de dolo quien aunque no persiga directamente la causación del resultado no tiene

la seguridad de poder controlarlo y sigue adelante aunque alegue irrazonables, vanas o infundadas esperanzas de que no se produciría.

En estos casos se responde por el «riesgo elevado» que se corre, pues en definitiva *«el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico»*. (FJ3.º)

En cuanto a la **preterintencionalidad**, la **STS 26-10-2005 (Rc 1337/04)**, tras realizar un amplio estudio de la misma, recordando su evolución histórica y su no inclusión en el Código vigente, concluye con la solución que cabe dar a esos supuestos en que el resultado va más allá del designio del autor. Así, por ejemplo, cuando el empujón causa la caída del agredido y lesiones consiguientes, que pueden llegar a ser gravísimas.

La sentencia referida, concluye *«Como síntesis de la doctrina sentada por esta Sala en sus ya plurales sentencias pronunciadas al respecto después de la reforma del Código Penal de 1983, puede afirmarse que la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa»* (FJ 7.º). Lo que respecto al ejemplo anterior, se traduce en falta dolosa de malos tratos de obra en concurso con la correspondiente infracción culposa, de lesiones.

También en este capítulo, resulta procedente dar cuenta de algunas resoluciones dictadas en el año judicial que repasamos, sobre la problemática del **error**, cuya regulación, como se sabe, está en el art. 14 CP.

Y así, en la **STS 18-4-2006 (Rc 421/05)** se examina la doctrina sobre la **vencibilidad del error**, en un caso en que se produjo una relación sexual entre un joven de 24 años y una menor que no llegaba a los trece años, aunque aparentaba 17, por su mentalidad madura.

En el caso, tras recordar los parámetros a tener en cuenta, como la apariencia de legalidad de la conducta, el nivel de desarrollo de los implicados, su conocimiento previo y el hecho de que su entorno cultural, era común, al tratarse de dos personas de la misma nacionalidad —ecuatorianos, en concreto— se considera incorrecta la apreciación por la Audiencia de «vencibilidad» del error alegado.

Y ello, porque es preciso contar con dos datos complementarios, que la doctrina más autorizada considera deben tenerse en cuenta para valorar estas situaciones: la urgencia de actuar y la accesibilidad a la información capaz de deshacer el error.

La doctrina expuesta se aplica al caso en que el acusado no hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse que era algo natural y apetecía a los dos. Por otro lado, la menor no se sintió presionada y sabía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias.

1.3. Principios. Principio de legalidad

El Estado que establece la CE 78, tiene un reflejo en materia de legalidad penal, en cuanto existe un poder legislativo múltiple, compartido por las Cortes Generales y las distintas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, la **STS 28-3-2006 (Rc 2067/04)** aborda la cuestión del papel de las normas autonómicas como normas de integración de las normas penales en blanco.

Por su interés y novedad, recogemos varios fragmentos de la misma, que sirven para dar una idea de la doctrina jurisprudencial seguida al respecto:

*«...El principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley —a la ley formal— como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia* y *certa*, se dice que el legislador penal debe conformar sus preceptos “de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o acción ordenada” (STC 159/86 de 12.12), de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales” (STC 105/1988, de 8.6). Sin embargo es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación*

judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, norma que por su carácter instrumental no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica, según el art. 81.1 CE. en relación con el 17.1.

Ahora bien, este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS 1664/2002 de 28.3:

*a) Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la **exigencia de certeza**, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS 8.2.2000 que resume la doctrina de las SSTC. 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94 y 120/98).*

(...) La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1 CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las comunidades autónomas asuman al amparo del art. 148 CE. y de los propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (SSTC. 194/94, 43/96, 61/97). A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (STC. 37/81). Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1.9.2, 139.1, y 149.1.1 CE., ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC. 37/87, 43/96).

(...) (Pero) será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 CE

y que “no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas. Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las Leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva”». (FJ 19.º)

2. Agresión sexual

Sobre los delitos contra la libertad sexual, se han dictado diversas resoluciones que han permitido disponer de una doctrina actualizada sobre los distintos subtipos previstos en el Código Penal.

Así, la **STS 9-11-2005 (Rc 858/04 P)**, analizó la temática del **curso entre el delito de agresión sexual y el de lesiones psíquicas**, en cuanto a determinar si las consecuencias lesivas de carácter anímico de la conturbación psíquica que la ciencia psiquiátrica recoge con diversas denominaciones como stress postraumático, trastornos depresivos, estados de angustia, etc., que son consecuencia del hecho delictivo, se consumen en el propio delito del que traen causa, o alcanzan una autonomía típica subsumible en el delito de lesiones.

La respuesta a la cuestión, parte de la STS de 16 de julio de 2003 en el sentido de que, «en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir «normales», correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto subsumible en el delito de lesiones». (FJ 8.º)

Por su parte, la STS 23-11-2005 (Rc 91/05 P), examinando el subtipo agravado del art. 180.3.º CP, en un caso de embarazo de la víctima, afirma:

«Ciertamente el término «situación» que se emplea en el párrafo 3.º del art. 180 tiene el carácter de cláusula de cierre que exige una interpretación restrictiva que debe tomar como parámetro interpretativo el que se deriva de las otras dos causas de vulnerabilidad: la edad y la enfermedad. En tal sentido estimamos que la situación de embarazo de la víctima es claramente asimilable en la medida que produce una efectiva disminución de la capacidad de defensa en sintonía con la enfermedad que convierte en más vulnerable a la mujer, pues al efectivo debilitamiento de capacidad de defensa, singularmente al final del embarazo —en el caso de autos estaba en el octavo mes— se une el temor a causar daños al feto, circunstancias ambas que configuran la nota de vulnerabilidad que justifica la aplicación del subtipo agravado, con la consiguiente agravación ex lege de la pena.

No puede dudarse del plus de culpabilidad del que hace gala el agente que persiste en sus deseos de violación a pesar de estar embarazada la víctima, ese plus de culpabilidad justifica el plus de prisión que prevé el artículo ya que en definitiva, el proceso penal más que un medio de control social, hoy es el medio de justificación de la pena». (FJ 2.º).

La STS 13-01-2006 (Rc 1168/04 P), sobre **la agravación específica de uso de armas u otros medios peligrosos** recuerda la doctrina restrictiva de la Sala para aplicar el subtipo previsto en el art. 180. 1 5.ª CP, (tal doctrina jurisprudencial se encuentra, entre otras, en las sentencias 1.158/2004, 939/2004, 1.605/2003, 1.487/2003, 283/2003, 722/2001, 431/1999 y 1.588/97 y en otras que en estas mismas se citan (FJ 2.º.2), la cual podemos sintetizar en lo siguiente:

«La concreción de esta aplicación del art. 180.1.5.ª con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza sólo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo,

cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5.^a. Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves, como ocurre cuando se coloca un arma blanca o medio semejante junto al cuello o el abdomen, o una pistola apuntando a la cabeza, tórax o también al cuello o al abdomen. Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto».

A lo cual conviene añadir, que «en todo caso hay que tener en cuenta, con criterios objetivos, el instrumento utilizado y la forma en que se usó, no aquello que pudiera decir el agresor o pensar la víctima, como podría ocurrir cuando —así fue en el caso presente— se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, aunque, por sus características y modo de uso, pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso».

Y por último, sobre el consentimiento de los menores de 13 años, la STS 2-5-06 (RC 876/2005), explica la cuestión de modo muy gráfico:

«Al tratarse de menores de 13 años, el art. 181.2 CP establece una presunción “*iuris et de iure*” sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles. Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es sólo posible, y siendo *iuris et de iure*, no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la Ley considera incompleta, porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido.

Consecuentemente, en los supuestos de menor de 13 años, nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2), resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de

ese limite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste. (FJ 3.º)

... lo que la Ley no presume, propiamente, es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero si presume la falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como invalido, carente de relevancia jurídica.

(por otro lado, la) posibilidad de admitir prueba de contrario con virtualidad legitimadora de la conducta, obviamente limitada a menores cuya edad está muy próxima al tope legal de 13 años, no debe referirse, como pretende el recurrente a acreditar esa aceptación voluntaria de las practicas sexuales por el menor asimilando el consentimiento al hecho de la no oposición —el menor fue convencido por el acusado— a las mismas, dado que, de una parte, tal aceptación del menor no seria determinante de la licitud de la conducta, y de otra, si hubiera faltado el consentimiento y la relación hubiera sido impuesta con violencia o intimidación, se aplicarían los tipos de los arts. 178 y 179 (agresiones sexuales) con la agravante especifica, además, del art. 180.3, referente al caso de especial vulneración de la víctima por razón de edad (“en todo caso, cuando sea menor de 13 años”), sino que aquella prueba en contrario debería ir encaminada al análisis a posteriori de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que realiza.

En el caso presente nos encontramos con un menor nacido el 9.10.91 y unos hechos acaecidos en mayo 2002 y 25 septiembre del mismo año, esto es, cuando aun contaba con 10 años, edad aún lejana al limite de 13 años, y con una total y absoluta ausencia de prueba pericial, o de cualquier otra clase, sobre su capacidad de conocimiento y voluntad de expresarse en el ámbito sexual.

En esta situación no ofrece duda alguna la aplicación del art. 181.2 CP, precepto que es aplicable cuando la víctima, mas allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual no ha prestado un verdadero y autentico consentimiento valorable como tal, porque su edad excluye la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin la cual no hay libre voluntad ni

verdadero consentimiento en el libre ejercicio de autodeterminación sexual.

Pretender que un niño de aún 10 años de edad tiene capacidad de determinación porque no se opuso (fue convencido) a la actuación del acusado de 61 años y que los actos que se describen en el relativo fáctico no tenían potencialidad para afectar y perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación del menor, resulta, cuando menos, sencillamente inaceptable y no precisa de mayores comentarios y argumentaciones. (FJ 4.º)

Por otro lado, y en la misma sentencia, se aborda otra cuestión, planteada por el recurrente, y que ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, que ha sido abordada por el **Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25 mayo 2005**, que en un supuesto de penetración con menores, tomó el acuerdo de que **“es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”** y que ha sido ya recogido por la sentencia de esta Sala 909/2005 de 8 de julio, en un caso similar al presente en el que el autor del hecho no era quien penetraba a su víctima, sino, al contrario, era ésta quien le penetraba a aquél». (FJ 5.º)

3. Alzamiento de bienes

Entre las distintas sentencias que se han ocupado del delito de alzamiento de bienes en el presente año judicial, ofrecemos como muestra la **STS 3-10-2005 (Rc 1962/04)**, que recuerda la doctrina sobre este injusto, estableciendo que los elementos del delito son: 1.º existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, 2.º un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor, 3.º resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido, y 4.º un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (numerosas sentencias de esta Sala, entre las últimas, las de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 de enero y 16 de mayo de 2001) (STS núm. 440/2002, de 13 de marzo).

Subrayándose, por otro lado, la idea de que para su comisión basta *«que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (STS n.º 129/2003, de 31 de enero), que resulten accesibles a los acreedores, pues en ese caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores. (STS n.º 1347/2003, de 15 de octubre)»*.(FJ 1.º)

4. Apropiación indebida

Tampoco han escaseado las resoluciones resolviendo recursos de casación sobre el delito de apropiación indebida, que han tratado diversas e interesantes cuestiones, de las que seleccionamos: el **«extraneus»**, **«leasing»** y **apropiación por uno de los cónyuges, constante matrimonio**.

Así, en la **STS 25-1-2006 (Rc 2072/04)**, se aborda el tema de la **participación del extraneus en los delitos especiales**, como es el de apropiación indebida, admitiendo su punibilidad con el razonamiento siguiente: *« quien en estos delitos especiales no tiene la condición exigida en el tipo de delito para ser sujeto activo, puede participar en ese delito especial del que autor en sentido estricto es otro, a título de inductor o cooperador necesario (o no necesario: complicidad), siendo tal participación tan relevante que podemos considerar justificado el que la Ley Penal los equipare a los autores propiamente dichos a los efectos de determinar la sanción a imponer. En conclusión el Sr. F. no puede ser autor en sentido estricto, pero si puede ser condenado como autor en calidad de cooperador necesario en la operación delictiva que ha sido adecuadamente calificada como delito de apropiación indebida, por cuanto realizan un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer e indudablemente integra un supuesto de cooperación necesaria a dicho delito por cuanto la mas reciente jurisprudencia de esta Sala*

(por ejemplo 1159/2004 de 28.10), viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine que non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)». (FJ 9.º).

En cuanto al **leasing o renting**, que según nuestro derecho son un arrendamiento con opción de compra al final del plazo de la cesión del uso arrendaticio, la **STS 10-11-2005 (Rc 1822/04)** afirma que «No puede sostenerse, salvo que se detecte un fraude de ley o simulación de contrato, que el modelo contractual que estamos examinando sea una compraventa a plazos... por lo que la voluntad apropiatoria se explicita inequívocamente cuando, sin ejercitar la opción de compra, se dispone de los automóviles y se difumina una masa de bienes de más de cincuenta millones de pesetas que había que devolver en las circunstancias que se derivan del contrato, tal como se recoge en el hecho probado». (FJ 2.º.5).

Y sobre la problemática de la **apropiación indebida por un cónyuge, subsistente una sociedad de gananciales**, ante los escasos y no uniformes pronunciamientos existentes en la Sala, fue necesario celebrar un Pleno no jurisdiccional el pasado 25-10-2005, del que salió la **STS 7-11-2005 (Rc 2665/03)** que admitió la posibilidad del delito, en su modalidad de «distracción» del art. 252 CP, porque ello más que una incorporación al propio patrimonio, no siempre presente, representa una modalidad de administración desleal, en cuanto se infringe el deber de confianza siempre latente en las situaciones de administración de bienes comunes.

5. Blanqueo de capitales

La conducta prevista en el **art. 301 CP** sigue originando bastante atención de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al percibirse un incremento de recursos de casación sobre esta temática.

Las sentencias abordan numerosos aspectos de la conducta, realmente inconcreta y excesivamente abierta, que se regula en el Código Penal, por lo que no es fácil elegir las más enjundiosas.

Con todo, no podemos dejar de citar la **STS 13-1-2006 (Rc 2189/04)**, en la que se hace un estudio del **elemento subjetivo**, respecto al cual se

dice: «*Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas. (Y) Puede considerarse que el dolo está en el hecho cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación y sin asumir, al menos eventualmente, la altísima probabilidad de que se trate de blanquear para otros las ganancias obtenidas con actuaciones delictivas*». (FJ 1.º)

Las SSTS 30-3-2006 (Rc 729/05 P) y 15-3-2006 (Rc 2453/04), examinan la espinosa cuestión de la **prueba de indicios**, indicando al respecto la primera, que: «*A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (Sentencias del TS 23-5-1997 y 15-4-1998, entre otras)*».

Y, la segunda, que: «*que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada*».

Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar.

Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en “SSTS 1637/99 de 10 de enero de 2000, 946/2002 de 16 de mayo, 236/2003 de 17 de febrero, 420/2003 de 20 de marzo, 628/2003 de 30 de abril ó 785/2003 de 29 de mayo” ». (FJ 2.º)

Y por último, la STS 21-12-2005 (Rc 496/05P), que examinando la posible **relación concursal con los delitos contra la salud pública**, sostuvo que: «*El que pone en marcha un complejo entramado aprovechando las oportunidades que proporcionan las entidades financieras o sociedades interpuestas, desarrolla una actividad que adquiere sustantividad*

propia y se sitúan por encima y al margen de las fuentes originadoras del dinero ilícito, ya sea el tráfico de drogas o cualquier otra modalidad de crimen organizado. En estos casos, es posible y exigible deslindar las dos actividades sin perjuicio de que pueda existir una conexión entre los que participan en la generación de los beneficios ilícitos y los que dirigen todo el entramado para sanear los beneficios y dar apariencia de legalidad introduciendo en el tráfico mercantil y financiero importantes sumas de dinero. Esta actuación incide sobre otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoleedor que afecta a los valores éticos.

Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad». (FJ 4.º)

6. Delitos contra los extranjeros

El Título XV BIS del Libro Segundo del CP, «De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», contiene un solo artículo, el 318 bis CP, que está siendo objeto de notable aplicación en los últimos tiempos.

La interpretación de la conducta, y su relación con el título anterior, en el que se regulan los delitos contra los derechos de los trabajadores, originan numerosas situaciones de superposición de normas que dan lugar a sentencias en las que existen pronunciamientos sobre dicha cuestión.

Así en la **STS 19-1-2006 (Rc 698/04)**, se aborda, de la mano del **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional** de la Sala, de fecha **3-10-2005**, el concepto de **inmigración clandestina**, y, por tanto, la conducta prevista en el art. 318 bis CP. De modo sintético, se dice «*por su carácter clarificador del concepto de «entrada clandestina e ilegal en España», hay que traer a*

colación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005, que en relación al alcance del art. 313,1 CP 95 resolvió que: «El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina». (FJ 1.º)

Y en la STS 6-3-2006 (Rc 318/05 P), se dice que «la conducta típica castigada en el art. 318 bis 1 CP es más amplia que la del art. 313.1 CP, pues además de no requerir la condición de trabajadores de los sujetos pasivos, no se limita a fenómenos de inmigración, pues se refiere tanto a la «inmigración clandestina, como al tráfico ilegal de personas, desde, en tránsito o con destino a España».

Por lo que, el Tribunal de instancia ha entendido que los hechos encajaban en la modalidad delictual de *tráfico ilegal*, prevista en el art. 318 bis 1 CP de modo correcto, pues comprende los supuestos de colocación ilegal de personas, no cabiendo duda de que con su proceder los acusados favorecerían la colocación, al margen de los mecanismos legales, de unos ciudadanos extranjeros que *se hallaban en tránsito* en nuestro país. (FJ 3.º)

7. Delitos contra la Hacienda Pública

También los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 305 y ss), siguen siendo objeto de sentencias que abordan cuestiones jurídicas de importancia.

Así, en la STS 20-1-2006 (Rc 1907/03), se estudiaron los conceptos de **engaño** y **dolo**, en el delito fiscal, en un caso curioso pues, entre las alegaciones defensivas, se incluyó que el Inspector Fiscal llegó a considerar correcta la liquidación cuestionada.

Pues bien, sobre las cuestiones indicadas, se dice: «El concepto de engaño en el delito fiscal no difiere del engaño del delito de estafa. Es evidente que tanto el Código de 1973, como el actual, consideran que la estafa es una forma de defraudación y que históricamente el delito fiscal proviene del tipo de la estafa. En el elemento típico engaño, por lo tanto, no deben existir diferencias. La jurisprudencia de esta Sala ha definido repetidamente el concepto de engaño como la afirmación de lo falso como si fuera verdadero o el ocultamiento de lo verdadero. En diversos precedentes se ha admitido también la comisión del engaño por

omisión (de informar sobre circunstancias respecto de las cuales el sujeto activo era garante). En el caso del delito fiscal este concepto de engaño se ha trasladado de tal manera que las declaraciones incompletas, incorrectas o falsas resultan típicas, pues en ellas se afirma como correcto lo que en realidad no es así. Afirmar un hecho como ocurrido en un determinado tiempo que no es el legalmente establecido, por lo tanto, es una acción que se subsume bajo el tipo del delito fiscal».

Y en cuanto al dolo: «El dolo sólo se excluye por el error (art. 6 bis a) CP 1973 y 14 CP) y en el presente caso el error que excluiría el dolo debería versar sobre el deber fiscal y concretamente sobre la imputación temporal de la renta obtenida. No es necesario a los fines de este caso aclarar si ese error excluye el dolo (art. 6 bis a) CP 1973 y 14.1 CP) o si sólo elimina la conciencia de la antijuricidad, dado que el recurrente no ha alegado ninguna circunstancia adecuada para explicar un error sobre ese punto, es decir, sobre el alcance del art. 22 de la Ley del Impuesto de las Sociedades». (FJ 10.º)

De igual modo, merece cita la **STS 14-11-2005 (Rc 2522/03)**, en la que se examina la siempre resbaladiza cuestión de la interrupción de la **prescripción**. La doctrina que se sienta, es la siguiente: «Aunque se reputare que la presentación ante el Juez de la querrela o denuncia no puede tomarse como *dies ad quem* —véase sentencia del 14/03/2005 TC—, en el presente caso el Juzgado dictó el 06/09/1996 auto de incoación de Diligencias Previas en el que se acordaba oír a los denunciados sobre los hechos de la denuncia y participación que en ellos hubieran tenido; y, en la misma fecha, fueron librados los despachos derivados. Denuncia que iba dirigida por el Ministerio Fiscal contra los mencionados Segundo, G A y G Z, como integrantes del Consejo de Administración de A... por hechos substancialmente coincidentes con los enjuiciados que pudieran constituir delito fiscal en relación con el VA y el Impuesto de Sociedades. No cabe negar que aquel auto supuso dirigir el procedimiento contra los culpables; véanse sentencias de 26/07/1999 y 04/02/2003, TS. La prescripción quedó interrumpida, con arreglo al art. 132.2 CP, antes art. 114 CP73». (FJ 9.º)

8. Delitos contra la Ordenación del Territorio

Siguen sin ser frecuentes los delitos contra la ordenación del territorio sobre los que se pronuncia la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo.

Por eso, son particularmente apreciadas, las sentencias en las que se examina la problemática que plantea esta «nueva delincuencia», sin duda cada vez más habitual.

En tal sentido, la **STS 28-3-2006 (Rc 2067/04)**, constituye un espléndido referente en cuanto al estudio del **bien jurídico protegido** y la aplicación, a esta materia, del principio penal de **intervención mínima**.

En efecto, en la mencionada sentencia se hace un detallado examen de estas cuestiones, cuyos exponentes más interesantes, entresacamos:

«reducir la intervención del derecho penal, como ultima “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos—los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social—pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado “principio”. (FJ 8.º)

.... Pues bien no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la “normativa”, sobre ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP, sino que así como en el delito ecológico (art. 325), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio

ambiente, en el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística —un valor formal o meramente instrumental— sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE.), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos” pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica —en mayor o menor medida— a toda una colectividad. Su protección —entiende la doctrina más autorizada— se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución».

Y en cuanto al **urbanismo**, se dice: *«No olvidemos, como recuerdan las SS 26.5.2003 y 18.1.97 que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al “habitat” de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan».*

No sancionándose estos atentados urbanísticos *«cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como (por) el principio de proporcionalidad, por cuanto un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de anti-juricidad».* (FJ 22.º)

9. Detención ilegal

Seleccionamos respecto al clásico delito de detención ilegal, la solución que da la Sala a la cada vez más frecuente problemática de la concurrencia del tipo con el delito de prostitución coactiva del art. 188 CP, generado por las mafias extranjeras que, aprovechándose de una inmigración engañosa, utilizan después a sus compatriotas, para obligarlas a ejercer la prostitución.

Buen ejemplo de esta temática, lo proporciona la **STS 31-10-2005 (Rc 1066/04)** en la cual se sienta la doctrina, ya recogida en SSTs 30.1 y 21.11 de 2003, siguiente:

«Como sucede en otros tipos delictivos (por ejemplo el robo con intimidación o la propia violación) la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aún instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza.

En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del “bis in idem” así como la aplicación del principio de especialidad, nos lleva a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución conlleva las manifestaciones menores de restricción deambulatoria insitas en el comportamiento sancionado en el tipo. De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el art. 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal...

La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien su encierro o internamiento en un lugar del que la víctima no le es posible salir por si misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por si mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se va más allá de

la mera restricción deambulatoria insita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución».

Doctrina, cuya aplicación al relato fáctico del caso, se traduce en que «—salvo la retirada del pasaporte— no se hace referencia a especiales medidas de vigilancia y por el contrario la víctima disponía de una capacidad de movilidad y posibilidad de relacionarse con otras personas, que de hecho le permitieron poner fin a la situación que soportaba, no se dan los requisitos del tipo penal del art. 163 CP». (FJ 7.º)

10. Estafa

La estafa ha seguido siendo, en el año judicial que examinamos, uno de los delitos sobre los que se han dictado mayor número de sentencias.

De los temas más interesantes tratados, ofrecemos la siguiente muestra:

Sobre la **doble venta**, la **STS 28-2-2006 (Rc 2536/04)**, se pronuncia recogiendo la doctrina actual:

«que considera suficiente la venta en documento privado sin “traditio” posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de “doble venta”. Como expone la reciente STS n.º 1193/02, de 28/06, con cita de la precedente de 14/02/94, “la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el art. 531.2 del Código Penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1.983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del art. 531 antes citado”, añadiendo que “si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el art. 1450 del Código Civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determi-

nado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del art. 531 del Código Penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado”. La STS n.º 1927/02, de 19/11, abunda en esta línea, con cita de la S 1193/02, argumentando que “los dos párrafos del art. 531 del C., Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato —título— no ha transmitido la cosa —modo—, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la “traditio”, entendiendo que existe un derecho de crédito del “comprador” frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (TR 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del Código Penal aplicable a los hechos”.

Doctrina consolidada en la redacción actual del art. 251 CP 1995, cuyo apartado 1.º, además de variar la redacción del art. 531.I del anterior Código extiende el tipo a la “cosa mueble” y añade el dolo específico “en perjuicio de éste (la víctima) o de tercero”, y el apartado 2 para el caso de la doble venta (o gravamen posterior a la venta), precisa que el tipo penal se comete cuando habiendo enajenado (la cosa) como libre, la gravare o enajenare nuevamente “antes de la definitiva transmisión al adquirente”, frase ésta que parece salir del paso de los problemas que había vendió planteando la necesidad o no de la traditio real o ficticia en la primera venta, resolviendo la polémica en favor del delito aunque falte la traditio». (FJ 4.º)

También es digna de atención, la **STS 12-12-2005 (Rc 727/04)** que se ocupa de la **necesidad de acreditar el engaño, que debe describirse en los «hechos probados».**

En consecuencia, dice la sentencia, *«no se explica en los hechos probados de qué modo lograron convencer a la perjudicada y, por lo tanto, no es posible establecer si lo hicieron mediante engaño o no. El engaño es la única forma de acción que configura el delito de estafa y se da—como lo ha señalado la jurisprudencia en múltiples precedentes— cuando el sujeto activo obra ocultando circunstancias reales que debía comunicar al sujeto pasivo o invocando circunstancias falsas para inducir a la víctima a la disposición patrimonial lesiva.*

Por otra parte, a la vista de la ausencia de descripción de la acción que se considera engaño, si la versión de los acusados se reconoce como razonable y es posible considerar que tenían el propósito de mantener el restaurante, resulta que la situación se asemeja más un mal negocio de las dos partes que a un delito de estafa. Dicho de otra manera: en las circunstancias del caso no resulta posible afirmar que los acusados ocultaron su propósito de incumplir las obligaciones asumidas, pues, por lo general, en casos de tan difícil prueba es necesario acudir a una clara demostración a través de la conducta posterior del sujeto activo.

En este sentido, La Audiencia no ha podido aportar los elementos que corroboran su afirmación de que los acusados solicitaron los préstamos “a sabiendas de que la situación de bancarrota iba a impedir sacar adelante su negocio”. Parece claro que tal afirmación debería haber sido constatada mediante una comprobación de las fechas de los préstamos y la situación financiera de los acusados en ese momento, así como mediante la verificación del uso dado por ellos al dinero obtenido mediante dichos préstamos, cuestión respecto de la cual no hay en la sentencia ninguna consideración». (FJ Unico)

También tiene interés la **STS 13-12-2005 (Rc 1757/04)**, sobre el **engaño bastante** que partiendo de la dificultad de calificar una conducta engañosa de «bastante» para calificarla de estafa —siempre que se den el resto de requisitos exigidos por el tipo— indica que, al respecto, suele afirmarse que *«la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y*

situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de auto-defensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Y añade que « además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa. (STS 316/2001, de 20 de diciembre)». (FJ 1.º)

Sobre la temática del **engaño al Banco** la **STS 9-10-2005 (Rc 86/2004)** examina la cuestión desde la perspectiva del nivel de diligencia de la actividad de la víctima, indicando que el engaño no puede quedar a merced de la diligencia de la víctima porque en ese caso quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan de la debilidad convictiva de ciertas víctimas o traspasan el principio de confianza en el tráfico mercantil.

Por eso, concluye la sentencia *«no puede argumentarse que las barreras protectoras de los bancos en esta materia, impidiendo el pago de aquellos cheques en cuantía superior a 600 euros, sin comprobación de las firmas, sea la causa del éxito final de su maniobra engañosa; primeramente, porque ese mecanismo no aparece expresado en los hechos probados; en segundo lugar, porque ese plano de protección no aparece diseñado para neutralizar el delito, sino para regir las relaciones entre el banco y su cliente. Así, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, dispone en su art. 156, que “el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa” ; y tercero, porque el recurrente hizo todo aquello que estaba en su mano para conseguir el resultado engañoso que en efecto se produjo, como ya lo hemos dejado razonado más arriba. Aquí, la estafa tiene una estructura que esta Sala ha denominado como triangular en algunas resoluciones, porque uno es el sujeto que engaña, otro el engañado (en este caso, la entidad bancaria) y*

otro el perjudicado (titular de la cuenta bancaria). No obstante, las relaciones internas entre estos dos últimos, se rigen por la legislación mercantil que hemos citado». (FJ 2.º)

Y concluimos con una sentencia sobre la denominada **estafa electrónica.**, prevista en el art. 248.2 CP, en la que se absolvió a causa de un problema de deficiente calificación (el acusado venía acusado por el tipo básico del art. 248.1 CP).

Se trata de la **STS 24-2-2006 (Rc 2363/04)**, cuyo razonamiento es el siguiente:

«...Es claro que el delito de estafa, único por el que el recurrente ha sido acusado, no concurre en estos casos, dado que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas —es obvio que no es “otro”, como reclama el texto legal—, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave.

Sin embargo cabría pensar, sólo hipotéticamente, que el uso abusivo de tarjetas que permiten operar en un cajero automático puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del art. 248.2 CP, dado que tal uso abusivo constituye un «artificio semejante» a una manipulación informática, pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores. Pero este tipo, no puede ser considerado homogéneo con el del art. 248.1 CP y, en todo caso, no ha sido objeto de acusación». (FJ 1.º.2)

11. Falsedades

Tampoco han escaseado en el último año, las sentencias en materia de falsedad documental.

De ellas, seleccionamos las siguientes:

STS 10-11-2005 (Rc 1613/04) sobre el **delito continuado**. La referida resolución afirma: *«...aunque existan pronunciamientos de esta Sala, como el citado por el propio Ministerio Público (STS de 14 de julio de 1999), que consideraron una sola acción la materialidad, llevada a cabo por un funcionario de la Policía de fronteras, de estampar sucesivamente*

siete sellos en otros tantos pasaportes con las fechas de entrada en nuestro país alteradas, hay que recordar que en otras Resoluciones, más próximas en el tiempo y análogas en el contenido al supuesto a que aquí nos referimos, como la STS de 13 de junio de 2003, se califica la confección, en un solo acto, de tres letras de cambio falseando la firma de un Administrador, como delito continuado pues, en realidad, se están generando diferentes documentos falsos, con vida propia y autónoma cada uno de ellos en el tráfico mercantil y, por ende, constituyendo, caso a caso, otras tantas agresiones al bien jurídico digno de protección que, por ende, se individualizan configurando, en realidad, una "...pluralidad de hechos..." delictivos, como requiere el precepto mencionado, art. 74.1 del Código Penal, en este supuesto, en definitiva, correctamente aplicado». (FJ 2.º)

Sobre **falsedad ideológica**, podemos citar las **SSTS 14-10-2005 (Rc 371/04)** y **25-1-2006 (Rc 2072/04)**.

En la primera, se recuerda que no se ha producido en el Nuevo Código la pretendida despenalización de la falsedad ideológica, es decir, aquella en la que todo lo que se narra: fecha, intervinientes, son ciertos pero las operaciones en ellos narradas no corresponden a actividad comercial alguna. Se estaría ante un documento genuino por sus intervinientes pero inauténtico por su contenido, por lo que se estaría ante simulación de un documento «...que induzca a error sobre su autenticidad...», previsto en el art. 390.1.2.º del Cpenal de 1995, equivalente al art. 302-9.º del CP de 1973.

Y se concluye con que «*como ya se dijo en la STS n.º 1302/2002 de 11 de julio de 2002, "...tras la celebración del Pleno citado —26 de febrero de 1999—, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2.º del Cpenal de 1995, en correspondencia con lo dispuesto en el art. 302-9.º del Cpenal 1973..."*». (FJ 2.º)

Y en la segunda, se insiste: «*los supuestos específicos en que resulta típica de forma autónoma esta modalidad falsaria, "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad", son necesariamente los de simulación de un documento*

por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad».

En efecto como señalan las SSTs 1647/1998, de 28 de enero de 1999 y 1649/2000, de 28 de octubre, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, como ocurre con una factura confeccionada, simulando que se trataba de un auténtico documento acreditativo de trabajos que ni se habían realizado en el montante o concepto consignado, ni se habían realizado por importe o concepto alguno, no existiendo en absoluto la relación u operación jurídica que se pretendía acreditar simulando una documento que la reflejase.

En el caso actual es claro que la carta y la factura que le acompañaba se trata de documentos confeccionados deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídico mercantil absolutamente inexistente, por lo que se integran en la modalidad típica anteriormente expresada. (FJ 11.º)

Por último, el posible concurso entre los delitos de falsedad y estafa, se aborda en la STS 27-12-2005 (Rc 1428/04), sobre la base de la doctrina del concurso medial, con la excepción en el supuesto de falsificación en «documento privado», en el cual el delito de estafa absorbe la falsedad.

La sentencia resuelve el tema de este modo: «*La conducta realizada se subsume en el delito de falsedad en documento mercantil y en el delito de estafa, de la que el primero es medio para el segundo, es decir, el régimen de concurrencia entre ambos delitos es el del concurso ideal medial. En cuanto se refiere a la cuestión de la posible absorción de la falsedad por el delito de estafa, baste decir que tal tesis (v. art. 8.3.ª CP) es aplicable a los supuestos en que el documento falso sea un “documento privado”, por el carácter finalista de este tipo falsario, que requiere para su comisión la intención de “perjudicar a otro” (v. art. 395 CP*

y, *ad exemplum*, STS de 29 de octubre de 2001), mas no lo es cuando de documentos públicos, oficiales o de comercio, se trata, pues en este supuesto el tipo penal no exige la concurrencia de dicho elemento subjetivo (v. art. 392 CP y, *ad exemplum*, la STS de 17 de julio de 2003)» (FJ 13.º).

En el caso de la sentencia, se condena por falsedad de un documento mercantil, utilizado como medio engañoso para conseguir el cobro del importe contenido en el cheque por lo que la decisión del tribunal de instancia —al apreciar la existencia de un concurso medial del art. 77 del Código Penal— resultó plenamente ajustada a Derecho.

12. Homicidio imprudente

Sobre el art. 142.3 CP, homicidio imprudente profesional, la STS 13-3-2006 (Rc 227/05), examina el tipo, en relación a un agente de policía que abatió a un atracador, utilizando su arma reglamentaria.

La sentencia, después de recordar la doctrina sobre la «lex artis» y el contenido del art. 5.2 d) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que establece, como principios de actuación los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, resuelve el caso, del siguiente modo:

«Llegados a este punto, es preciso reconocer que el especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de Policía Local que ostentaba el acusado, que, por tal circunstancia, había de tener una especial capacitación —teórica y práctica— para ello, ha sido tenida en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente (v. FJ 9.º), lo cual impide, lógicamente, tener en cuenta de nuevo su condición de Policía Local para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional, por cuanto ello implicaría, de un lado, un indebido “bis in idem”, y, al propio tiempo, una aplicación prácticamente objetiva —impropia de un derecho penal de culpa— de un subtipo penal agravado, lo que no es jurídicamente admisible. En todo caso, no puede desconocerse que, como ya hemos puesto de relieve en el Fundamento Jurídico anterior, el uso del arma reglamentaria por parte del acusado (que es lo que podría afectar más directamente al aspecto profesional de su actuación), estaba legalmente justificada, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, de tal modo que cuanto afecta a la mayor o

menor destreza en el uso del arma, al efectuar el disparo causante de la muerte de uno de sus compañeros, debe ser valorado fundamentalmente a la hora de calificar su imprudencia que, como ya hemos dicho, debe ser considerada grave a los efectos del art. 142.1 del Código Penal». (FJ 10.º)

13. Lesiones

En relación a este delito, destacamos las **SSTS 5-5-2006 (Rc 94/05), 10-2-2006 (Rc 2527/04) y 27-12-2005 (Rc 2455/04)**, que abordan, respectivamente, la delimitación del tipo básico del de deformidad, en relación con la causación de la pérdida dolosa de piezas dentarias; la falta de lesiones y las lesiones síquicas.

En la primera sentencia, se establece, con meridiana claridad el criterio determinante en materia de **deformidad por pérdida de piezas dentarias**, recordando la doctrina de que:

«Hemos examinado el abundante número de sentencias de esta sala advirtiendo cómo en ellas, si no hay alguna circunstancia especial que acompañe a la pérdida de la pieza, como pudiera ser alguna dificultad concreta para su reparación odontológica, se aplica al caso el delito básico del art. 147, no así cuando se trata de pérdida de dos o más piezas, salvo que éstas se encontraran desde antes deterioradas.

Véanse las STS 1079/2002, 20/2003, 524/2003, 1022/2003, 1270/2033 y 838/2005».

Resultando, para valorar la situación, que en estos casos *«la doctrina de esta sala viene dando particular relevancia al principio de inmediatez, porque la víctima, que suele acudir al juicio oral como testigo principal de los hechos, es vista por la propia sala de instancia, quien tiene a su alcance observar su aspecto, lo que no puede realizar este tribunal».* (FJ 2.º).

En la segunda sentencia citada, **STS 10-2-2006**, se examinan los resultados lesivos causados por la **aplicación de los grilletes** por parte de miembros de la policía local, a un detenido, y que el Tribunal Supremo rebaja de delito a falta de lesiones, en base al siguiente razonamiento:

«Pues bien, en la ocasión de autos, los agentes de la Policía Municipal, no queriendo (ni en mera aceptación), como ha quedado

sentado, causar daño a la integridad corporal o a la salud de Fernández, llevaron a cabo voluntariamente, una conducta peligrosa, como era la de aplicación de los grilletes situando los brazos a la espalda, a pesar de que el afectado les manifestaba el dolor que le estaban produciendo, omitiendo así la precaución congruente con tal riesgo. Conocimiento del riesgo y congruencia en el modo de actuación exigibles en quienes eran miembros formados de la Policía Local.

10. Nos hallamos ante una imprudencia que deberá ser sancionada con arreglo al art. 152.1.1.º y 3 CP, de ser reputada grave, y con arreglo al art. 621.3, de no serlo. Descartada la inclusión en el art. 621.1, por cuanto que no consta una minoración en el desvalor del resultado que permitiera desplazar, para el supuesto del tipo doloso, la aplicación del art. 147.1 por la del art. 147.2.

Radicando la diferenciación entre la gravedad y la no gravedad de la imprudencia en la intensidad de la infracción del deber de cuidado, ha de añadirse que tal intensidad debe quedar referida a que las normas de cuidado infringidas sean o no tan elementales como para entender que las respetaría el menos diligente de los ciudadanos (grave) o un ciudadano cuidadoso (leve); véanse sentencias de 23/12/2002 y 15/3/2002, TS» (FJ 11.º)

Por último, la antedicha **STS 27-12-2005**, estudia las **lesiones síquicas** y, más en concreto la posibilidad de su **comisión por imprudencia**, descartando tal posibilidad.

La resolución adopta tal criterio en base a que *«Las consecuencias psíquicas se generan siempre a través de comportamientos de hábito, es decir, de repetición de conductas que desembocan además del sufrimiento aislado derivado de cada acto, en una lesión psíquica.*

La exclusión de la forma imprudente en la comisión de este delito se refuerza si acudimos a la regulación de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. El art. 173 del Código Penal considera como acción típica infligir a una persona un trato degradante que menoscabe su integridad moral. A continuación se refiere a los que “habitualmente utilicen violencia psíquica” ejercida sobre las personas unidas por relación de afectividad. Es evidente que estas actitudes o comportamientos nunca se pueden cometer por imprudencia lo que descartar el propio Código Penal». (FJ4.º)

14. Prevaricación

Destacamos en relación a la prevaricación, el primero de los delitos previstos en el Título correspondiente a los delitos contra la Administración de Justicia, una sentencia que aborda el concepto de **resolución injusta**, a los efectos del art. 446 y 447 CP.

Como se sabe, la prevaricación judicial es predicable tanto de sentencias como de resoluciones injustas, por lo que resulta ineludible precisar el significado de estas últimas.

A tal propósito sirvió la **STS 15-2-2006 (Rc 346/05)** que delimitó con gran concreción dicha cuestión, al afirmar que:

«...es evidente que conforme dispone el art. 244 LOPJ las resoluciones de los tribunales cuando no están constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los jueces y presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo se llamarán acuerdos, añadiendo en su apartado segundo que la misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales. De lo anterior se desprende que genéricamente los actos judiciales se denominan resoluciones, que comprenden tanto los jurisdiccionales como los gubernativos, reservándose el término acuerdo específicamente a éstos últimos, luego el entendimiento del tipo objetivo del art. 446.3 CP debe ser conforme al precepto orgánico mencionado más arriba. Indudablemente, el acuerdo constituye una resolución y por ello no existe aplicación indebida del precepto sustantivo mencionado, máxime cuando la sentencia o resolución injustas van precedidas del adjetivo indefinido “cualquier”. Además, el carácter instrumental del acuerdo no prejuzga tampoco formalmente las categorías mencionadas, siendo irrelevante la calidad de su contenido siempre que incorpore un acto judicial dirigido a producir ciertos efectos, como es el caso». (FJ 2.º)

15. Quebrantamiento de medida de aislamiento

La delincuencia familiar, y más en particular, la derivada de la violencia de género, tiene en la medida de alejamiento, uno de sus elementos más característicos.

Las incidencias que plantea dicha medida, conectadas a la delimitación de su naturaleza, es cuestión de la máxima actualidad y que genera abundante casuística.

En tal sentido, la STS 26-9-2005 (Rc 781/04 P), examina el tema desde un ángulo muy frecuente, la reanudación de la convivencia, estando vigente la mentada medida. ¿Cabe, en esos casos, hablar de un delito de quebrantamiento previsto en el art. 468 CP?

La mencionada resolución, excluye tal posibilidad, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«la efectividad de la medida depende —y esto es lo característico— de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima —en cuya protección se acuerda— de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

(...)

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener —en su caso— otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger

a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia». (FJ 5.º)

16. Robo con violencia

Entre las sentencias que se han ocupado del delito de robo, no tan frecuentes como las dictadas en otras materias de orden económico, como la estafa o la apropiación indebida, tiene interés la **STS 23-11-2005 (Rc 2078/04)**, que aborda un robo a punta de pistola perpetrado por unos funcionarios de policía a unos ciudadanos extranjeros que circulaban a bordo de su automóvil.

Esas «oportunidades delictivas» que genera el turismo y la inmigración, encuentran un buen ejemplo en el presente caso, en el que la cuestión jurídica debatida era si cabía considerar incluida en la intimidación constitutiva del robo, la propia condición de policía de los autores, o si era posible aplicar la circunstancia agravante de prevalimiento de autoridad, prevista en el art. 22 7.ª CP.

Nuestro más Alto Tribunal considera que la intimidación subsume el prevalimiento, habida cuenta de las circunstancias definitorias del hecho delictivo.

En concreto, se razona del siguiente modo:

«En nuestro caso, el requerimiento para detenerse, salir del automóvil ser cacheados, dejar sus pertenencia a disposición de los agentes y permanecer fuera y a cierta distancia del vehículo, bajo el control y custodia de algunos miembros del grupo policial, mientras otro de ellos se apoderaba de gran parte del metálico que había sido puesto a disposición de los autores sólo en virtud de tal coerción, ha de suponer la integración de todos los elementos típicos del delito de robo.

El mal con el que se conmina —implícito en la acción desplegada— consiste, como mínimo, en la posibilidad de detención como consecuencia a las órdenes de los agentes; y no es necesario que se verbalice, pues se percibe inequívocamente por los sujetos pasivos, extranjeros y con dificultades idiomáticas, mediante la actitud mostrada, lenguaje corporal utilizado y exhibición de placas y de algún arma, por los sujetos activos.

(...).

Por ello, la utilización por los acusados de su condición de funcionarios de Policía, no para restringir meramente, sino para vencer la voluntad opuesta al despojo de las víctimas, paralizando absolutamente la reacción defensiva que respecto de sus bienes hubieran realizado aquéllas, integrando esta actuación la intimidación eficaz propia de este delito de robo, impide considerar la agravante de prevalimiento, so pena de considerar el mismo elemento dos veces, una a efectos de tipificación y otra a los de una agravación que resulta improcedente.

En esta línea, nos decía la STS de 12-3-1992, n.º 338/1992, que la agravante ahora considerada “es una imposición que se proyecta por la importancia del sujeto activo, por el carácter especial del sujeto activo, por la influencia o poder del sujeto activo. Es inherente a los funcionarios, pero nada tiene que ver con el exceso de celo ni con las extralimitaciones delictivas en actos de servicio cuando el sujeto activo desborda la legítima y prudencial medida a que debió atenerse (Sentencia de 8 de febrero de 1968), incurriendo con ello en el correspondiente delito que la Ley debe castigar pero sin agravarlo indefectiblemente”». (FJ 12.º)

17. Salud pública

Los delitos contra la salud pública, en su versión de narcotráfico, siguen siendo los que originan el mayor número de pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Muchos temas son repetitivos y buscan, en el recurso de casación, dilatar el momento de la ejecución, que, en este ámbito, supone penas de prisión.

Sin embargo, también existen sentencias que tratan cuestiones menos frecuentes o, incluso, más originales. De este grupo, examinaremos las más interesantes.

Sobre **complicidad** en estos delitos, la **STS 21-10-2005 (Rc 1629/04)** recuerda que *«No es fácil establecer unos contornos seguros en las actuaciones, siempre periféricas o de segundo grado, en las que ni se crea, ni se traslada, ni se entrega o recibe, ni se posee la droga. Para distinguir la conducta del cómplice del cooperador necesario habrá que ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o imprescindible, a la luz de las teorías, sobre la “condictio sine qua non”, sobre bienes escasos o sobre el dominio funcional del hecho, no exentas de imperfecciones, pero utilizables para discernir cuándo la actuación auxiliar es decisiva y supone un aporte al hecho difícil de conseguir, o es capaz de determinar el cese de la actividad delictiva al retirar su apoyo.*

Entre los casos concretos de complicidad admitidos por esta Sala podemos citar:

a) La mera indicación al consumidor que quiere comprar la droga del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar.

b) La ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga.

c) El transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación.

d) La recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista.

e) El acompañante de otro implicado en el tráfico, con la sola finalidad de proveer de apariencia de licitud al viaje que tenía por objeto el transporte de la sustancia de tráfico prohibida.

f) Conducir el vehículo en que otra persona transporta la droga». (FJ 6.º).

Y la **STS 28-11-2005 (Rc 137/05 P)**, en un caso en que una persona permite el almacenamiento de sustancias tóxicas respecto de las cuales el almacenista no tenía vinculación ni disposición alguna, es considerado complicidad, sobre la base de que lo decisivo, para diferenciar entre

cooperación necesaria y auxiliar, es «*la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares*», siendo lo decisivo valorar la «*eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido*» .

También se refiere a esta problemática, la **STS 15-9-2005 (Rc 492/04 P)**, que contiene una nutrida jurisprudencia sobre esta materia.

Sobre las consecuencias de la **no determinación de la pureza** de la sustancia, anotamos tres pronunciamientos: **SSTS 15-3-2006 (Rc 691/05)**, **9-2-2006 (Rc 1653/04)** y **13-2-2006 (Rc 1508/04)**.

En la primera, se censura al Tribunal de instancia ya que «*Con notable descuido y un cierto automatismo, se prescinde del análisis cualitativo del laboratorio. En el folio 50, figura el informe al que se le ha dado únicamente carácter de documento, ya que nadie ha solicitado una pericia que aclarase un punto tan trascendental como la composición analítica de la pastilla para determinar, de forma clara, si estaba por debajo o encima de los límites marcados por el Instituto Nacional de Toxicología, organismo que señala las dosis tóxicas de forma abstracta.*

En consecuencia, no es posible realizar una lectura del documento en contra de los intereses del acusado, sin quebrantar principios básicos del proceso penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado». (FJ 1.º)

En la segunda de las sentencias citadas, se aborda la misma cuestión de forma un poco más profunda, diciendo: «*aunque hemos señalado que la determinación del porcentaje de principio activo de las drogas objeto del tráfico no necesita de modo imprescindible ser acreditada por prueba pericial analítica, pudiendo serlo a través de un juicio de inferencia basado en la valoración de elementos indiciarios especialmente sólidos, como ocurre cuando la cantidad de droga excluye toda probabilidad racional de que la cantidad de principio activo sea inferior a la establecida por esta Sala como dosis mínimas picoactivas; si bien esto es así (véanse SSTS de 26 de junio de 2002, 10 de julio de 2002, y 30 de junio de 2005), ello no será posible cuando la sustancia estupefaciente incautada al acusado sea tan significativamente escasa como en el caso que examinamos: 120 miligramos brutos de heroína y 260 de cocaína, también brutos, teniendo además en cuenta que las sustancias prohibidas se incautaron en el último estadio del largo proceso de tráfico prohi-*

bido, cual es el de la venta en la calle al menudeo, después de haber pasado por los numerosos intermediarios que intervienen en esta ilícita actividad según nos enseña la experiencia, siendo lo habitual que en cada uno de esos pasos la droga se corte con lo que al final de ese “iter”, llega al consumidor de la calle normalmente con unos porcentajes mínimos de principio activo, no siendo anómalo que éste se encuentre por debajo del 1%.

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser estimado y casada la sentencia impugnada, dictándose otra por esta Sala en la que se declare la absolución del acusado». (FJ 2.º)

Y finalmente, en la STS de 13-2-2006, se absuelve, también, al recurrente, «cuando —como es el caso que se contempla— la conclusión de un informe de que en 0,13 gramos de un producto que no se identifica hay cocaína, sin que conste la proporción, se transforma en la afirmación de que lo intervenido fueron 0,13 gramos de aquella sustancia estupefaciente, se hace una inferencia en contra del acusado, que contradice de manera esencial la presunción de inocencia como regla de juicio. Pues, en efecto, se da por cierto que en lo incautado había un porcentaje de tóxico cuya existencia real no ha sido demostrada.

En consecuencia, y a tenor del estándar jurisprudencial aludido al principio, lo único que podría decirse aquí de los acusados es que vendieron una dosis de algo en la que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de actividad que se ignora.

Esto, claro está, sólo en el supuesto de que el resto de la prueba permitiera atribuirles la dedicación a la venta que les fue imputada; materia en la que por razón de la relevancia de lo expuesto no resulta necesario entrar.

Por tanto, tienen razón los recurrentes y el Fiscal, falta un elemento del tipo objetivo del art. 368 Cpenal, que no debería haberse aplicado». (FJ Único)

Sobre la temática del concepto de **organización** que, en esta materia, cualifica los hechos, constituyendo el subtipo cualificado previsto en el **art. 369 2.º CP**, citamos dos sentencias:

La primera, **STS 10-3-2006 (Rc 846/05)** que considera los hechos un mero caso de codelinuencia ya que: *«tan sólo participan tres personas y la cocaína ocupada no alcanza los 190 gramos, aspecto éste de extraordi-*

naría importancia a la hora de afirmar la existencia de verdadera “organización” delictiva, no advirtiéndose tampoco la presencia de instrumentos o medios de cierta entidad o sofisticación, más allá de los útiles propios para la manipulación de la sustancia, a disposición de los ejecutores de la actividad delictiva, de admitirse aquí la aplicación del subtipo agravado ello nos llevaría a reconocer esa presencia en todos aquellos supuestos en los que más de una persona, en concierto entre sí, ejecutan tareas de favorecimiento del consumo de sustancias de tráfico prohibido». (FJ 2.º).

Y la segunda, la **STS 22-2-2006 (Rc 2159/04)**, que recuerda que los elementos del concepto organización, conforme a la doctrina de la Sala (SSTS 1.3.2000, y en el mismo sentido las SS 18.9.2002, 899/2004 de 8.7 y 1167/2004 de 22.10)son:

- a) Existencia de una estructura más o menos formalizada y establecida.
- b) Empleo de medios de comunicación no habituales.
- c) Pluralidad de personas previamente concertadas.
- d) Distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones.
- e) Existencia de una coordinación.

Y f) que debe tener finalmente la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.

Y concluye, con que el elemento clave de *«la existencia de una organización no depende del número de personas que la integran, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal (SSTS 24.6.95, 25.5.97, 10.3.2000), bien entendido que para que se aprecie este subtipo agravado no es preciso que todos los implicados participen directamente en los actos de comercio o difusión de la droga».* (FJ 9.º)

Sobre el siempre cuestionable aspecto de las posibilidades de apreciar **tentativa** en el delito contra la salud pública, la **STS 28-10-2005 (Rc 1246/04)**, examina dicha cuestión en relación a los **envíos internacionales**, para lo cual es exigible la concurrencia de cualquiera de estos elementos:

«1.º) que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º) sin ser el destinatario de

la mercancía; 3.º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Ver SSTS de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 a 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001). Ninguno de tales requisitos puede favorecer a Francesc B M, en tanto que participa en la operación de compra a una considerable escala, se concierta con el vendedor y espera con el maletín en donde se encuentra el modo de pago de la operación». (FJ 5.º)

Finalmente, damos cuenta de la **STS 18-1-2006 (Rc 1659/04)**, que trata el siempre complicado tema de los **indicios incriminatorios** en estos delitos. Al respecto, y examinando el caso concreto, afirma:

«a) El hecho de intentar desprenderse de la bolsa que contenía las mencionadas pastillas ante la llegada inesperada de la policía, no puede servir de hecho básico para inferir ese destino al tráfico, pues la misma conducta podría haber existido aunque la mencionada sustancia psicotrópica se hubiera poseído para el propio consumo. Conociendo, como todos los jóvenes conocen, la ilicitud de la mera posesión de estas pastillas, es explicable el intento de deshacerse de ellas, inmediatamente y de modo prácticamente instintivo, ante la presencia de los agentes de la autoridad, incluso en el caso de que se poseyeran todas ellas para ingerirlas el propio Jorge.

b) Tampoco puede tener validez en el sentido pretendido por la sala de instancia la circunstancia de no haberse probado que este señor fuera consumidor dependiente de la expresada sustancia psicotrópica. Los hechos básicos que pueden utilizarse como tales en una prueba de indicios han de estar completamente acreditados, como exigía antes el art. 1.249 del Código Civil que ha sido derogado por la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que ahora recoge en su art. 386.1 otra norma prácticamente igual al regular las llamadas presunciones judiciales que constituye en el proceso civil lo que representa en el penal esta prueba de indicios. En el caso presente tendría que haberse probado que Jorge no consumía éxtasis para que esto hubiera podido servir como tal elemento base para inferir que esas 46 pastillas las tenía para destinarlas a la venta. No basta al respecto el hecho negativo de la falta de prueba de que era consumidor de tal sustancia, que es el dato utilizado en la sentencia recurrida (párrafo penúltimo del fundamento de derecho 2.º). Repetimos, tenía que haber existido prueba de que no consumía tal clase

de psicotrópico, prueba que ahora es posible mediante determinados análisis biológicos que con frecuencia se realizan en el Instituto Nacional de Toxicología o en los laboratorios policiales». (FJ 2.º 2)

18. Terrorismo

Sobre delitos de terrorismo, una vez más, la **distinción entre pertenencia y colaboración con banda armada**, sigue siendo uno de los temas más importantes que plantea esta clase de delincuencia, y que no siempre es bien resuelto por el órgano enjuiciador competente.

Así, en la **STS 22-2-2006 (Rc 992/05 P)**, se trae a colación la amplia jurisprudencia ya existente, para concluir que en el caso en cuestión, los hechos son constitutivos de un delito de colaboración con banda armada del art. 576 CP y no, de pertenencia.

El fallo del Tribunal Supremo, se asienta en la siguiente motivación:

«Respecto a la distinción entre pertenencia y colaboración con banda armada, esta Sala tiene declarado—Cfr. Sentencia 510/2005, de 22 de abril— que desde el punto de la tipicidad de las conductas relacionadas con las actividades terroristas, cabe citar tres modalidades distintas: a) la simple pertenencia a una banda armada, organización o grupo terrorista (art. 515.21 CP); b) la genérica colaboración con dichas organizaciones (art. 576 CP); y c) la comisión o participación en concretas y determinadas conductas delictivas tipificadas en otros preceptos (v. gr., arts. 571, 572, y sigtes.). Añade esta Sentencia que el delito de colaboración presenta los siguientes caracteres: a) se trata de conductas que implican participación en actividades de la organización terrorista sin venir subordinadas a las exigencias del principio de accesoriedad; b) es un tipo residual, sólo se aplica cuando los hechos enjuiciados no constituyan una figura de mayor entidad; c) es un tipo penal de simple actividad y de peligro abstracto, en cuanto el legislador, en atención a la especial relevancia constitucional de los bienes jurídicos protegidos (la vida, la seguridad de las personas, la paz social), se ha visto compelido a anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, por cobrar un especial desvalor el acto en sí (v. SSTs de 24 de enero de 1992 y 29 de noviembre de 1997). La esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones,

medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo que la organización obtendría más difícilmente sin ayuda externa, prestada por quienes sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración (v. STS de 16 febrero de 1999).

Con parecido criterio se expresa la Sentencia 580/2005, de 6 de mayo, en la que se declara que se integran en el delito de colaboración todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuven a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la Organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la Organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo) constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la Organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas. En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la Organización obtendría más difícilmente- o en ocasiones le sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación. Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la Organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política. Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/03, 240/2004 de 3.3)».

Doctrina que aplicada al caso supone que existió colaboración con banda armada ya que la conducta del recurrente *«consistió en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones o servicios de cualquier tipo, que facilitan las actividades de la organización terrorista, sin que alcance la continuidad en el tiempo ni la intensidad precisa para afirmar una pertenencia que superase la mera colaboración periférica»*. (FJ 3.º)

19. Violencia familiar

Concluimos esta Crónica, con una referencia a las sentencias dictadas en relación a los supuestos de **violencia familiar o de género**, que cada vez en mayor cantidad, acceden a la casación.

Y así, en la **STS 5-10-2005 (Rc 1058/04)** se examina la relación entre el delito de violencia doméstica en sí, y la producción de lesiones, considerando que: *«en modo alguno puede considerarse que el delito de violencia doméstica absorba las lesiones psíquicas sufridas por la víctima consistente en trastorno de adaptación que tiene su causa en la situación de conflicto y maltrato psicológico causado por el recurrente, lesión psíquica que ha precisado de tratamiento médico de tipo psiquiátrico y apoyo psicoterapéutico, lesión que existiría aunque no hubiesen concurrido los elementos propios del maltrato de género o familiar que asimismo ha concurrido, y que mantiene su propia sustantividad con independencia, como se ha dejado antes expresado, de los concretos actos o conducta de agresión física o psíquica»*. (FJ 1.º)

Pero tal vez la sentencia de mayor interés, por contener una exégesis de la **evolución legislativa** de esta temática, sea la **STS 10-10-2005 (Rc 2295/04)**. En dicha resolución se dice:

«El nuevo Código Penal de 1995 en su art. 153 con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad “el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas —Exposición de Motivos— ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim con posterioridad a la fecha de los hechos por LO 11/2003 de 29.9, integrándolo en el art. 173.2 y 3.

Por lo que se refiere al tipo del art. 153 estas son:

a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente —que puede ser tanto hombre como mujer— y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminología viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

(...)

Y en relación con la individualización de los episodios de maltrato, “lo relevante —dice la sentencia— será constatar si en el “factum” se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal” .

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencia se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos —lo que podría constituir un problema de non bis in idem— parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real». (FJ 4.º)

Como se razona por el Tribunal de instancia, dadas las fechas en las que ocurrieron los hechos enjuiciados, procede examinar el art. 153 en la redacción que tenía antes de su reforma por LO 11/2003, de 29 de septiembre, ya que su contenido y el del art. 173.2 en su actual redacción no pueden considerarse que sean más favorables al acusado.

En todo caso, el bien jurídico protegido coincide esencialmente en ambos artículos y a él se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala.

Así, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2000 se declara que en las conductas que integran el delito de violencia doméstica se viene a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la integridad física o psíquica de las víctimas sino, esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Y en las Sentencias 927/2000, de 24 de junio y 20/2002, de 10 de enero, se expresa que el bien jurídico protegido es la paz familiar, por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar. Se añade que esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el art. 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y especialmente la integridad moral de las víctimas.

Como consecuencia de tales razonamientos, se concluye con que «en modo alguno puede considerarse que el delito de violencia doméstica absorba las lesiones psíquicas sufridas por la víctima consistente en trastorno de adaptación que tiene su causa en la situación de conflicto y maltrato psicológico causado por el recurrente, lesión psíquica que ha precisado de tratamiento médico de tipo psiquiátrico y apoyo psicoterapéutico, lesión que existiría aunque no hubiesen concurrido los elementos propios del maltrato de género o familiar que asimismo ha concurrido, y que mantiene su propia sustantividad con independencia, como se ha dejado antes expresado, de los concretos actos o conducta de agresión física o psíquica». (FJ 1.º)

