

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

| | |
|--|-----|
| I. DERECHO PROCESAL PENAL | |
| 1. PROCESO PENAL | 88 |
| 1.1. Principios procesales. Inmediación, acusatorio y contradicción..... | 89 |
| 1.2. Autoría: Comisión por omisión; conspiración..... | 93 |
| 1.3. Concursos delictivos: supuestos varios | 95 |
| 1.4. Competencia: Juzgados de Instrucción y Audiencia Nacional | 100 |
| 1.5. Prescripción: doctrina general y respecto al delito de contrabando | 100 |
| 1.6. Prueba. ADN. Coimputado. Contraindicio. Diligencias policiales. Entrada y Registro. Prueba Ilícita. Intervención de las comunicaciones e intervención de teléfonos móviles. Menor incomunicado. Parientes. Pericial oficial. Pericial toxicológica. Silencio del acusado. Testigo protegido | 101 |
| 1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Casación | 104 |
| 1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Motivación del veredicto de inculpabilidad. Recursos contra los Autos del Magistrado-Presidente | 107 |
| 2. JUICIO ORAL..... | 108 |
| 2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Acción popular. Auto de procesamiento. Tribunal imparcial | 108 |
| 2.2. Sentencia. Motivación de sentencia absolutoria. Revisión | 109 |
| 2.3. Penalidad. Supuestos de individualización..... | 111 |
| 2.4. Responsabilidad civil. Daños morales. Consecuencias para el tercero de buena fe. Derechos de la asegurado- | |

| | |
|--|-----|
| ra que indemnizó a la víctima. Subsidiaria: de Caja de Ahorros, Entidad Bancaria y Comunidad Autónoma... | 111 |
|--|-----|

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

| | |
|--|-----|
| 1. CUESTIONES GENERALES | 114 |
| 1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes..... | 114 |
| 1.2. Culpabilidad. Dolo. Error | 120 |
| 2. AGRESIÓN SEXUAL | 122 |
| 3. AMENAZAS | 124 |
| 4. APROPIACIÓN INDEBIDA | 125 |
| 5. BLANQUEO DE CAPITALS..... | 128 |
| 6. CORRUPCIÓN DE MENORES | 129 |
| 7. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS | 131 |
| 8. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA | 133 |
| 9. DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO | 134 |
| 10. DELITOS SOCIETARIOS | 136 |
| 11. DETENCIÓN ILEGAL | 138 |
| 12. ESTAFA | 139 |
| 13. FALSEDADES | 141 |
| 14. LESIONES | 142 |
| 15. MALVERSACIÓN | 143 |
| 16. PREVARICACIÓN | 145 |
| 17. SALUD PÚBLICA | 148 |
| 18. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS..... | 151 |
| 19. TERRORISMO | 153 |
| 20. VIOLENCIA FAMILIAR | 153 |

La Crónica de la jurisprudencia de la Sala Segunda, correspondiente al año judicial 2006-2007, comprende, además de la doctrina jurisprudencial estimada más interesante, los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala.

Los **acuerdos**, han abordado las siguientes cuestiones: alcance del art.714 LECrim; indemnización del daño moral; posible aplicación de la agravante de primera necesidad, prevista en el art. 250.1.1.º del código penal, a conductas defraudatorias a la seguridad social y servicios autonómicos de salud relacionados con los medicamentos; pena aplicable en relación a la pena pedida; legitimación en el proceso penal de la actividad de la entidad aseguradora; concurso existente entre los arts.188.1 y 318 bis 2 CP y responsabilidad de la aseguradora en caso de responsabilidad dolosa del asegurado.

Empezando por la primera de las cuestiones citadas, el **Acuerdo de 28-11-2006**, dispuso: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».

Sobre la indemnización del «daño moral», se alcanzó el Acuerdo de 20-12-2006 mediante el cual: «Por regla general no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales y es compatible con el art. 250.1.6 CP».

En cuanto a la posible aplicación de la agravante de primera necesidad, prevista en el art. 250.1.1.º del código penal, a conductas defrauda-

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, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Juan SAAVEDRA RUIZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

torias a la seguridad social y servicios autonómicos de salud relacionados con los medicamentos, el **Acuerdo de 20-12-2006**, estableció que: «En el caso de medicamentos el concepto cosas de primera necesidad del art. 250.1.1.º debe ser entendido en relación a las necesidades de quienes sufran las consecuencias del delito».

E igualmente, mediante **Acuerdo** adoptado en el Pleno celebrado el **20-12-2006**, se decidió que: «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa».

Por su parte, el **Acuerdo de 30-01-2007**, resolvió que: «Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado».

En la sesión de **24-04-2007**, se adoptaron los siguientes **dos acuerdos**: «La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art.188.1 y del previsto en el art.318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos». Y «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, los criterios jurisprudenciales que estimamos más relevantes, establecidos en el año judicial 2006-2007.

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 mis-

mas, y de las que hemos seleccionado, las que exponemos a continuación, conforme al orden seguido otros años.

1.1. Principios procesales. Acusatorio. Contradicción. Inmediación

Capítulo esencial en la jurisprudencia de la Sala, lo vienen constituyendo las resoluciones que se ocupan de delimitar el alcance y efectos de los principios procesales.

En efecto, siempre resultan dignos de atención, los pronunciamientos jurisdiccionales en materia de principios porque el Estado que establece la CE 78, no es un mero ordenamiento formal sino una estructura conformada por principios y normas que encarnan valores democráticos para una auténtica convivencia social.

Los principios no se quedan en lo etéreo sino que alcanzan al modo de desenvolverse el proceso. Por ello, es esencial atender a las resoluciones que tratan de estas cuestiones, en relación al proceso penal.

En tal sentido, el **principio de inmediación**, fue examinado en la **STS 15-3-2007 (Rc 10764/06 P)**, la cual tiene la virtualidad de que lo desmitifica y lo pone en su lugar.

«...Por lo tanto es preciso *situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites*, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que «...*la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación....*» —STS de 12 de Febrero de 1993—.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectivi-

dad de toda decisión arbitraria —art. 9-3.º C.E.—, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como *recurso efectivo* que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5.º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citados. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional». (FJ 1.º)

En cuanto al **principio acusatorio**, seleccionamos dos sentencias de gran importancia.

La primera, **STS 25-1-2007 (Rc 357/06)**, considera vulnerado dicho principio, porque se pretende que los hechos por los que se acusan sean, no solamente totalmente distintos a los que determinaron un previo sobreseimiento, sino que han sido expresamente excluidos en resolución judicial precedente, por parte del Tribunal de instancia, incurriendo así, en manifiesta contradicción.

Y es que la vinculación al mencionado principio, nunca se produce con las calificaciones, sino con los hechos exclusivamente. Por lo que el Auto de Transformación significó para el Tribunal «a quo» que debió ser consecuente con su previa resolución judicial, y admitir exclusivamente la acusación por los hechos que resultaban de su resolución anterior.

La otra gran resolución sobre el principio acusatorio, deriva del **acuerdo plenario de 20/12/2006** que ha asentado la doctrina de la **vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones**.

Se trata de la **STS 12-1-2006 (Rc 10457/06 P)** que trata ampliamente una cuestión que venía flotando entre todos los llamados operadores jurídicoio, desde hace tiempo.

Con esa sentencia, no es posible ya al Tribunal enjuiciador que, por razones de la más ajustada individualización al caso, supere la pena máxima pedida, por mucho que se sitúe dentro de la horquilla legal prevista en el tipo.

Decisión que afecta no sólo al procedimiento abreviado que cuenta con una norma como es el **art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, que establece:

«... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...» pues «no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más “acusatorio” que otro».

Y «del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa».

Dicho principio acusatorio —continúa la resolución— deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Por otro lado, conviene recordar que desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque «siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto», «los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales...», y desde luego, sin descender a la «arena del combate». Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Manuel Alonso Martínez. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha «arena», frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

En consecuencia «esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más acusatorio que otro».

Pero siempre, podrá quedar al Tribunal, la posibilidad de plantear *la tesis* a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que el Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio. (FJ 1.º)

Y finalmente, sobre el **principio de contradicción**, cabe citar la STS 10-10-2006 (Rc 2143/05) que parte de que «La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada y además, aun así, ha de reconocérsele algunas consecuencias».

Y sobre el concreto supuesto de que el acusado no haya podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario al testigo de cargo, en principio, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F 4)», (STC 1/2006).

Pero cuando la defensa no ha podido interrogar al testigo de cargo, de manera que, cuando ha existido una inicial ausencia de contradicción, no imputable al órgano jurisdiccional ni tampoco al acusado, sino debida a las propias circunstancias del proceso concreto, que no ha podido ser corregida en el juicio oral, «*si la sentencia se basa en la declaración del testigo incomparecido como única prueba, es preciso que ésta venga dotada de una garantía reforzada respecto a la veracidad de lo afirmado por aquél. Es decir, en definitiva, puede establecerse que en estos casos es necesario que la versión del testigo encuentre en la causa algún elemento que la refuerce, para suplir con ello el déficit de contradicción y asegurar objetivamente la valoración de la prueba, extremos a los que deberá referirse suficientemente la sentencia condenatoria*». (FJ 1.º)

1.2. Autoría: Comisión por omisión; conspiración

En materia de autoría y participación, citamos varias sentencias que examinan el grado de participación de los partícipes en los delitos cometidos.

Y así en la **STS 15-3-2007 (Rc 10357/2006 P)** se examina un caso de **cooperación necesaria**:

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

En esas condiciones, debe afirmarse que su contribución fue esencial a la ejecución del hecho, de forma que debe ser condenado como cooperador necesario». (FJ 1.º)

Y en la **STS 19-1-2007 (Rc 10172/06 P)** se aborda un supuesto semejante, en estos términos:

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

Desde esta perspectiva, ambos en la medida que crearon el peligro —condominio funcional—, a ambos les inspiraba un mismo y compartido fin delictivo —animus necandi—, y en esa situación es irrelevante quién efectuase el acto consumativo típico, ya que por la situación precedente a todos se comunicaba sus efectos —STS 1217/97 de 10 de octubre, 584/99 de 26 de abril y 21 de diciembre de 1992, entre otras—.

A igual conclusión se llegaría por la teoría de la posición de garante con base en el art. 11 del CP que hace equivalente la omisión a la acción “cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedentes”, y cuando exista una obligación legal de actuar, como también concurría en caso de Ana-María G So, dada la posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiares incumbe a los padres. La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de cuatro años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal)». (FJ 9.º)

Y respecto a la participación en grado de **conspiración**, cabe destacar, por su originalidad, la **STS 7-5-2007 (Rc 11241/06 P)** que sanciona a los partícipes en un concierto para cometer un delito de narcotráfico, de modo distinto: al distribuidor como autor y al que iba a recibir la droga pero fue detenido, como conspirador, en base al siguiente razonamiento: *«Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los arts. 27 y ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas. (FJ 2.º bis)*

1.3. Concursos delictivos: supuestos varios

No resultan infrecuentes los recursos en los que se plantean concursos delictivos y de normas, cara a que se fije una pena lo más favorable posible al recurrente.

Y así, en la **STS 26-02-2007 (Rc 11281/06 P)**, se examina un posible **curso de amenazas y enaltecimiento de terrorismo**, (**Caso «De Juana Chaos»**), entendiendo que hay una conducta de amenazas y hay otra de enaltecimiento del terrorismo y si alguna de ellas se quedara sin castigo, no resultaría sancionado el comportamiento del procesado en su total antijuridicidad.

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

Entre los delitos de **robo y detención, y robo y allanamiento** se produce una pluralidad **de conexiones mediales**. Así resulta de la **STS 7-3-2007 (Rc 10926/06 P)** que explica con detalle todas sus posibilidades:

«...No hay concurso, y el robo con violencia o intimidación absorbe a la detención ilegal conforme reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala (SSTS, 395/96 de 9.5, y 333/99 de 3.3), en aquellos supuestos de mínima duración temporal en que la detención ilegal se realiza durante el episodio central del hecho (SSTS, 1117/2001 de 12.6, 1146/2002 de 17.6, 532/2002 de 4.3), es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que ha de sustraerse, pues todo robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una privación ambulatoria de la víctima que queda absorbida por el robo cuando no exceda del tiempo que normalmente se emplea en esta clase de infracciones penales (por ejemplo en los «traslados» de agresor y víctima hasta un cajero bancario), (SSTS 1456/98 de 27.11, 1277/99 de 20.9 y 337/2004 de 12.3). la STS 1124/97 de 10.7, aprecia el desistimiento en la detención ilegal y condena únicamente por robo violento

porque «el autor una vez que consuma su propósito depredador, desiste de llevar a cabo la privación de libertad». Según la STS 408/2000 de 13.3, la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en éste último delito (STS 1634/2001 de 4.11).

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

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

Este concurso será real (art. 73 CP.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS 646/97 de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían producido (STS 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS 1890/2002 de 13.11).

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

ble privación de libertad que conlleva (SSTS 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1).

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

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

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

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

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

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

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

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

Descartada la primera por cuanto plantea serias objeciones desde el principio non bis in idem, la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera que el inciso primero del art. 77.1 CP no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente.

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

Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las sentencias 1588/2005 de 16.12, 73/2005 de 31.1 y 452/2003 de 18.3, que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial. (FJ 11.º)

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

Entre el **cohecho y la omisión del deber de perseguir delitos**, la **STS 27-10-2006 (Rc 1293/05 P)** resuelve que nos encontramos ante un concurso de normas ya que:

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

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

Finalmente, la **STS 29-11-2006 (Rc 796/06)** examina el concurso existente entre el **delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP** y **delito contra el medio ambiente del art. 325 CP**, resolviendo del siguiente modo:

*«Si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.I, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda. (Por tanto) la actuación del acusado constituye un supuesto de **concurso de delitos** que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 C.P., de manera que los hechos serán castigados*

con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena». (FJ 11.º)

1.4. Competencia: Juzgados de Instrucción y Audiencia Nacional

La **STS 8-11-2006 (Rc 2164/05)** resuelve la supuesta nulidad derivada de que en delitos competencia de la Audiencia Nacional, haya actuado un Juzgado de Instrucción ordinario.

La resolución rechaza tal hipótesis dado que *«el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECrim que dan supuesta validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial, particularmente en casos de urgencia (arts.21.3, 22.2 y 24). Son validas (pues) las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase»* (FJ 3.º)

1.5. Prescripción: doctrina general y respecto al delito de contrabando

En cuanto a prescripción, se han seguido presentando supuestos de cierto interés, entre los que destacamos los dos siguientes:

En el primero, **STS 26-1-2007 (Rc 1155/06)**, tras recordarse que ya la **STS 672/2006, de 19 de junio**, declaró que *«los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS 138/1999, de 8 de octubre)»*, se concluye que *«si los hechos constituyen definitivamente una falta, el plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, es el señalado por la ley a las faltas (STS 1444/2003, de 6 de noviembre)»*. (F.J 1.º)

Y en el segundo, la **STS 22-11-2006 (Rc 98/06)** en relación a la posible prescripción de un delito de contrabando previsto y penado en los arts. 2.1 d, 2.1 h), 2.3b, 3 y 5 LO 12/95 de 12.12, correspondientes a los

arts. 1.8, 2.1 y 2 y concordantes LO 7/82 de 13.7, vigente en la fecha de los hechos, a sancionar con una pena de 6 meses a tres años, por aplicación de la Disposición Transitoria Undécima CP 1995, ya que habría que entender sustituida la pena de prisión menor consignada en dichas normas por la indicada de 6 meses a tres años, el plazo prescriptivo es de tres años, conforme el art. 131.1 en relación a los arts. 13.2 y 33.3 a) CP plazo que habría transcurrido con exceso entre el auto de la Audiencia Provincial de 17.3.94, hasta la providencia de 3.2.99, señalando el juicio oral para el 1.7.99, por cuanto la única resolución judicial dictada fue el auto de 31.1.96, que declaró no haber lugar a la enajenación del barco intervenido, e incluso entre la providencia de 16.4.2002.

Y como aquellas decisiones judiciales que no constituyen efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables no producen efecto interruptor alguno (STS 758/97 de 30.5), «*las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil o relacionadas con ella carecen de virtud interruptora respecto de la acción penal*» (FJ 2.º)

1.6. Prueba. ADN. Coimputado. Contraindicio. Diligencias policiales. Entrada y Registro. Prueba Ilícita. Intervención de las comunicaciones e intervención de teléfonos móviles. Menor incomparecido. Parientes. Pericial oficial. Pericial toxicológica. Silencio del acusado. Testigo protegido

De nuevo, las sentencias sobre prueba, han sido muy numerosas y algunas de ellas han resuelto cuestiones de gran importancia. Seleccionamos de entre ellas, algunas que por su novedad o por subrayar con claridad y brillantez, aspectos ya conocidos, merecen nuestra atención.

Sobre la prueba de ADN, debemos mencionar las **SSTS 4-10 y 20-12 de 2006 (Rc 10203/06 P y 1352/06)**. Ambas resoluciones —la primera, con gran extensión— recogen la doctrina establecida en el **Acuerdo de la Sala de 31-1-2007** consistente en que la Policía Judicial puede recoger muestras biológicas abandonadas del sospechoso (un esputo, una colilla...) sin necesidad de autorización judicial.

En cuanto a la prueba del **coimputado**, la **STS 16-10-2006 (Rc 10339/06 P)** recoge la doctrina actual de que es válida pero cuando es prueba única necesita de una «mínima corroboración», y al respecto:

Consiste en cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar las declaraciones concretas de dicho coacusado. Debiendo tenerse en cuenta que con el calificativo de «externos» entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado. Que el calificativo de «mínima» debe dejarse al examen del caso concreto. Y que basta con que exista algo «externo» que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones. No sirviendo como elemento corroborador la declaración de otro coimputado, e incluso el que haya manifestaciones de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo.

Respecto a la valoración del **contraindicio o coartada**, la **STS 27-12-2006 (Rc 10354/06 P)**, establece con toda claridad que la falta de credibilidad y la ausencia de explicación alternativa de un hecho incriminatorio —en el caso, la presencia de huellas en el manual de instalación del programa con que se elaboró un determinado archivo—, puede servir para reforzar la convicción de la Sala pero no significa que recaiga sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia.

La **STS 29-1-2007 (Rc 1523/06)** se ocupa del valor probatorio de las **diligencias policiales**, partiendo de la afirmación de que «...*Como regla general las diligencias policiales carecen en sí mismas de valor probatorio alguno*», hasta que no son incorporadas al proceso mediante un medio probatorio aceptable en derecho en el que se hayan observado las garantías de la contradicción e inmediación. E incluso, por la vía del **art.730 LECrim**, en el caso de un acta policial elaborado por razones de urgencia y necesidad, a la cual cabe atribuir valor documental.

Sobre **entrada y registro**, seleccionamos dos sentencias interesantes. En la primera, **STS 20-9-2006 (Rc 10134/06 P)** se declara contrario al **art. 11.1 LOPJ**, un registro en el que no existía la urgencia (flagrancia) que permitió el previo acceso a una vivienda. Y en la **STS 23-1-2007 (Rc 10048/06 P)**, se considera legal la entrada en un buque que no estaba abanderado por un Estado determinado sino que utilizaba, a su conveniencia, con la finalidad de dificultar su control, más de un pabellón.

Tampoco han faltado pronunciamientos sobre **prueba ilícita**. Así, la **STS 6-10-2006 (Rc 2243/05)** que admite la prueba de confesión para sanar unas intervenciones telefónicas ilícitas. O la **STS 25-10-2006 (Rc**

2142/05) que considera inválido introducir como prueba lícita una declaración efectuada como testigo, a quien luego resulta imputado, manifestaciones que tampoco pueden introducirse a través de los agentes policiales ante los que se hicieron. Y las **SSTS 16-2-2007 (Rc 10461/06 P)** y **19-7-2006 (Rc 2435/05)** que examinan la diferencia entre «conexión fáctica» y «conexión de antijuridicidad».

Sobre **intervención de las comunicaciones**, seleccionamos la **STS 27-2-2007 (Rc 1224/06)** que admite la autorización de la intervención mediante providencia —aun señalando la irregularidad— pero no la prórroga por faltar la debida motivación. Y las **SSTS 19-3-2007 (Rc 10668/06 P)** y **19-2-2007 (Rc 1351/05 P)**, la primera de las cuales admite la investigación de las comunicaciones efectuadas con teléfonos móviles mediante providencia del Juez que también les facilita los terminales, y la segunda, sobre los llamados «datos externos» de las comunicaciones, entre los que se incluyen los números de los teléfonos móviles, en la cual se afirma que se integran en el concepto «contenido de las comunicaciones», por lo cual exigen autorización judicial.

También reviste interés, la **STS 28-2-2007 (Rc 1181/06)** que admite la incomparecencia en el plenario de un **menor-víctima**, en razón al principio del «superior interés del menor», al dar por suficiente la exploración anticipada —a la que acudieron la Juez, el Fiscal, los abogados de las partes, médicos y sicólogos—grabada y reproducida en el juicio.

En cuanto a la **testifical del pariente**, testigo-víctima y pareja de hecho del acusado, se equiparan los efectos de la dispensa a declarar, que la LECrim confiere en el art.416 1.º, al cónyuge (**STS 22-2-2007 Rc 10712/06 P**).

Sobre **prueba pericial oficial**, la **STS 6-9-2006 (Rc 1185/05)** considera suficiente la comparecencia en el plenario de quien ostenta la dirección de la analítica. Y la **STS 27-9-2006 (Rc 1864/05)**, considera que la mera impugnación de dicha prueba no impide la valoración de su resultado, cuando ha sido válidamente introducida en el juicio oral como prueba documental. En cambio, la **STS 26-1-2007 (Rc 628/06)** estima aceptable la impugnación expresa del resultado de los dictámenes, por realizarse con todos los requisitos e implicar el derecho a contradecir a los peritos que los elaboraron, los cuales debieron comparecer al juicio.

En cuanto a la valoración del **silencio del acusado**, la **STS 20-12-2006 (Rc 626/06)**, aclara que se trata de un derecho del acusado y de un

«acto neutro», que cabe valorar en cada caso, pero no implica apriorísticamente ni aceptación ni reconocimiento de nada. Aunque la **STS 18-12-2006 (Rc 10153/06 P)** matiza la cuestión indicando que «*el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido inculpativo resultante de otras pruebas*». (FJ 2.º)

Y por último, la **STS 27-10-2006 (Rc 1293/05 P)** examina un caso de **testigo protegido** cuyas declaraciones se consideran «completamente nulas» al habersele obligado a prestar juramento y ser asistido de letrado confundiendo las posiciones de testigo e imputado, condición que finalmente se le atribuye, lo que implica infringir las más elementales normas del derecho a un proceso con todas las garantías.

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

Tampoco han faltado en el presente año judicial, las sentencias recaídas sobre la temática del derecho a los recursos, una de las más importantes manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre las cuestiones suscitadas, han destacado, un año más, las relativas a la segunda instancia penal y a la amplia casuística que genera el propio recurso de casación.

Por lo que hace al primer aspecto, la **segunda instancia penal**, la **STS 11-12-2006 (Rc 715/06)**, tras recordar —invocando diversos precedentes al respecto (STS 8-3-2005 y ATS 18-5-2004)— reitera que el art.73 LOPJ *no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la Ley es un derecho expectante o en expectativa que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones:*

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

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

3. Porque las leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos (principio general de irretroactividad de las

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

Concluyendo con que en el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, «se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal». (FJ 1.º) pero no a los interpuestos tras la reforma del mencionado precepto efectuada por la LO 19/03 porque una cosa es el art.73 LOPJ y otra la definitiva implantación —aún no efectuada— del procedimiento del futuro recurso penal y el resultante nuevo recurso de casación penal.

Y en cuanto a cuestiones sobre **casación penal**, *stricto sensu*, incluimos dos sentencias, la primera, sobre los requisitos para que un auto de sobreseimiento sea recurrible en casación, y la segunda, sobre la naturaleza de los informes de auditoría respecto a su posible consideración como documentos literosuficientes a efectos casacionales.

La **STS 19-12-2006 (Rc 424/06)** examina la posibilidad de recurrir en casación un auto de sobreseimiento dictado en el procedimiento abreviado.

«...El art. 848 Lecrim dispone que contra los autos dictados en apelación por las Audiencias sólo cabe recurso de casación en los casos en que la ley lo autorice de modo expreso. Y, precisa, a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos cuando el mismo sea libre, por considerar que los hechos no serían constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

El art. 848 Lecrim, en su redacción original, se inscribe en el marco del proceso ordinario por delitos, y prevé que determinadas decisiones, particularmente relevantes para el curso de la pretensión punitiva, puedan ser objeto de recurso. Es claro que el legislador actuó con un criterio muy restrictivo, al limitar tal posibilidad a sólo algunas de aquéllas. Esto es, las de sobreseimiento libre del art. 637,2.º Lecrim, y en los casos en que el instructor en algún momento hubiera valorado positivamente la existencia de indicios de delito, hasta el punto de acordar el procesamiento del concernido por ellos. (FJ 2.º)

...Esto sentado, hay que decir que existe consenso acerca de que, tratándose del procedimiento abreviado, el art. 848 Lecrim nunca sería aplicable si la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal, pues carecería de sentido abrir la casación a resoluciones distintas de las sentencias definitivas cuando tal vía permanece cerrada para éstas, únicamente recurribles en apelación ante la Audiencia.

Siendo así, la cuestión de la viabilidad de ese primer recurso ha de verse reducida, en principio, a los casos en que el conocimiento de la causa estuviera deferido en primera instancia a ese tribunal provincial. Y esto sólo cuando sobre el afectado por el proceso hubiera recaído una decisión de algún modo asimilable al auto de procesamiento. (FJ 3.º)

...Se trata, por tanto, de operar con un criterio analógico, que deberá tener en cuenta, sobre todo, la naturaleza del recurso de casación. Al respecto, es de señalar que en su modalidad más representativa está previsto para enjuiciar la regularidad de resoluciones definitivas de fondo, dictadas tras el pleno examen de la causa en régimen de juicio contradictorio.

Así, es patente que semejante previsión nada tiene que ver con el supuesto aquí contemplado, en el que la decisión a examen versa sobre otra adoptada a partir de la valoración de los datos ofrecidos en la denuncia, en el ámbito de las diligencias de investigación propias de la instrucción».

Y en la **STS 15-11-2006 (Rc 716/06)** se examina el caso de la posible **autarquía probatoria o literosuficiencia de una auditoría** ya que *«ofrece importantes dudas, pues su eficacia probatoria debe entenderse sólo desde el punto de vista formal o contable».*

La respuesta es que cualquier auditoría puede acreditar la constancia documental de determinados pagos, pero no su correspondencia con la realidad, esto es, nunca podrá asegurar el perito que ciertos apuntes responden a determinadas actividades que deben retribuirse.

Por eso, no puede otorgársele valor literosuficiente para justificar un recurso de casación apoyado en error en la apreciación de la prueba basado en documentos (art.849 2.º LECrim) ya que *«un informe de auditoría revela una realidad formal, bajo cuya regular apariencia puede encerrar valoraciones alternativas, plenamente justificables, dependiendo de las demás pruebas concurrentes que hayan permitido al Tribunal formar una determinada convicción».* (FJ 4.º)

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Motivación del veredicto de inculpabilidad. Recursos contra los Autos del Magistrado-Presidente

Tampoco escasean las resoluciones sobre el procedimiento previsto por la LOTJ 5/1995, de las cuales seleccionamos dos: una, sobre las especialidades de la motivación del veredicto de inculpabilidad, en este procedimiento, y otra, sobre los recursos contra los Autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.

En cuanto a **la motivación del veredicto de inculpabilidad**, la STS **11-10-2006 (Rc 2221/05)** contiene unas interesantes consideraciones al respecto.

Y así, tras partir de que «...no podemos obligar a un órgano formado por ciudadanos legos en número de nueve, que llegan al veredicto de inculpabilidad por unanimidad, que nos lo desmenuen con criterios analíticos, valorativos y convincentes sobre la insuficiencia de las pruebas de cargo», lo que sí es exigible es que expliciten y expongan «los razonamientos o criterios seguidos para descartar el valor probatorio de un elemento manejado en el proceso o por el contrario cual es el valor que le han atribuido a la hora de formar una convicción».

Porque, «*En este proceso los jueces de derecho y los jueces legos que integran el jurado, asumen la misma misión de integrar los hechos que consideran probados a la hora de formular una imputación concreta de hechos delictivos que se consideran probados.*

La decisión no puede ser radicalmente limitada a la afirmación o negación. En el proceso penal ha jugado un papel, indisolublemente unido a la construcción de un modelo de proceso democrático y garantista, la introducción de un tercer factor que, partiendo de una posible captación de matices o de partículas de la prueba manejada, llegan a la conclusión de que hay factores a favor y en contra del acusado. Ante el dilema, el dubitativo Juez, debe optar por mantener una posición que reconozca la incertidumbre o el desconcierto ante la prueba manejada, llegando a la conclusión lógica de que no está en condiciones de afirmar que el acusado es el autor del hecho que se le imputa.

La duda no puede conciliarse o convivir con la culpabilidad». (FJ 1.º.12)

Y sobre los **recursos contra los Autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado**, la **STS 10-4-2007 (Rc 1894/06)** examina un supuesto en el que se reprocha no haber tramitado, siquiera, el recurso de apelación formulado.

«...En relación con el recurso de apelación formulado por el acusado contra la denegación “in voce” de las cuestiones previas extemporáneamente suscitadas, y la no tramitación de aquél, el TSJ analiza la censura y la rechaza de manera jurídicamente irreprochable poniendo de relieve que los recursos de apelación contra las decisiones del Magistrado-Presidente en el juicio del Jurado vienen tasados en el párrafo segundo del art. 846-bis-a) de la LEC al disponer que “serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el art. 36 de la LOTJ así como en los casos señalados en el art. 676 de la presente Ley”, y, como de una parte y de forma voluntaria, ninguno de los recurrentes utilizó la vía prevista en el citado art. 36 precluyendo dicha posibilidad, como ya se ha repetido, y, de otra, como la referencia al segundo precepto general de la LECr supone la utilización previa del cauce previsto en el art. 36, según se infiere indudablemente del apartado segundo del mismo, para poder apelar la decisión de las cuestiones previas o de las otras cuestiones añadidas en el catálogo del 36.1 citado, resulta obvia la preclusión definitiva de la impugnación sustentada en dicha vía por imperativa aplicación de lo establecido en los arts. 202 y 215 de la LECr en relación con los 4 y 136 de la LEC 1/2000, aplicable esta última con carácter supletorio al proceso civil». (FJ 2.º)

2. Juicio Oral

2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Acción popular. Auto de procesamiento. Tribunal imparcial

Destacamos en este apartado, diversas resoluciones que trataron cuestiones procesales previas al juicio.

En cuanto a la **acción popular**, la **STS 20-12-2006 (Rc 626/06)**, se refiere a dos cuestiones que a veces suscitan dudas: que es posible ejercerla en las causas ya iniciadas, mostrándose parte y que la exigencia de fianza no resulta razonable cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso.

La STS 22-11-06 (Rc 10167/06 P), examinando el **auto de procesamiento**, indica que, siendo un mero presupuesto de acceso a la fase plenaria del proceso, en principio es irrelevante la descripción de los hechos y la subsunción que de los mismos se haga, porque: *«lo sustancial del citado auto de inculpación lo constituyen los hechos y no las calificaciones jurídicas que pueda el juez de instrucción introducir en tal resolución judicial, possibilitándose el pleno ejercicio del derecho de defensa respecto de tales hechos –objeto de la imputación judicial–, siendo el conocimiento de los mismos el que debe proporcionarse al imputado»* (FJ 1.º)

Y sobre la necesidad de que actúe un **tribunal imparcial**, la STS 27-10-2006 (Rc 67/06), al examinar el alcance de las facultades del tribunal de enjuiciamiento en materia de prueba, art. 729 2.º LECrim, que consagra la facultad del Tribunal de acordar *«las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación»*, afirma lo siguiente:

«...no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esa cuestionada iniciativa probatoria... siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y defensa de todas las partes implicadas en el proceso; pues, con estas limitaciones, la actuación judicial no atenta contra el principio acusatorio ni el Juez pierde por ello su necesaria imparcialidad; requisitos, todos ello, que indudablemente concurren en el presente caso» (FJ 2.º)

2.2. Sentencia. Motivación de sentencia absolutoria. Revisión

Sobre cuestiones relacionadas con la sentencia *«stricto sensu»*, una vez más la motivación ha sido objeto de particular atención junto con alguna otra cuestión como los efectos de la revisión de sentencias.

En cuanto a **motivación**, la STS 11-10-2006 (Rc 23/04) contiene un amplio tratamiento de las exigencias de las sentencias absolutorias. Y así, se dice que *«las sentencias absolutorias precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia»*.

Y como dijera la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, en los supuestos de sentencia absolutoria «la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria».

En cuanto a la existencia de «dudas», la proscripción de la arbitrariedad exige que éstas sean razonables. Por lo que no es admisible, cualquier clase de duda pues cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que «*será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad*». (FJ 4.º)

La **STS 10-10-2006 (Rc 2079/05)** se ocupa de los **efectos de la estimación de un recurso de revisión** sobre una sentencia penal firme.

Transcribimos el razonamiento completo: «*...Hemos de decir que la revisión de sentencias firmes como consecuencia de la mencionada retroacción, afecta sólo a los pronunciamientos estrictamente penales, no a aquellos de orden civil, según sentencias de esta sala números 106 (de 31 de enero), 188 (de 14 de febrero) y 266 (de 4 de marzo), todas de 1997, las dos primeras citadas por la defensa de la Tesorería de la Seguridad Social al contestar al presente recurso. Así se deduce también del propio texto del art. 2.2 CP y de la disposición transitoria primera de la LO 15/2003 que sólo se refieren a las normas propiamente penales. Cuando se producen las correspondientes revisiones de sentencias firmes por aplicación de la nueva ley penal más favorable para el reo, si hay declaraciones de responsabilidad civil, estas han de permanecer sin alteración. El principio de seguridad jurídica aboga en pro de la conservación de lo resuelto por sentencia firme. Esa excepción, motivada por la entrada en vigor de una norma más beneficiosa en lo penal, ha de limitar su eficacia al ámbito estricto de las penas.*»

Y es que, como se dijo en el fundamento de derecho 3.º de la sentencia de esta sala 266/1997, «*...el principio de retroactividad de la ley*

más benigna afecta a la norma propiamente penal o sancionadora con arreglo al art. 9.3 de la Constitución; mas no al tema de la responsabilidad civil que, conforme a lo reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sus normas reguladoras carecen de retroactividad». (FJ 3.º)

2.3. Penalidad. Supuestos de individualización

En materia de penalidad, nos parece de interés, incluir dos resoluciones con ciertos ribetes novedosos.

La **STS 2-1-2007 (Rc 476(06))** motiva la inconveniencia de fijar una pena cuya gravedad podría erigirse en obstáculo para satisfacer «la principal exigencia de la justicia», que «debe ser, sin la menor duda, la atención a la víctima».

Por eso se estima que la pena debe individualizarse, de tal modo que permita indemnizar a la víctima, pues una pena demasiado grave —desde esta perspectiva— podría afectar negativamente a las posibilidades de hacer frente a las responsabilidades económicas del condenado frente a su víctima.

Y en cuanto a la **STS 10-4-2007 (Rc 11098/06 P)**, se ocupa de las facultades casacionales en materia de motivación cuando la sentencia de instancia ha incumplido sus deberes en este punto.

La sentencia subsana ese déficit, mejor dicho la ausencia de motivación, en base a evitar dilaciones indebidas y teniendo en cuenta que el recurrente está en prisión provisional. Pero sobre todo, porque de los datos obrantes en la causa, es posible realizar tal función, que se efectúa de modo detallado.

2.4. Responsabilidad civil

Los pronunciamientos sobre **responsabilidad civil**, imprescindibles cuando se han producido daños y perjuicios dimanantes del hecho criminal, siguen generando pronunciamientos muy variados.

Así, sobre la siempre problemática indemnización por **daños morales**, contamos con dos sentencias:

En la **STS 20-10-2006 (Rc 302/06)**, se dice: «*No es sencillo cuantificar el daño moral padecido como consecuencia de una conducta defraudatoria, cuando ya se han indemnizado los perjuicios patrimoniales irrogados e incluso los gastos por el tratamiento de la depresión y ansiedad padecida, que es precisamente la razón de reclamar una indemnización por daño moral por la conducta delictiva, y del examen del relato fáctico se infiere que el perjudicado ya padecía de depresiones con anterioridad a los hechos enjuiciados, al señalarse que esa sintomatología, típicamente depresiva, se agrava debido a los problemas ocasionados por estos hechos, a fin de obtener la cédula de habitabilidad. Por todo ello y examinados otros precedentes de esta Sala, se considera ponderada cuantificar en cinco mil euros (la víctima reclamaba 20.000 euros) ese agravamiento, cantidad en la que se incrementará la indemnización civil en el apartado de los daños morales*». (FJ 2.º)

Y en la **STS 2-1-2007 (Rc 476/06)** se aborda la posibilidad de indemnizar daños morales, en los casos de delitos patrimoniales —cuestión que se admite, como ya dijera la STS 20-12-2006— y que se basa en el art.113 CP, en cuanto comprende «*no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros*» (FJ 2.º)

Sobre las consecuencias que para el **tercero de buena fe** (art.34 LH) tiene una previa condena penal que afecta a su compraventa, la **STS 13-2-2007 (Rc 1649/05)**, recuerda que: «*El art. 34 L.H. cuando señala que el efecto protector registral de la buena fe y el derecho a ser mantenido en la adquisición se consigue y reconoce “aunque después se anule o resuelva el del otorgante (el derecho) por virtud de causas que no consten en el registro”, quiere significar que, a efectos de la consolidación adquisitiva del inmueble por el tercero, amparado en el art. 34 L.Hipotecaria, resulta irrelevante la nulidad o resolución del título en virtud del cual adquirió el transmitente su derecho dominical, pero no ocurre lo mismo con el negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el art. 34 L.Hipotecaria), pues si se declara nulo tal acto de disposición, como lo ha declarado la sentencia combatida, nunca podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el art. 34 L.Hipotecaria, cuyo título se ha declarado nulo (véase art. 33 L.H.)*» (FJ 8.º).

Otra cuestión novedosa, ha sido el reconocimiento en el proceso penal, del **derecho de la aseguradora que abonó los perjuicios causa-**

dos a su asegurado, la cual puede subrogarse en la posición de éste, para reclamar ante el autor del hecho penal, conforme a lo establecido en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de 30-1-2007. Y que permitió, según la **STS 1-3-2007 (Rc 432/06)**, que una compañía de seguros de un banco, tras indemnizar a los clientes de éste que habían sido objeto de robo en las cajas de seguridad que tenían contratadas en la entidad bancaria, ejercitara la acción civil en el mismo proceso penal, contra el autor de los hechos.

Y en cuanto a supuestos de **responsabilidad civil subsidiaria**, seleccionamos tres casos:

Responsabilidad de la **Caja de Ahorros**. La **STS 30-4-2007 (Rc 1608/06)**, al amparo del art. 120.3 3.º CP, admite el pronunciamiento sobre responsabilidad civil subsidiaria, de una Caja de Ahorros en un proceso penal, determinando que se produjo un quebrantamiento de forma al no pronunciarse la instancia sobre dicha cuestión.

Responsabilidad de una **entidad bancaria** frente a su cliente. La **STS 22-3-2007 (Rc 1185/05 P)**, trata de un supuesto de depósito en cuenta corriente, que denomina «depósito irregular», estimando que: *«Desde la Sentencia de esta Sala, de 15 de febrero de 1986, ya dijimos que por el contrato de depósito en cuenta corriente se constituye un depósito irregular con la consecuencia prevista en el art. 307.3 del Código de Comercio, por el cual, al quedar el dinero confundido con el patrimonio del depositario, éste ha de soportar los riesgos derivados de su deber de conservar la cosa depositada, de modo que si un tercero comete una defraudación y se apodera del dinero depositado o parte del mismo, de esa pérdida ha de responder el depositario, esto es, la entidad bancaria, en el caso. A la misma conclusión llegamos si examinamos el hecho desde otra perspectiva, la del pago como modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y siguientes del Código Civil), pues la obligación del depositario de devolver la cosa depositada (arts. 1766 CC y 306 Ccom.) se extingue por el pago, pero éste sólo es eficaz cuando se hace a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada a recibirla en su nombre, como dice el art. 1162 del Código Civil. Por tanto, la entrega de la cosa depositada a una persona distinta de las expresadas en esa última norma jurídica no produce el efecto extintivo de la obligación del depositario relativa a la devolución del objeto del depósito. De modo que, como ya adelantábamos, el perjudicado por tal delito (en el caso, extracción de dinero mediante*

cheque falsificado mediante imitación de la firma de su titular) es el propio banco o caja de ahorros, y no el titular de la cuenta.

Al no haberse hecho así en estos autos, sino que la entidad Banco S... permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto». (FJ 6.º)

Y responsabilidad de la **Comunidad Autónoma**. La **STS 8-1-2007 (Rc 1318/05 P)** examina el caso de cuál puede ser la responsabilidad de la Administración competente en materia penitenciaria por los delitos cometidos por internos evadidos de Centro Penitenciario.

La sentencia analiza con todo detalle la fuga de un preso que aprovechando un permiso, se concertó con otro interno y tras una serie encadenada de negligencias de la Administración, (permiso inconveniente, reacción tardía al quebrantamiento de condena, mala custodia del otro preso, no evitación de comunicaciones entre los dos delincuentes), concluyen en un asesinato y violación de una pareja, en un supuesto de culpa in vigilando y de creación del riesgo por culpa de aquélla, lo que determina su responsabilidad civil subsidiaria por los hechos delictivos enunciados.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

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

Las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, influyendo en el «quantum» penológico del caso, han merecido, en el último año judicial, la atención que sucintamente recogemos a continuación.

En cuanto a **agravantes**, seleccionamos unas sentencias que han abordado el **ensañamiento, motivos racistas, prevalerse del carácter de autoridad y la reincidencia**.

Sobre **ensañamiento**, la **STS 5-12-2006(Rc 10042/06 P)**, descarta su aplicación en un caso en que el autor propina hasta treinta cuchilladas a su víctima, «cayendo al suelo tras las tres o cuatro últimas».

El relato concreto de la agresión es parco, pues se limita a detallar la localización de las incisiones: dos en el rostro, cinco en el cuello, veintitrés en el tórax anterior, que suman treinta, «pero no nos describe, con la precisión exigida para justificar la aplicación de una agravante cualificativa, cual fue la secuencia y cuáles las circunstancias en que se produjo».

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

Por eso, en el presente caso, «*la cantidad de incisiones forman un todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfrenada en la que el autor acomete a su víctima de forma desahogada e incontinente hasta que consigue, su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte*». (FJ 3.º)

La agravante de actuar por **motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación**, la STS 9-11-2006 (Rc 10008/06 P), que deriva de los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE, así como de los arts.1, 2 y 4 CP, implica un proceder delictivo por motivos discriminatorios «que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad».

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

En cuanto a la agravante de **prevalerse del carácter público** que tenga el autor, la STS 2-10-2006 (Rc 46/06), desarrolla su significado: «*Prevalerse supone el aprovechamiento de la función que se realiza para cometer un hecho delictivo con mayor facilidad. No se trata de una agravante especial anudada a la función pública. Cualquier servidor público puede cometer cualquier clase de delitos en los que resulta irrelevante su conducción de ejercicio de función pública*».

Y en el caso, resulta claro que el policía actuó en función de las atribuciones de su cargo al detener al lesionado. No cuestionamos —se

dice— su adecuación o no a su comportamiento y reacción ante el incidente de la grúa que retiraba su automóvil. A partir de ordenar su detención y traslado a Comisaría se constituyó en garante y responsable de su custodia. Pero lo decisivo es que *«Ello no le autorizaba a abusar de sus funciones y no prevalerse de ellas para cometer hechos nítidamente delictivos.»* (FJ 3.º)

Por último, en cuanto a la agravante de **reincidencia**, resulta de interés la **STS 5-10-2006 (Rc 2178/05)**, que examina, la posibilidad de que las condenas por alzamiento y apropiación indebida puedan servir para configurar dicha agravante.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo rechaza tal posibilidad, con esta argumentación:

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

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

En materia de **atenuantes**, examinaremos pronunciamientos sobre **dilaciones indebidas, drogadicción como muy cualificada y el arrebató u obcecación.**

Para admitir la atenuante de **dilaciones indebidas**, que como se sabe no figura como tal en el catálogo de atenuantes recogido en el art.21 CP, es preciso tener en cuenta los siguientes criterios: a) la natu-

raleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles». (STS 9-10-2006 (Rc 1153/04) (FJ 5.º).

Por su parte, la STS 11-12-2006 (Rc 516/06), se ocupa del *dies a quo*, a tener en cuenta para el cómputo de las posibles dilaciones indebidas, que «sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar. En tal sentido puede citarse la doctrina del TEDH, caso *Eckle vs. Alemania*, sentencia de 15 de Julio de 1982, y más recientemente caso *López Solé vs. España*, sentencia de 28 de Octubre de 2003... (y) la reciente sentencia de esta Sala 1051/2006 de 30 de Octubre» (FJ 3.º)

Sobre la aplicabilidad de la atenuante muy cualificada de **drogadicción**, la STS 5-12-2006 (Rc 437/06) la estima aplicable en un caso en el que los hechos eran: «acusado, con varios antecedentes penales por delitos de robo y uno por tráfico de drogas (v. Hoja Histórico-penal —f. 13—), politoxicómano sometido a tratamiento con metadona (v. declaración de la médico del Centro Penitenciario de Burgos, D.^a Araceli A —f. 60 del rollo de la Audiencia—), que en el año 2004 tenía 35 años y confiesa ser consumidor desde los 15 años (v. acta del JO), que en la analítica de orina, practicada en el Centro Penitenciario de Burgos, en octubre de 2004, dio unos resultados “positivos” a “opiáceos”, “benzodiazepinas” y “metadona” (f. 29), que, en octubre de 2003, solicitó tratamiento en el Programa que se desarrolla en el Centro Penitenciario, acudiendo a terapia individual y que tendrá necesidad de continuar en un Programa de Deshabitación a su salida de prisión, según manifestó en el juicio oral el Psicólogo de la Cruz Roja D. Carlos D (ff. 22 y 61 del rollo de la Audiencia)».

Ese conjunto de circunstancias descrito, concluye la sentencia, «pone de manifiesto una grave adicción de este acusado, de larga duración, a una droga como la heroína, que de ordinario produce un importante deterioro de las facultades psíquicas del sujeto que la padece, asociada

al consumo de otros tipos de drogas, con unas típicas manifestaciones de comisión de varios delitos de robo (presumiblemente, para financiar su drogadicción), sin olvidar tampoco la severidad de la respuesta penológica dada a este acusado en la resolución recurrida (ello no obstante, la mínima legalmente, dada la calificación jurídica aceptada por la Sala de instancia), debe llevar, a juicio de este Tribunal, a la estimación de la atenuante de drogadicción —acogida por la Sala de instancia—, como muy cualificada» (FJ 5.º)

Por último, en cuanto a las atenuantes, la **STS 12-12-2006 (Rc 10337/06 P)**, examina la aplicabilidad del **arrebato u obcecación** en los supuestos de violencia de género.

De entrada, se admite, con carácter general que tal como sostiene la STS n.º 1147/2005, que es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente.

Pero, a renglón seguido, se añade que no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

Y así, con apoyo en dos sentencias dictadas por la Sala, se viene a rechazar la posibilidad, en este tipo de delitos, conforme a la siguiente argumentación:

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

Y por otro, como decía la STS n.º 1472/2005, de 7 de diciembre, en un supuesto similar al aquí examinado, «lo que se describe en el hecho probado no es sino una reacción extremadamente colérica del acusado ante la actitud de la mujer orientada a hacer uso legítimo de

su libertad de opción vital, y como se ha dicho en otras ocasiones, la atenuante de arrebató no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla». (FJ 2.º)

Y sobre **eximentes**, destacamos la **STS 16-11-2006 (Rc 408/06)** que trata de la interesante cuestión del **déficit de socialización** que estima puede encajar en base a la siguiente cobertura jurídica: si el sujeto padece una anomalía psíquica grave podemos representarnos la afectación de su enfermedad en el contenido de la imputabilidad que se materializará, en función de la intensidad en la exención, completa o incompleta, de la responsabilidad penal o en su atenuación, conforme a los arts. 20.1, 2, 3 y 6 y 21.1, 2, 3, 6, o incluso a través del ejercicio de la función jurisdiccional de la individualización de la pena. También en su conformación ha de atenderse a una perspectiva social, pues los déficits de socialización, cuando son relevantes, pueden presentarse con intensidad tanto en la percepción como en la capacidad de actuación conforme a la norma al conformar una errónea apreciación de la realidad sobre la que atender el mandato de la norma, situación que guarda cierta relación dogmática con el error de prohibición que afecta al elemento subjetivo del delito, pero no permite señalar como consecuencia jurídica la aplicación de medidas de seguridad.

Y con mayor precisión, se afirma: se trata de valorar la consecuencia jurídica de las condiciones de imputabilidad realmente existentes, cuando las condiciones de desigualdad suponen una anulación o una reducción de su imputabilidad.

Y «para la necesaria acreditación de este presupuesto de la imputabilidad, desde las instrucciones de las causas penales debe abordarse la realización de las “hojas personales” en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad». (FJ 3.º)

1.2 Culpabilidad. Dolo. Error

En materia de culpabilidad, traemos aquí, una vez más, la cuestión de la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente, y dos sentencias concretas sobre error.

La **STS 22-11-2006 (Rc 10098/06 P)** sobre la cuestión de la **diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente** recuerda que «...El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo —asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado— el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundadoras del dolo eventual».

Y más en particular, se afirma que a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la **teoría de la probabilidad**. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual». Incluyéndose la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. De ese modo, el dolo eventual, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

Tras lo expuesto, se decanta la sentencia por dolo eventual, en el supuesto examinado, ya que «*el conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionara, al encontrarse la lesionada sentada en el asiento del copiloto junto a su marido que ocupaba el asiento del conductor, cuando el acusado efectuó varios disparos, desde corta distancia, al interior del vehículo con intención de acabar con la vida de su marido, resultaba bien patente, y de ello tenía que ser completamente consciente el acusado. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se*

produjeran las lesiones cuya representación resultaba obligada para el agresor». (FJ ÚNICO)

En cuanto a sentencias sobre **error**, la **STS 30-10-2006 (Rc 971/05)**, se ocupa del caso, no infrecuente de «la divergencia entre la voluntad exteriorizada y la voluntad querida de los intervinientes de cualquier instrumento público notarial», por lo que la «verdad notarial» equivale a la «verdad exteriorizada» que puede contrastar con otras probanzas que arrojen un resultado distinto del que se deriva del documento notarial y así probar que se otorgó un documento notarial con error, derivado de un cierto retraso intelectual.

Y la **STS 26-9-2006 (Rc 1414/05)**, examina, por su parte, el tan alegado supuesto de **error de prohibición**, recordando que «No es suficiente con su mera alegación, sino que es preciso que su realidad resulte de las circunstancias del caso».

Situación que no se da en el caso-dice la sentencia, entrando ya en el fondo del asunto pues «no puede aceptarse que el recurrente actuara en la lícita creencia de actuar con arreglo a Derecho».

Y para fundar tal afirmación, continúa: *«Para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, con mayor razón si ostenta las responsabilidades que correspondían al acusado, es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del Centro, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y solo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en el art. 55 de la propia Constitución.*

Tampoco puede aceptarse en esos casos no ya un desconocimiento absoluto de las previsiones del Código Penal en cuanto a la intervención de las comunicaciones telefónicas, sino una creencia firme en sentido contrario. Poco importa a estos efectos que otras personas se ampararan en una similar construcción del error para explicar sus actividades, pues en su caso no disminuiría la responsabilidad del acusado respecto de su propia conducta». (FJ 5.º)

2. Agresión sexual

Sobre los delitos contra la libertad sexual, se han dictado diversas resoluciones, algunas particularmente interesantes, que sirven para sentar la indispensable doctrina que requiere una materia tan lábil como la referida.

Y así, la **STS 13-12-2006 (Rc 519/06)**, abordó la calificación que merece el **acceso carnal por vía bucal** cuando el sujeto activo del delito en vez de ser el que realiza la penetración bucal es «quien se hace acceder».

Pues bien, recordando lo sentado por el **Pleno no jurisdiccional de la Sala de 27-5-2005**, se concluye en que el delito del **art. 179** lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha. Acuerdo —recuerda la sentencia— ya aplicado en algunas sentencias como la **STS n.º 472/2006, de 2 de mayo**, en la que se dice lo siguiente: *«La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre “acceso carnal” y “penetración bucal o anal”, por lo que se entendía que si el sujeto activo se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo “el que penetraba”. Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”, lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.»* (FJ 4.º)

La **STS 18-12-2006 (Rc 10367/2006 P)** examina, al amparo de la **teoría de la «unidad natural de acción»**, el caso en que se producen una serie de ataques a la libertad sexual sin que sea posible distinguir distintos ámbitos espacio-temporales, al encadenarse sucesivamente las acciones del acusado.

Y concluye aplicando dicha teoría pues *«la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que cuando se dan dos o más penetraciones si el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal, por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno sólo que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, es decir, no se trata de reproducir los hechos en diversas ocasiones idénticas, que caracterizaría la continuidad delictiva, sino de apreciar progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación. (FJ 4.º)*

Por su parte, la **STS 21-2-2007 (Rc 10776/06 P)** estudia la posibilidad de que un **ataque sexual particularmente degradante o vejatorio** pueda constituir, además de un delito contra la libertad sexual, un delito contra la integridad moral del art.173 CP.

El Tribunal Supremo rechaza esa posibilidad con el razonamiento de que *“la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen”*.

Pero *“para apreciar al mismo tiempo un delito del art. 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual. El Tribunal de instancia ha entendido que el hecho de cubrir a la mujer con una toalla mojada en agua fría es conducta bastante a estos efectos. La Sala entiende sin embargo, que la conducta del acusado que presenta relevancia en este sentido es la ya sancionada con la aplicación del subtipo agravado en el delito de agresión sexual, y que los actos restantes, si bien no son irrelevantes a los efectos de la individualización de la pena, no tienen entidad suficiente para afirmar que, por sí mismos, menoscaban gravemente la integridad moral del sujeto pasivo, lo que determina la estimación del motivo, acordando la abso-*

lución del acusado por este delito en la segunda sentencia que se dictará, en la que se mantendrá la condena a quince años de prisión por el delito contra la libertad sexual” ». (FJ 7.º)

3. Amenazas

Dentro de los delitos contra la libertad, las amenazas (arts. 169, 170 y 171) constituyen un capítulo que no suele faltar en las resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En el año judicial examinado merece ser destacada, la STS 26-2-2007 (Rc 11281/06 P) conocida como «Caso De Juana Chaos».

Dicha resolución, pronunciada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala determinó que existió un delito de amenazas del art.169.2 CP contenido en el escrito publicado en el diario Gara el 1-12-2004 titulado «El Escudo» que terminaba con el siguiente párrafo: «**Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza “Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria”. “¡Sí, sacadlas, porque otro camino solo implica más sufrimiento!” O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas**».

El Pleno de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo afirmó que «*en la expresión amenazante que hemos transcrito antes hay un acto intimidatorio cuando se dice que iban a quedarse sin manos si no las sacaban de Euskal Herria*».

La amenaza se somete a una condición, la de que las instituciones del Estado Español se marchen del País Vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado vasco independiente. Pretensión permanente de ETA, constantemente reivindicada como finalidad de su actividad terrorista, que es irrealizable, no encontrándose en manos de nadie acceder a la misma, tampoco en manos de ninguno de esos colectivos amenazados: jueces, políticos o funcionarios de prisiones. Se trata, pues, de una condición imposible de cumplir ni por tales grupos amenazados ni por nadie, repetimos. Por ello habrá de reputarse inexistente a los efectos de la determinación del tipo de delito de amenazas del art. 169 que ha de servir para concretar la pena del delito definido en el 170. Así pues, nos encontramos ante unas amenazas no condicionales del art. 169.2.º. (FJ 4.º5)

De igual modo, resulta interesante la **STS 14-12-2006 (Rc 895/06)** en la cual se absuelve del delito de amenazas por resultar penalmente atípicos los hechos, «con independencia de la consideración que pueda merecer en el plano reglamentario y disciplinario del Cuerpo al que el (acusado) pertenece».

La conducta examinada consistió en exigir a una persona que pagase la deuda que le había sido impuesta en una sentencia judicial firme, bajo la «amenaza» de enviar a la Guardia Civil para que efectúe una inspección.

Tales hechos —dice la sentencia— no puede considerarse objetivamente como un mal; siendo significativo al respecto la forma en que se comportó el acusado, que se limitó a requerir a la Señora objeto de su proceder, la presentación de determinados documentos (TC-2 de la Seguridad Social, nóminas de empleados y licencia de apertura, al tiempo que interesaba visitar la residencia), y ante la negativa de dicha señora y de su marido se ausentó de la residencia.

Y ello porque «...*el tipo penal por el que ha sido condenado contiene un doble elemento normativo: a) que se amenace a una persona con «un mal que no constituya delito»; y, b) que «la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida», circunstancias que han de concurrir conjuntamente; sin que ninguna de ellas concorra en el presente caso».* (FJ 3.º)

4. Apropiación indebida

Sobre el delito de apropiación indebida, se han dictado diversas resoluciones, que se han ocupado de temas como la posible aplicación a este delito, de la **agravante 3.ª del art. 250 CP**, empleo de «cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio» y, sobre todo, si integra el delito el apoderarse de un **cupón de la Once premiado**.

La primera de las resoluciones, la **STS 10-4-2007 (Rc 2352/06)**, resuelve que si bien un uso abusivo de un cheque está tipificado como causa agravante de la estafa, «*no resulta en principio aplicable a los supuestos de apropiación indebida del art.252 de dicho texto legal en los que implícitamente se encuentra inserta la figura genérica del abuso de confianza, como ocurre en el presente caso».*

Y la segunda, **STS 9-3-2007 (Rc 1973/06)**, revoca la decisión de la Audiencia de castigar como tentativa, considerando que existe un delito de apropiación indebida consumado, al ingresar en cuenta propia un título —el cupón— cuya integridad no le correspondía en detrimento de los demás copropietarios.

En el caso, dice la sentencia, existió una incorporación al patrimonio del acusado, el cual «hizo todo lo que estaba en su mano para cobrarlo y apropiarse del dinero con el que fue agraciado».

Por otro lado, la Audiencia estimó que un **cupón de la Once** no es dinero, y que éste es el objeto material único posible del delito de apropiación indebida.

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

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

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

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

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

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

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

5. Blanqueo de capitales

La conducta denominada de **blanqueo de capitales** prevista en el **art. 301 CP**, aunque el Código no la denomine de ese modo, sanciona cuatro posibilidades:

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

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

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

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

La **STS 19-10-2006 (Rc 10189/06 P)** aborda la **perspectiva probatoria**, que considera «la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo», recordando, con la Sentencia núm. 1637/2000 de 10 de enero, que en estos casos, la prueba directa resulta prácticamente de imposible existencia «dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de “lavado” del dinero procedente de aquella», por lo que lo más usual es recurrir a la prueba indirecta.

Así las cosas, resulta decisivo detectar y presentar como convictivos, los indicios reveladores del conocimiento por parte del autor del delito, de que los bienes que manejan proceden de una actividad anterior delictiva de carácter grave, los siguientes:

«a) El afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia, respecto del que no se ofrece suficiente justificación; b) La utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a

la practica común en el mercado, tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testafierros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias ubicadas en país distinto del de residencia de un titular, etc.; c) La existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas, de modo que permita afianzar la imprescindible vinculación entre sendos delitos.»

Tales criterios se dan, plenamente, en el caso examinado en la sentencia pues la prueba documental, consistente en los resguardos de los cambios de divisas, de las escrituras de constitución de sociedades, y de la titularidad de los coches, así como las testificales relacionadas con las distintas operaciones de cambio de divisas permiten afirmar, con lógica y racionalidad, la existencia de la precisa actividad probatoria, que la argumentación de la sentencia impugnada, recoge en el fundamento cuarto, y que la Sala acoge, expresamente.

Finalmente, resulta de interés la forma en que se rechaza el alegato del recurrente sobre su condición de «**hombre de paja**» «pues gracias a su actuación se realizó la consumación patrimonial del delito contra la salud pública». (FJ 8.º)

6. Corrupción de Menores

De gran interés, por lo novedoso, resulta la **STS 20-9-2006 (Rc 1854/05)** que examina un supuesto de corrupción de menores con pertenencia a organización.

Los hechos, sintéticamente, consisten en la actividad de una persona que desde su ordenador, visitaba páginas «webs» de pornografía infantil, incorporándose a una **comunidad on line** cuya finalidad era difundir material pornográfico de menores que a veces no alcanzaban los 13 años y constituir un punto de encuentro para pedófilos.

La Audiencia considera cometido un delito del **art.189. 3 e) CP**, en calificación que el Tribunal Supremo rechaza, empleando los siguientes razonamientos:

«Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera actividad. Resulta difícil demostrar que la conexión a la red se realiza con el fin específico de promover la corrupción de los menores. Normalmente

tiene su origen en desviaciones y patologías sexuales evidentes que deben ser tratadas por medios científicos. El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que hay que ajustarse al contenido de la ley.

En la mayoría de los casos de acceso a la red la relación de causalidad no sólo está desconectada de la acción sino que se le da una incommensurable extensión de tal manera que la satisfacción de un placer sexual solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de la protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un derecho penal objetivo en el que la culpabilidad, más moral que jurídica, se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador y discurre por el inabarcable software de la red.»

(...)

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

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

(...)

«Colaborar supone una acción que necesita una previa concertación y es muy difícil construir una forma de colaboración con personas con las que no se ha hablado, no se conoce, y con las que no se ha mantenido ningún acuerdo previo. Llegar a esta conclusión sería

tanto como considerar integrado en una organización a todo consumidor de la red que por decisión propia aporta y refuerza una opinión injuriosa o calumniosa adhiriéndose a su texto y planteamiento. Podría considerársele como autor pero nunca se podría integrar en un “grupo” de alevos sicofantes que utilizan la red para la injuria».

(...)

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

7. Delitos contra los extranjeros

Como venimos diciendo en las últimas *Crónicas*, a pesar de que 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**, la incidencia del fenómeno inmigratorio en España, está haciendo que sea objeto de notable aplicación.

A tal efecto, la determinación de la existencia o no de **inmigración clandestina**, núcleo del delito, resulta esencial y no escasean las resoluciones en que se aborda tal cuestión, objeto del **Pleno no jurisdiccional** de la Sala, de fecha **3-10-2005**.

Y así, en la **STS 13-11-2006 (Rc 392/06)** se indica que: *«En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de **paso clandestino** evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas **mediante fraude**, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.)». (FJ 3.º)*

Por su parte, la STS 10-11-2006 (Rc 712/06) considera no delictivo el mero hecho de transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en condiciones de absoluta normalidad, en lo que se refiere a las condiciones en las que viajaban los dos súbditos rumanos.

Y ello, porque la protección penal sólo surge «si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo, o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

También se procede a mantener la absolución —recurrida por el Ministerio Fiscal— en el caso que trata la STS 28-2-2007 (Rc 1695/06), y cuyos hechos declarados probados, sucintamente eran que: un ciudadano rumano «llevó como viajeros en el turismo que conducía a cuatro personas de la misma nacionalidad, todos ellos provistos de su pasaporte correspondiente, con quienes el absuelto había contactado en una gasolinera próxima a la frontera española, y que había aceptado llevarles porque conocía a una de las personas que transportaba, desconociendo que ese mismo día tales personas habían sido rechazadas al intentar pasar a España.»

Entrando ya más en detalle, la sentencia considera que no puede calificarse de paso clandestino el hecho de utilizar un vehículo por una carretera secundaria. Ni puede calificarse de clandestino porque se utilizase algún fraude o engaño dado que las cuatro personas concernidas no iban ocultas ni provistas de documentación falsa sino como viajeros de un turismo y todos provistos de su identificación legal constituida por el respectivo pasaporte.

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

Finalmente, en relación a que las cuatro personas transportadas hubieran sido rechazadas por las autoridades fronterizas de España, hecho reconocido en el *factum*, ha de ser completado con el dato, también incluido, de que no consta que este rechazo fuera conocido por el

recurrente, y aún reconociendo la dificultad en la acreditación de este dato dada su naturaleza de hecho subjetivo, es lo cierto que si no ha alcanzado en la sentencia sometida al presente control casacional el necesario juicio de certeza respecto al previo conocimiento de este dato por parte del absuelto, ha de estarse a ello.

La ignorancia de este dato es un argumento más que impide el éxito del recurso, ya que se está en presencia de un delito esencialmente doloso. (FJ 1.º).

8. Delitos contra la Hacienda Pública

Tampoco faltan, si bien no son muy frecuentes, las sentencias que se ocupan de los delitos contra la Hacienda Pública (arts.305 y ss).

Así, destacamos la **STS 6-10-2006 (Rc 702/05)**, que examina la cuestión de si es posible apreciar la continuidad delictiva en este tipo de delitos, **art.74.2.º CP**, que exige para su aplicación el que se trate de delitos patrimoniales y «el delito fiscal —dice la sentencia— no es un delito patrimonial en sentido estricto».

Pues bien, la **imposibilidad de apreciar la continuidad delictiva** la apoya la sentencia en estos razonamientos:

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

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

En definitiva, si partimos de que el delito fiscal, como precepto en blanco, debe integrarse con preceptos administrativos, harto cambiantes, es lógico que el legislador excluya de forma indirecta la consideración conjunta de los diversos delitos fiscales, si cada ejercicio tributario puede estar sometido en su reglamentación a condicionamientos en alguna medida dispares, lo que le privaría de la homogeneidad del dolo, que prácticamente se renovarían en cada año fiscal. Como es lógico quedaría excluido el ejercicio de 1994, por los propios argumentos aducidos para estimar el motivo». (FJ 5.º.11)

9. Delitos contra la Ordenación del Territorio

Aunque siguen siendo escasos los delitos contra la ordenación del territorio sobre los que se pronuncia la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, se detecta una presencia cuantitativa que no disminuye.

Pero, tal vez lo más relevante en esta materia, en el último año judicial, ha sido la consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre la denominada **contaminación acústica**.

En tal sentido, es preciso referirse a las **SSTS 26-4-2007 (Rc 885/06)**, y **7-2-2007 (Rc 749/06)**, que abordan diversos aspectos del ruido como elemento de protección penal.

En la primera podemos destacar estas cuestiones: el sujeto pasivo, la aptitud del ruido para producir un grave perjuicio en la salud de las personas, el dolo del tipo previsto en el art.325 CP y el posible concurso con el delito de lesiones.

Sobre el **sujeto pasivo**, la sentencia afirma que «*el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo*».

Y ello porque «el medio ambiente protegido es también el habitat de una o varias personas, es decir, el «conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas», siendo el domicilio el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y «en este sentido, también forma parte del medio ambiente».

Respecto a si los ruidos emitidos con constancia durante una importante parte del día y durante un largo tiempo, tienen **aptitud para producir un grave perjuicio en la salud** de las personas, la respuesta debe ser positiva ya que los conocimientos científicos al respecto, son indudables.

Y en cuanto al **dolo**, tras recordar que «obra con dolo todo el que conociendo el peligro concreto generado por su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo», concluye que el recurrente sabía, dadas la requisitorias de las que fue objeto, del peligro generado por la explotación del restaurante para el medio ambiente y tenía también conciencia del peligro que éste generaba para la salud de las personas que resultaron lesionadas por su acción.

En tal sentido, se suscita la posibilidad —no planteada por las partes— de que esta clase de delito genere, igualmente, un posible delito de lesiones (art. 147 CP) en concurso ideal con el de delito». (FJ 2.º)

En la segunda, se analiza extensamente el ruido como factor patógeno y la integración de la defensa ante el mismo, en el patrimonio de derechos fundamentales de la persona a pesar del carácter de norma penal en blanco del art. 325 CP.

Sobre la naturaleza penal del ruido, se afirma que «la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad».

Y «...Que **el ruido es un factor patógeno** es algo fuera de duda», pues actualmente el Medio Ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél.

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

En esta última sentencia se relaciona «el ruido como agente agresor de la intimidad domiciliaria». También del Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 119/2001 de 24 de mayo, 16/2004 de 23 de Febre-

ro y 25/2004 de 26 de febrero y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, puede citarse, por su importancia la STS 52/2003 de 24 de febrero.

Y que sin duda el ruido forma parte del concepto de contaminación medioambiental y así expresamente se recoge en el art. 325 del Código Penal que define un delito de peligro en abstracto en la doble modalidad del tipo básico «...que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...», así como el tipo agravado «...si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas...». (FJ 6.º)

10. Delitos societarios

En materia de delitos societarios, que cada vez afluyen más al control casacional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tal vez la sentencia más interesante sea la **STS 16-3-2007 (Rc 711/06)** que examina la aplicabilidad del **art.293 CP** en un supuesto en el que una Fundación habría negado el derecho de información a uno de sus patronos.

El núcleo de la argumentación de la sentencia se recoge en el siguiente razonamiento:

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

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

“A los Patronos de la Fundación se les facilitará la información que necesiten para el ejercicio de sus funciones poniéndosela de manifiesto en las propias oficinas de la Fundación. Si reclamasen la expedición de fotocopias, certificaciones o cualquier otra clase de docu-

mentos, deberán solicitarlos por escrito al Patronato o a la Comisión Delegada expresando el uso a que dichos documentos se destinen. El Patronato o la Comisión Delegada resolverán al respecto”.

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

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

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

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

Es decir, con independencia de que se comparta o no el criterio de la sentencia de instancia acerca de la no inclusión de la Fundación entre las entidades que equipara el art. 297 CP a las sociedades aludidas por el art. 293 CP, y de la existencia o no de la correspondiente condición de socio en el ahora recurrente, del factum no resulta que se viera impedido respecto del ejercicio del derecho de información que como Patrono le correspondía para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 12 y ss). En efecto, hasta el cese pudo asistir a las Juntas y obtener directo conocimiento de los temas tratados y acuerdos adoptados. No hubo impedimento de orden general para obtener documentación, sino meras restricciones que afectaban a todos los Patronos sin excepción. Aunque se le negaran —como a todos— determinados documentos, lo cierto es que tales actuaciones de la Junta no le impidieron o perturbaron el ejercicio de las acciones que entabló en los diversos procesos en los que pudo contar con la necesaria documentación de la Fundación para sostener sus pretensiones.

Y no puede olvidarse que el derecho de información es de naturaleza instrumental y no absoluto o incondicional, en cuanto su objeto es que el socio (Patrono) tenga conocimiento de causa sobre el objeto de decisión para que pueda adoptar las pertinentes posiciones en la Junta (Cfr. STS de 27-1-2006, n.º 42/2006). Lo que ha de poner-

se en relación con el art. 21 b) de la Ley de Fundaciones que señala que las Fundaciones están obligadas a “dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados”. Precizando al respecto los jueces a quibus, en el fundamento jurídico segundo, de acuerdo con el testimonio —que obra en el acta de la Vista— del director gerente de la entidad D. César L H, que de hecho conseguía el Sr. P. en las oficinas fundacionales la información oportuna». (FJ 6.º)

Además de la anterior sentencia, merecen citarse la **STS 14-11-2006 (Rc 47/2008)** que se ocupa del delito de **administración desleal** y la **STS 26-1-2007 (Rc 1064/06)** que trata del concepto de **administrador de hecho**.

La **STS 14-11-2006** se refiere al **delito de administración desleal**, indicando que supone un abuso de los poderes con que cuenta el administrador societario, en relación a la disponibilidad con un patrimonio ajeno. Y como se dijera en la sentencia del **Caso Argentinia-Trust (STS 841/2006)**, sobre la esencia de la expresión «distraer dinero», quintaesencia de la administración desleal, *«la distracción se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto, con vocación definitiva»*.

Por su parte, la **STS 26-1-2007**, reitera la doctrina de la Sala sobre el carácter no formalista del **administrador de hecho** por lo que *«... no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad»*. (FJ Único)

11. Detención ilegal

Otro delito clásico, como es el delito de detención ilegal, recogido ya en el **art. 395 del CP de 1848** con una fórmula idéntica a la actual «el

particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad», ha sido objeto de una interesante consideración en la **STS 14-11-2006 (Rc 1204/06)**.

En efecto, en la mencionada resolución se examina el concepto de poner en libertad al previamente detenido de forma ilegal, porque tal cuestión es capital para aplicar una u otra de las modalidades previstas en los números 2 y 3 del art. 163 CP, que se refieren, como se sabe, a la pena aplicable en función de la duración del encierro.

Y así, en la mentada sentencia se recuerda que la Sala viene incluyendo entre los **supuestos de dar libertad al encerrado o detenido**, tanto los que resultan de una **acción directa** como abrir la puerta del coche donde se le había encerrado o liberarle de las ataduras con que se le mantenía atado a un árbol, como los **medios indirectos**, entre los que cabe incluir: el encierro en un piso no alto sin especiales dificultades para abrir alguna ventana, dejar la puerta abierta del lugar de encierro o avisar a la policía.

Pues bien, la precitada sentencia, incluye entre las formas indirectas de liberar al detenido, con las consecuencias penológicas beneficiosas que ello supone, el hecho de que *«quien está custodiando al encerrado se quede dormido de modo que le es fácil a la víctima poner fin a su detención»*.

La resolución es de gran importancia, por su carácter *pro reo* pues no sólo se obvia que no sea el sujeto activo del delito el que directa o indirectamente facilite la liberación del detenido sino que se considera que aun sin su voluntad, cabe incluir entre esos medios indirectos, el supuesto de **escaparse** cuando ello se deba a que resulte fácil por el comportamiento negligente del vigilante.

12. Estafa

Un año más, la estafa ha seguido siendo uno de los delitos sobre los que se han dictado mayor número de sentencias resolviendo recursos de casación penales.

De entre todas ellas, ofrecemos la siguiente muestra:

La **STS 16-2-2007 (Rc 1438/06)** examina la cuestión de qué efectos tiene la **actuación ilícita de la víctima** cara a la conducta del autor de

la estafa. Y tras recordar que en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que «siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con animo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral», resuelve que *«la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto»*. (FJ 12.º)

Por su parte, las **SSTS 28-2-2007 (Rc 1235/06)** y **16-3-2007 (Rc 1744/06)**, abordan la siempre problemática cuestión de la **continuidad delictiva** en la estafa.

En la primera de las resoluciones se afirma que «la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado» pero lo que no es posible, es que la suma de las distintas cantidades apropiadas sirva, además, para sancionar por el subtipo de especial gravedad (**art. 250. 1.6 CP**) pues tal «doble consideración» es contraria al principio de interdicción del *non bis in idem*, indebidamente aplicado en el caso.

Naturalmente, otra cosa —sigue diciendo la sentencia— es que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas sean, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permita aplicar el reproche previsto en la norma por su especial gravedad, lo cual supondría la posibilidad de aplicar un delito continuado de estafa agravado por su cuantía.

En la otra resolución, se analiza la **punibilidad** de estos supuestos, señalándose una cierta discrepancia en la Sala, entre los partidarios de sancionar por el art.74 párrafo primero y los que aplican el segundo párrafo.

La sentencia, tras señalar que en estos casos, la penalidad va desde la posibilidad de recorrer todo el ámbito de la pena del delito de estafa agravado, hasta la imposición de la pena a partir de la mitad superior y que ambas interpretaciones tienen amparo en la Ley penal, decide *«sin perjuicio de acudir a mecanismos de unificación de la doctrina jurisprudencial, se hace preciso actuar el principio “in dubio pro reo” lo que supone aplicar la opción menos lesiva al condenado, pues las dos tie-*

nen amparo legal y las dos tienen respaldo jurisprudencial en la interpretación de esta Sala, por lo que ningún error cabe declarar en la determinación de la pena realizada por el tribunal de instancia al haberse impuesto una pena legalmente prevista según la interpretación de esta Sala». (FJ 1.º)

Entre los supuestos más conflictivos, se encuentran los que podemos incluir dentro de los **negocios criminalizados**, en los que intervienen entidades financieras.

Y así, en la **STS 15-1-2007 (Rc 733/06)** se examina si es posible engañar a un banco mediante una operación de **descuento bancario** existente entre banco y cliente.

La resolución es afirmativa, siendo fundamental analizar la «puesta en escena» en el caso, sopesando la posible negligencia de la entidad bancaria y los parámetros de confianza y buena fe, tal como son entendidos en la práctica o usos mercantiles.

La **STS 20-2-2007 (Rc 1513/06)**, examina el empleo de **letras de favor** como mecanismo engañoso. Y partiendo de que en principio la emisión de este tipo de cambiales no es, en principio, una acción delictiva, pues en la práctica se utilizan, simplemente para obtener una liquidez inmediata, se indica que sí lo serán cuando se haga para engañar al banco, esto es, con la conciencia de no pagar a la llegada del vencimiento.

La sentencia expone, de forma amplia y documentada, la doctrina de la Sala al respecto, con ejemplos de cuándo se consideró delito y cuándo no, señalando, en definitiva que *«la legitimidad de la respuesta penal sólo (procede) en aquellos casos en que se acredite la existencia de un dolo inicial de incumplimiento, es decir la existencia de un engaño antecedente por parte del contratante del descuento bancario, quedando extramuros del sistema penal los incumplimientos de las obligaciones pactadas por los contratantes»* (FJ 8.º)

13. Falsedades

Asociadas, muchas veces, al delito de estafa, las falsedades con relevancia penal constituyen un capítulo siempre presente en la *Crónica* de las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A título de muestra, la **STS 10-11-2006 (Rc 484/06)**, examina la cuestión permanentemente problemática, de la relación entre el delito de estafa y el de falsedad en documento privado.

Dicha cuestión, fue tratada, por ejemplo en la **STS 27-12-2005 (Rc 1428/04)**, estimando que se trataba de un supuesto de concurso medial, con la excepción de que se tratara de una falsificación en «documento privado», en cuyo caso el delito de estafa absorbe la falsedad.

Pues bien, en la **STS 10-11-2006** se mantiene tal tesis, que consolida una doctrina de la que son antecedentes las SSTS 8-2-1999, 26-11-2001, 3-6-2002 y la citada de 27-12-2005.

La argumentación que se emplea en la referida sentencia es: «...*El tipo penal de falsedad del art. 395 CP presenta características propias, al establecer como objeto sobre el que recae la acción falsaria un documento privado y, además, por incluir en la descripción del ilícito, la finalidad perseguida por dicha acción: perjudicar a otro, expresión en la que cabe incluir cualquier clase de perjuicio y, por supuesto, el económico. Pues bien, cuando ejecutada la acción típica y el documento falsificado para perjudicar a otro se utiliza éste con el fin de engañar a ese “otro” y se consuma así el propósito defraudatorio patrimonial, es claro que el documento falsario se constituye en instrumento del engaño bastante que se configura como el núcleo y elemento básico del delito de estafa, de tal manera que la antijuridicidad de la falsedad queda absorbida por el delito de estafa de conformidad con las reglas del concurso de leyes del art. 8.3 CP quedando la falsedad consumida en la estafa. A este respecto, la doctrina de esta Sala ha declarado que la falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio, a diferencia de la falsedad en documentos privados, constituye un delito autónomo respecto de la estafa correlativa, en concurso ideal regulado y penado conforme el art. 77 CP» (FJ 3.º).*

14. Lesiones

En relación a este delito, seleccionamos tres sentencias: las **SSTS 29-3-2007 (Rc 912/06)** y **25-9-2006 (Rc 1673/054)** que tratan de un mismo asunto: la calificación de las lesiones producidas en el curso de una pelea, por el hecho de arrojar un vaso de cristal a la cara, y la de **22-2-2007 (Rc 1423/06)**, sobre la posibilidad de causar, como secuela, una grave enfermedad de tipo síquico.

En relación al primer tema, las dos sentencias citadas siguen la misma tesis: en ese tipo de peleas, existe un ánimo doloso de lesionar unido al resultado imprudente de causar, además, una lesión tan grave como la pérdida de un ojo.

En consecuencia, se resuelve estimando que la acción del sujeto activo del delito constituye un delito doloso de lesiones con deformidad (art. 150 CP), en concurso ideal del art. 77 CP, con otro de lesiones imprudentes.

Tal conclusión se justifica con el razonamiento de que «hay que entender que el imputado, de haber conocido o haberse representado *ex ante* un resultado de la gravedad del producido no habría obrado como lo hizo, que es por lo que hay que estimar que ese segmento del mismo fue debido a imprudencia». (STS 25-9-2006).

Y no es que se descarte que el autor al lanzar un vaso de cristal, hacia el rostro del oponente, a escasa distancia, se represente que ello habría de producir un cierto resultado lesivo sino que no se considera deba sancionarse, a título de dolo, la hipótesis no comprobada, de que el autor se hubiera representado una lesión de tal gravedad (dolo eventual). En estos supuestos existe un «exceso» respecto a la parte no asumida, imputable a título de culpa. (STS 29-3-2007).

Y por lo que hace a la posibilidad de causar una **grave enfermedad**, como puede ser la epilepsia postraumática unida a un cambio de personalidad del sujeto-víctima de la agresión, la mentada STS 22-2-2007, lo admite sin ningún problema.

La base del pronunciamiento, es la indudable realidad de que le quedaron a la víctima, como secuelas, dichos padecimientos a consecuencia del traumatismo craneoencefálico sufrido al ser golpeado con una muleta.

La epilepsia es considerada «enfermedad crónica, no mental» que comporta una afectación física, cambios alimentarios y físicos, que requiere tratamiento farmacológico y que al ir unido al cambio de personalidad producido, supone un tipo de enfermedad encuadrable en el art. 149 CP.

15. Malversación

Sobre el delito de malversación de caudales públicos, en su modalidad de **malversación impropia** del art. 435 CP, se ha dictado en el últi-

mo año judicial la **STS 14-2-2007 (Rc 988/06)** que examina con profundidad el tipo y trata, en particular, la recurrente cuestión del error que suele alegarse.

En efecto, la sentencia comienza recordando los elementos que una reiterada jurisprudencia de la Sala exige, para la concurrencia del delito:

«a) La existencia de un proceso judicial o administrativo.

b) Que en él, y por la autoridad competente se haya acordado el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica.

c) Que haya sido designada depositaria una persona concreta a la que se le hace entrega de los bienes concernidos en concepto de depositario, documentándose en legal forma la constitución del depósito.

d) Que el depositario haya aceptado el cargo, también en legal forma y de manera documentada, y asimismo que haya sido instruido de las obligaciones inherentes al cargo y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento.

e) Que con posterioridad, el depositario efectúe un acto de disposición sobre los bienes embargados de los que es depositario. Este acto de disposición puede ser directo, es decir en forma comisiva o también puede ser por omisión, pero en connivencia con el autor material.»

Doctrina que se recoge, entre otras, en las SSTS de 9 de febrero de 1996, 22 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, 9 de marzo de 1999 ó 654/99 de 27 de abril, y más recientemente, en la STS 1564/2005 de 4 de enero. Siendo de destacar, el supuesto de malversación impropia por omisión, examinado en la STS n.º 1362/02 de 2 de febrero.

Al tiempo, resulta esencial que el depositario de los bienes, cuando preste su consentimiento para la aceptación del cargo, (pues no se trata de un cargo obligatorio ya que se puede rehusar), tenga un «*consentimiento informado*» sobre el alcance de las obligaciones en que incurre con tal aceptación.

Por ello, como dice la sentencia, el punto esencial del debate en este delito, suele ser las consecuencias del incumplimiento de su deber de custodia en relación al grado de información disponible sobre dicha cuestión.

Y es en dicho aspecto, en el que interviene el concepto citado de «*consentimiento informado*» que puede relacionarse con el error de prohibición, planteado en el presente caso, por el recurrente.

Tal cuestión es resuelta por la Sala del siguiente modo: «*El error de prohibición supone la ausencia de responsabilidad en el sujeto concernido porque ignora el carácter antijurídico de su actuar, supone un error sobre la antijuridicidad de su acción, evidentemente el conocimiento de la ilicitud de su actuar no exige un cabal y completo conocimiento de todas y cada una de las consecuencias en que podía incurrir, bastando con que como consecuencia de formar parte de la ciudadanía, siendo partícipe de la comunidad de cultura en la que ha surgido la norma jurídica concreta como expresión de la voluntad colectiva formada en sede parlamentaria, participe de la misma convicción social de que dicha norma debe ser obedecida, y por tanto, asumiendo la sanción en caso de incumplimiento*». (FJ 2.º)

Doctrina, pues, a ponderar en cada caso, pero que apunta a la inaplicación del citado error dado que los depositarios suelen ser personas de cierto nivel cultural que les hace conocedores, por lo general, de en qué consiste la función que asumen.

16. Prevaricación

De nuevo en relación a este delito, contabilizamos algunas sentencias que tienen en común ocuparse del delito de **prevaricación administrativa**, y cuyo sujeto activo son alcaldes.

Así, en la **STS 19-10-2006 (Rc 1973/05)** se examinan las decisiones tomadas por un Alcalde, las cuales se consideran «absolutamente arbitrarias y deliberadamente injustas».

Y es que ante la avalancha continua de quejas por los ruidos que producía una industria, el munícipe se limitó a enviar agentes de la Policía Municipal «con sonómetros cuyas características no constan pero tampoco se dicen que fueran inservibles» y, sobre todo, a «dejar sobre la mesa» el asunto.

Tal proceder, se estima constitutivo de un delito de prevaricación especial del art. 329 del CP en relación con el art. 404 del mismo texto legal, habida cuenta de la actuación omisiva del Alcalde y del ámbito en que sucedió (medio ambiente).

Similar asunto se trató en la **STS 18-10-2006 (Rc 2177/05)** en la cual, tras recordarse la estructura del delito de comisión por omisión, previsto en el art.11 CP, se aplica el mismo, en relación al art. 404 CP, al presente caso.

Y así, se dice: «...*El vigente Código Penal contiene en su art. 11 una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general. La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala con anterioridad al Código Penal de 1995 (cfr., entre otras muchas, sentencia de 19 de enero de 1994) no se ve desautorizada por el art. 11 del Código Penal. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado art. 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: “a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar” y “b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».* Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido”. (FJ 2.º)

Esto es, la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Seguidamente, se indica que ya en el Pleno no jurisdiccional de la Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que no convocó el pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura, decidiéndose que tal conducta era subsumible en el tipo de prevaricación del art. 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por omisión.

Y pasando al caso en cuestión, se dice que «la capacidad de realizar la acción determinada que le era exigida, que es uno de los elementos que integran la estructura de los delitos de omisión, puede afirmarse con

toda evidencia, en contra de lo que se defiende en el presente motivo, respecto al ahora recurrente».

Y ello porque —sigue diciendo la sentencia— «Nada impedía, ni siquiera esa alegada insuficiencia de personal, iniciar el procedimiento de baja de oficio de unos empadronamientos indebidos, que tenían una importante incidencia en el Censo electoral a utilizar en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2005, como se declara probado, lo que le había sido requerido por la Delegación Provincial de Navarra de la Oficina del Censo Electoral, como se puede comprobar en el oficio de 19 de febrero de 2003 que, meses antes de celebrarse las elecciones, recibió el acusado, en su condición de Alcalde, en el que se le decía que con arreglo a lo acordado por la Junta Electoral Central informase explicando «las causas del incremento experimentado en el número de personas inscritas en el Padrón municipal, indicando si se ha verificado la residencia efectiva de los nuevos residentes en el municipio así como el parecer de esa Corporación sobre las altas producidas», se pedía la remisión de «copia de todas las hojas de inscripciones del Padrón municipal relativas a estos ciudadanos..» y concluía textualmente: «En el supuesto de que el Ayuntamiento considere que las altas dadas en su Padrón corresponden a personas que no residen en el municipio, deberán (sic) iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio, conforme a lo dispuesto en el art. 72 del Reglamento de Población y apartado II.1.c.2) de la Instrucción de 9 de abril de 1997, comunicándolo a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral a los efectos procedentes». El acusado, ahora recurrente, en su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pitillas contestó al referido oficio mediante otro, fechado el día 6 de marzo de 2003, en el que, entre otros extremos, se decía que «este Ayuntamiento no considera necesario realizar tal comprobación, puesto que no existe indicios de una falsa residencia en la forma establecida en la legislación vigente para determinar el empadronamiento...» (FJ 2.º)

.....

Ese «no hacer» lo que le venía legalmente impuesto, —concluye la sentencia— constituyó *«una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales, que es lo que caracteriza el delito de prevaricación que le ha sido aplicado»*.

Así las cosas, puede afirmarse la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de prevaricación del que fue acusado

el recurrente «*cuya conducta omisiva, a sabiendas de su injusticia, supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, al haberse negado a iniciar el procedimiento de baja de oficio de los empadronamientos correspondientes a personas que no residían en el municipio, lo que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante*». (FJ 3.º)

17. Salud pública

Este apartado, delitos contra la salud pública, en su versión de narcotráfico, aglutina el mayor número de pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Como hemos señalado en otros años, muchos de los temas planteados son repetitivos y buscan, mediante el recurso de casación, demorar el momento de la ejecución, pues estamos ante delitos sancionados con penas elevadas de prisión.

Sin embargo, siempre se encuentran sentencias que tratan cuestiones menos frecuentes o, que lo hacen, de modo más novedoso. De entre ellas, ofrecemos una pequeña muestra.

Sobre **complicidad** en estos delitos, tenemos las **SSTS 20-4-2007 (Rc 2215/06)** y **22-1-07 (Rc 1531/06)**.

En la primera, se admite condenar por complicidad los casos en que se prestan «colaboraciones con el colaborador». Sería el caso —se añade— del que auxilia a una persona que se ha comprometido a transportar la droga de otro a un determinado lugar. Pues bien, quien ayuda a este transportista o participa en la carga de la droga en un vehículo sin más, a cambio de una compensación económica, estaría realizando una conducta «favorecedora del favorecedor».

Y se recuerda la doctrina de la Sala, que ha venido calificando de complicidad, los siguientes supuestos:

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

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

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

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

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

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

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

h) *Encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, etc. etc». (FJ 1.º)*

Y en la segunda sentencia precitada, se estima como complicidad el siguiente supuesto:

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

En tal caso, dice la sentencia, no puede, afirmarse que el acusado tuviera el dominio funcional del hecho en el sentido de que le perteneciera como suyo, aunque fuera como coejecutor dentro de un reparto concertado de tareas pues su conducta no fue más allá de lo estrictamente auxiliar.

Y es que el auxilio prestado se muestra como transitorio y de mínima duración y no difícilmente obtenible de otras personas. (FJ 2.º)

De indudable interés resulta, la STS 7-2-2007 (Rc 586/06) que estima un supuesto de **conspiración para su comisión**, la intención de cometer un delito con otro, siendo detenido antes de iniciar su ejecución pues en caso contrario, estaríamos en el campo de la tentativa.

Sobre la posibilidad del **delito continuado**, la STS 28-9-2006 (Rc 1393/05 P), se pronuncia afirmativamente, citando pronunciamientos anteriores de la Sala —así la STS 986/2004, de 13 de septiembre— en un supuesto de «pluralidad de operaciones complejas, en la que se han utilizado la infraestructura de una empresa de transporte internacional por carretera con domicilio en España, en conexión con otras empresas de transportes y con pluralidad de organizaciones colombianas dedica-

das al tráfico de sustancias estupefacientes, y ello, que hubiera permitido apreciar la renovación del dolo de los sujetos intervinientes, ha sido valorado, en algunos supuestos, como sucede con el ahora recurrente, como una continuidad delictiva y no un concurso real de delitos, alternativa que resulta vedada a esta Sala en virtud del principio que prohíbe la “reformatio in peius”».

En ese caso, la Sala Segunda sostiene que *«El Tribunal de instancia razona, en sus fundamentos jurídicos, que el recurrente, equivocadamente, considera que el art. 368 del Código Penal al referirse a “actos” en plural significa que dentro de esos actos cabe abarcar todos los actos que el sujeto activo realice por complejos que sean y todos ellos deben ser valorados como un comportamiento único, es decir, en realidad viene a considerar que el legislador ha establecido una unidad jurídica de acción. De este planteamiento el recurrente deduce que la conducta plural y compleja por él realizada debe ser considerada como un solo delito. Sin embargo, como dijimos, el tipo penal del art. 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural. Por ello, en caso de pluralidad de acciones y concurriendo el resto de los requisitos indicados (los que derivan del art.74 CP, según asentada doctrina jurisprudencial), es posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública»*. (FJ 1.º.1.º)

Y por último, una referencia actualizada del inevitable tema de la problemática de las **cantidades y porcentajes de droga**.

Sobre dicha cuestión, dos sentencias: **STS 27-2-2007 (Rc 1896/06)** y **24-11-2006 (Rc 10395/06 P)**.

En la STS 27-2-2007, que trata de un caso en que no constaba el porcentaje de principio activo de la droga —2,865 gramos de pastillas de éxtasis, MDMA— se recuerda la doctrina de que la determinación objetiva de dicho dato resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de una mínima o exigua cantidad pero «no en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable», como aquí sucede, pues tratándose de 2865 miligramos de MDMA resulta sencillamente inasumible que no contuvieran al menos 20 miligramos de riqueza básica, por que es claro que por pequeño que fuera el componente de principio activo, basta en este caso que fuese un 0,71 por ciento, el total de éste, con lo que nece-

sariamente se habría superado el referido límite mínimo que califica el producto como droga que causa grave daño a la salud (véanse, entre otras, SSTS 281/2005 y 854/2005). (FJ 3.º)

Y en la **STS 24-11-2006**, al tratarse de la pena de multa, se recuerda la consolidada doctrina de la Sala que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta tal dato en los hechos probados, no procederá la imposición de la pena de multa salvo que se hayan hecho constar los elementos fácticos que permitirían acudir a las previsiones del art. 377 del Código Penal.

18. Tenencia ilícita de armas

Seleccionamos dos casos concretos sobre esta temática, clásica en el derecho penal: las consecuencias que para la incriminación y calificación del delito tiene el hecho de que las **armas no** hayan sido **encontradas** y el supuesto de las **defensas eléctricas**.

Sobre la primera cuestión, la **STS 20-2-2007 (Rc 10582/06 P)** se pronuncia en un caso en que no se pudo intervenir las armas de los autores de unos disparos, y en consecuencia, se alegaba, no se ha podido conocer si las mismas carecían de las licencias o permisos necesarios».

Al respecto, nuestro más Alto Tribunal afirma que *«El hecho de que las armas utilizadas no se hubieran encontrado resulta de todo punto irrelevante desde el momento en que el “factum” establece que se trataban de un revólver precisando la marca y el calibre, y una pistola automática calibre 45 mm., de manera que cualquiera de ellas que hubiera utilizado el acusado requería, indubitadamente, “las licencias o permisos necesarios» que señala la sentencia: la licencia y la guía»*.

Además, se recuerda que la legislación que da cobijo al delito, tratándose de armas cortas de fuego, pistolas y revólveres como es el caso, es el art. 96 del Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993, en relación con el art. 3. que establece que el poseedor de las mencionadas armas, necesita licencia de armas tipo B cuando sea un particular

Y también resulta indispensable que el arma corta de fuego requiere para su lícita posesión la guía de pertenencia, que es un documento que únicamente se expide por la Autoridad administrativa «a los titulares de

las armas», es decir, a quien ya tiene la oportuna licencia (art. 89.2 del Reglamento), y que debe acompañar siempre al arma (y a la licencia), por cuanto es un documento en el que se describen el número del documento nacional de identidad o documento equivalente y los datos personales del propietario del arma, así como los de la licencia correspondiente; contendrá una reseña completa del arma, y la acompañará siempre, en los casos de uso, depósito y transporte, de suerte que con esta guía de pertenencia se acredita que el poseedor está autorizado a disponer de esa concreta arma y no de otra.

Con lo cual, en el presente caso, aunque no se dispusiera de las armas, quedó meridianamente claro que cualquiera de las dos armas cortas de fuego a que se refiere la sentencia necesitaban de la licencia y guía para su legítima posesión. (FJ 1.º)

En cuanto al segundo tema, la **STS 19-12-2006 (Rc 991/06)** examina el caso del uso o tenencia de las **defensas eléctricas**, cuya condición de arma prohibida figura en el Reglamento de Armas, art. 5.1. c), «salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias».

Y así, en dicha resolución, se concluye en la comisión del delito del **art. 563 CP** ya que: *«En el presente caso, la defensa eléctrica es, indudablemente, “un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad”, cuya utilización produce el efecto de «descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma» (v. Informe de la Brigada Provincial de Madrid de «balística forense»- f.º 241); el propio acusado «ha declarado que el arma era de su propiedad» (v. FJ 3.º); y, por último, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, «el acusado, regente del bar «Sin S...», tenía en su poder la defensa eléctrica cuando en la madrugada del día de los hechos fue detenido dentro del establecimiento que se hallaba abierto al público. (...), se poseía de manera inmediata y, por tanto, en disposición de uso por el encargado de un establecimiento público, en horas en que se ejercía la actividad propia de un bar con personas en su interior, donde no es infrecuente la producción de altercados con desarrollo de actitudes violentas que ponen en riesgo la integridad de las personas». Así, pues, —concluye el Ministerio Fiscal— «la conducta atribuida al recurrente sí lesionó el bien jurídico protegido por la norma que configura un delito de peligro y no de resultado».* (FJ 2.º)

19. Terrorismo

Sobre delitos de terrorismo, sin duda, la sentencia más trascendente dictada en el último año judicial ha sido la recaída en el **Caso Jarrai-Haika-Segi, STS 19-1-2007 (Rc 1841/05)**.

La sentencia, de una gran extensión y aporte de derecho comparado y doctrina científica, concluyó —como es sabido— con el pronunciamiento de que los grupos de la llamada *kale borroka* o criminalidad callejera, tenían la consideración de bandas terroristas.

Aunque la consulta de dicha sentencia, resulta obligada para conocer el alcance que cabe dar, actualmente, al concepto de **terrorismo**, los dos elementos básicos a tener en cuenta son:

— la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública

— y el actuar, desde la plataforma de una organización estable en el tiempo, complementando la lucha armada de ETA mediante actos «numerosos y reiterados» tales como: daños, coacciones, amenazas, incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos, contra-manifestaciones violentas etc, en actividad «diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA». (FJ 46)

20. Violencia familiar

Concluimos esta Crónica, con una referencia al tema de la **violencia familiar o de género**, que cada vez en mayor cantidad, accede a la casación.

En tal sentido, consideramos especialmente representativa, la **STS 31-1-2007 (Rc 752/06)** que examina el **delito contra la integridad moral** previsto y penado en el **art. 173.1 CP** que puede ser de aplicación en dicho ámbito.

En efecto, tras la reforma del art.173 CP llevada a cabo pr la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el delito contra la integridad del art. 173 CP que representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del CP. como delitos contra la integridad moral de las personas, contiene también, en sus párrafos 2.º y 3.º el delito de

violencia doméstica, por entender que este concepto normativo no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecta al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los hechos inherentes, lo que justifica —la simple consideración del bien jurídico protegido— que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar, haya sido ubicado dentro del Título VII y en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173.

En el caso examinado, la Sala Penal del Tribunal Supremo avala la decisión de la instancia de condenar como maltrato psicológico no habitual, un episodio concreto, lo cual descarta la aplicación de los párrafos 2.º y 3.º del mencionado art. 173 CP, que considera necesario acreditar la habitualidad.

El episodio a que nos referimos es del siguiente tenor: *«el acusado José Manuel... mantenía una relación efectivamente inestable con su esposa Esperanza, con la que tenía dos hijas menores, por lo que ella le comunicó el 16.4.2004 que quería la separación amistosa, ante lo que él le dijo “estás gorda, no vales para nada, un día quemaré la casa”, al tiempo que rompía muebles a patadas y arrojándolos al suelo, añadiendo que esta discusión “había provocado en Esperanza estado de desasosiego, angustia y temor” ».*

La sentencia de nuestro más Alto Tribunal, tras exponer, con cierta profundidad que debe entenderse por **integridad moral**, en particular para considerar delito los ataques a la misma, concluye aplicando el mencionado precepto al caso.

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

La jurisprudencia ya ha ido perfilando sus contornos y su relación con el delito incluido en el art.173.1 CP. Y así, la **STS 3-10-2001**, analizar el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declara: «El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la “integridad moral” y proscribire con carácter general los “tratos degradantes”. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción

de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

Igualmente la **STS 213/2005 de 22.2** completa la cuestión, señalando sus elementos: elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Y aunque la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal, para situar la conducta dentro de la órbita penal es preciso una nota de gravedad «...menoscabando gravemente su integridad moral...», nos dice el art. 173 del Código Penal.

Por eso, no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, lo cual remite a la jurisprudencia que vaya elaborando la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

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