

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2009-2010

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. PROCESO PENAL

- 1.1 Principios procesales. Los principios esenciales del proceso penal. Imparcialidad. Acusatorio.
- 1.2 Autoría y ejecución del delito: coautoría, cooperación necesaria, complicidad omisiva, tentativa y delito provocado
- 1.3 Concursos delictivos: supuestos varios
- 1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional
- 1.5 Prescripción: interposición de querrela
- 1.6 Prueba. Innecesariedad de efectuar “protesta”. Coimputado. Testifical de la víctima. Interceptación de las comunicaciones telefónicas. IMEI, IMSI y SITEL
- 1.7 Derecho a los recursos. Segunda instancia. Cuestiones varias
- 1.8 Ley del Tribunal del Jurado. Plenos de la Sala de 20-1-2010 y 23-2-2010.

2. JUICIO ORAL

- 2.1 Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa de las personas jurídicas. Cosa juzgada. Documentación del juicio oral
- 2.2 Sentencia. Motivación. Costas del proceso. Casos de ejecución de sentencia.
- 2.3 Penalidad. Supuestos varios.
- 2.4 Responsabilidad civil. Contribución de la víctima al daño. Exoneración de la compañía aseguradora. Responsable a título lucrativo. Subsidiaria

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. CUESTIONES GENERALES

- 1.1 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta
- 1.2 Culpabilidad. Imprudencia y Dolo. Error

2. Agresión sexual

3. Apropiación indebida
4. Asesinato
5. Asesoramiento ilegal
6. Blanqueo de capitales
7. Coacciones
8. Delito publicitario
9. Delitos contra el Medio Ambiente
10. Delitos contra la Administración de Justicia
11. Delitos contra la Seguridad Vial
12. Delitos contra los extranjeros
13. Delitos societarios
14. Detención Ilegal
15. Estafa
16. Extorsión
17. Falsedades
18. Homicidio
19. Incendio
20. Lesiones
21. Malversación de caudales
22. Pornografía infantil
23. Prevaricación
24. Quebrantamiento de condena
25. Salud pública
26. Tenencia ilícita de armas
27. Terrorismo
28. Violencia familiar

En el año judicial 2009-2010, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, además de numerosas resoluciones que han ido configurando la doctrina jurisprudencial del pasado curso judicial, ha adoptado diversos acuerdos plenarios no jurisdiccionales, con los cuales comenzamos la presente Crónica.¹

El Acuerdo de 27-10-2009, en relación al facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil, decidió interpretar el art.189.1 b) del C.Penal, conforme a lo siguiente: “Una vez establecido el tipo objetivo del art.189.1.b) del C.Penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos”.

Y respecto a los problemas competenciales derivados de la conexión de delitos, cuando alguno de ellos fuera de la competencia del Tribunal del Jurado, en el **Acuerdo de 23-2-2010**, complementando lo acordado el 20-1-2010, se decidió lo siguiente:

“Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el artículo 1.2 de la LOTJ:

1. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.
 - a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.
 - b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del jurado (artículo 1.2 LOTJ).
2. La aplicación del artículo 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.
3. La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

¹ 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.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados.

4. El artículo 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.
5. Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado.
6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo 1.2 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.”

Y finalmente, en la misma reunión de 23-2-2010, se resolvió sobre si se necesita –incluido el Ministerio Fiscal- autorización judicial para que le sea desvelada la identidad de la persona adjudicataria de la dirección IP con la que operan los ciudadanos en Internet, se dictó el **Acuerdo de 23-2-2010** siguiente: “Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”.

La trascendencia del acuerdo se aprecia por sí misma y, sin duda, puede generar alguna posible reforma legislativa futura.

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, los criterios jurisprudenciales que estimamos más relevantes, establecidos en el año judicial 2009-2010.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Como es práctica habitual en los últimos años, gran cantidad de los motivos esgrimidos en los recursos de casación, plantean cuestiones de

orden procesal que dan lugar a interesantes respuestas en dicho ámbito jurisdiccional. Recogemos, al respecto, una selección de las mismas, de conformidad con el orden seguido otros años.

1.1 Principios procesales. Los principios esenciales del proceso penal. Imparcialidad. Acusatorio.

La **STS 10-2-2010 (Rc 597/09)**, contiene la enumeración de lo que denomina “los **principios esenciales** del proceso penal que rigen el funcionamiento del juicio oral”, y que son fundamentalmente –dice- los de publicidad, contradicción, igualdad de armas, oralidad e intermediación.

Dicho eso, los examina uno a uno, en torno a la posible vulneración de alguno o varios de dichos principios, en relación a la figura del “testigo protegido”.

Por su parte, la **STS 12-4-2010 (Rc 11276/09 P)**, se ocupa del principio de **imparcialidad** como consecuencia de una actuación presuntamente inquisitiva del Tribunal sentenciador, que le habría hecho perder su imparcialidad.

En la sentencia se analizan minuciosamente los hechos del caso y se interpreta el art. 708 LECrim, conforme al cual el Presidente del Tribunal pueda dirigirle al testigo algunas preguntas “...*que estime conducente para depurar los hechos sobre los que declaren...*”, siempre de forma moderada y sólo para solicitar aclaraciones.

A tal respecto –continúa la sentencia-, no será ocioso recordar las prevenciones contenidas en la STC 188/2000 de 10 de julio en la que se indica que esta iniciativa probatoria de oficio debe respetar la garantía de imparcialidad que exige que en todo caso con su iniciativa, el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Y más contundentemente, como dijera la STC 60/1995 “...*sin Juez imparcial no hay propiamente proceso jurisdiccional...*”.

Pero dicho lo anterior, y tras apoyarse en citas del TEDH , concluye que en el presente caso, las sospechas alegadas carecen de la necesaria consistencia, y por tanto no están justificadas para considerar vulnerado el principio de imparcialidad.

Más sentencias se han pronunciado, sin embargo, sobre el principio **acusatorio**. Así, **SSTS 22-12-2009 (Rc 1164/09); 30-9-2009 (Rc 1935/08); 1-12-2009 (Rc 539/09); 19-1-2010 (Rc 10793/09P) y 2-3-2010 (Rc 1606/09)**.

Pudiendo destacarse de entre ellas, la **STS 27-10-2009 (Rc 10373/09P)** que considera vulnerado el principio cuando se ha producido una alteración esencial en la sentencia en relación a los hechos presentados por la acusación. Y ello porque no basta una modificación de detalles o alteración menor.

En efecto, en dicha resolución, se dice, que se ha producido, una alteración esencial en los hechos en los que se sustenta la acusación, sin que se haya ofrecido a la defensa la oportunidad de cuestionar tal alteración fáctica que permite una calificación jurídica distinta y más grave.

1.2 Autoría y ejecución del delito: coautoría, cooperación necesaria, complicidad omisiva, tentativa y delito provocado.

En materia de autoría, participación y ejecución del delito, se han dictado diversas resoluciones, pudiendo destacarse las siguientes:

La **STS 9-12-2009 (Rc 10719/09 P)**, puntualiza cuándo se está ante una **coautoría**. “...La concurrencia de varios sujetos con plurales contribuciones a la producción de la muerte, compartiendo el designio de causar ésta, sea la pactum scaeleris asumido al tiempo de los hechos, o, como en este caso se entiende por la acusación, previo, ha sido considerada determinante de coautoría del nº 1 del artículo 28 del Código Penal. Y ello sin que la distribución funcional de trabajo en la empresa criminal tenga relevancia alguna, ni siquiera en supuestos de asimetría en la entidad de las contribuciones”. (F. J. 1º)

Por su parte, la **STS 25-1-2010 (Rc 10372/09P)** condena al **cooperador necesario sin condena al autor**, en base al principio de subsidiariedad ya que resultó acreditada la contribución aportada al caso, por el recurrente quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por el fallecimiento de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables.

Sobre **complicidad omisiva**, la **STS 7-4-2010 (Rc 1798/09)**, la considera aplicable al recurrente, ya que su conducta implicó “...un comportamiento omisivo en el desarrollo de los hechos, pues en ningún momento realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico. [...]En efecto Mustapha desarrolla en todo momento un comportamiento pasivo y meramente expectante, que si bien no reunía las notas de relevancia y utilidad al no resultar imprescindible, ni necesario para la consumación delictiva, sí fue en cambio facilitador y favorecedor de la realización del hecho criminal. Mustapha con la aceptación de esa conducta generadora de riesgo y peligro para terceros, venía obligado a su vez a asegurar la no producción del daño. Ese <no impedir>, que como dice la jurisprudencia citada, es característico de la comisión omisiva, determina en este caso, que la participación del procesado quede subsumida en el grado de complicidad omisiva del art. 29 del Código Penal”.

Y continúa diciendo: “La complicidad y la coautoría se encuentra en una relación de subsidiariedad expresa, de forma que el precepto subsidiario –la complicidad- sólo se aplica en defecto del precepto principal –la autoría-, de manera que toda autoría comporta una complicidad superada en el camino progresivo de la participación. Ello significaría que aunque el comportamiento estudiado fuese el propio de la autoría, la aplicación de la complicidad omisiva,

tácitamente comprendida y superada por aquélla, no comportaría lesión alguna del derecho del recurrente, sino disfrute de un privilegiado trato de penalidad a tenor del alcance real de su participación en el hecho". (F. J. 4º)

Sobre **tentativa**, la **STS 2-12-2009 (Rc 11596/08P)**, trata de las diferencias entre el **desistimiento activo y la tentativa acabada**, en los siguientes términos:

«..El art. 16.2 C.P. vigente contempla dos supuestos de desistimiento del delito intentado: el desistimiento en sí, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar, y el denominado arrepentimiento activo, que se caracteriza porque el autor -que realizó cuanto debía hacer para la producción del delito- impide activamente que se produzca el resultado penalmente previsto (consiguientemente, únicamente será posible en aquellos tipos penales que requieren un resultado) (STS de 2 de febrero de 2.009).

(...) No debe olvidar que el art. 16 del C. Penal de 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. Esto es la tentativa acabada y así debe calificarse la acción del acusado». (F. J. 2º)

Por último, en cuanto al **delito provocado**, la **STS 19-11-2009 (Rc 517/09)**, tras examinar cuándo concurre, se ocupa de los casos en que no existe, tal como sucede en el recurso que dio lugar a la mentada sentencia.

“No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir *ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador*”.(...)”Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la “notitia criminis”, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados” (...)” Así, pongamos por caso, si se solicita la venta de sustancias estupefacientes a quien se encuentra dolosamente en condiciones de hacerlo, o bien es su deseo proporcionarlas, y

en efecto, se ofrecen a cambio de precio, no se provoca nada, sino única y exclusivamente se comprueba la comisión de un delito contra la salud pública, por el que estaba dispuesto a cometer, de todos modos, tal delito, con tal de tener un comprador que acudiese al concurso de su oferta”.(F. J. 3º)

1.3 Concursos delictivos: supuestos varios

Como es fácilmente comprobable, otro de los capítulos habituales en esta *Crónica*, lo constituye las sentencias sobre concursos delictivos, ya sea de normas o de delitos.

En cuanto al **concurso de normas**, podemos citar las **SSTS 1-10-2009 (Rc 11395/08P) y 19-3-2010 (Rc11185/2009 P)**.

En la primera, sobre robo y detención ilegal, se determina la absorción (art. 8-3º del Código penal), en el delito de robo, dada la fugaz retención de los empleados del banco, y la corta duración del encierro, conforme a la jurisprudencia existente en casos similares.

Y en la segunda, se rechaza tal concurso normativo entre falsedad mercantil y estafa, bastando recordar al respecto, que la naturaleza mercantil de los documentos, acarrea la consecuencia de excluir cualquier absorción entre tal delito de falsedad y el de estafa.

Respecto al **concurso de delitos**, la **STS 16-11-2009 (Rc 614/09)**, justifica su concurrencia en los supuestos de **falsedad en documento mercantil y estafa agravada** conforme al Pleno no jurisdiccional de la Sala celebrado el 8 de marzo de 2002, en doctrina de concurso medial de delitos, refrendada en las resoluciones que se han ido dictando en años posteriores (SSTS 1556/2004, de 30-12; 591/2006, de 29-5; 180/2007, de 6-3; 1067/2007, de 17-12; 822/2008, de 4-12; y 236/2009, de 17-3).

En cuanto a los delitos de **inmigración ilegal y favorecimiento de la prostitución**, la **STS 11-12-2009 (Rc 10656/09 P)** recuerda como el Pleno de la Sala de 26.2.2008 acordó que “en relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia de un concurso real de delitos.

Pero sin duda, una de las sentencias más interesantes sobre esta materia, ha sido la **STS 29-4-2010 (Rc 11016/09 P)** que aborda un supuesto de **conexiones mediales encadenadas**.

En concreto, se trata de hallar la solución al caso de que un delito – allanamiento de morada- sea medio para cometer otro –robo con violencia-, que a su vez es medio de un tercero –detención ilegal de dos personas-.

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

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

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

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

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

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

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

1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional

En materia de competencia, señalamos dos grupos de controversias: entre el Tribunal del Jurado y la Audiencia provincial de un lado, y entre un Juzgado de instrucción ordinario y otro incardinado en la Audiencia Nacional, de otro.

En el primer caso, abordado por la **STS 3-3-2010 (Rc 186/09)** al concurrir un delito de prevaricación resulta excluida la competencia del tribunal del Jurado ya que de acuerdo a la ley " como límite negativo infranqueable que impide el enjuiciamiento por el Jurado, se encuentra el delito de prevaricación

así como de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin romper la continencia de la causa”.

Y en la **STS 18-2-2010 (Rc 11221/09P)** al examinarse idéntica cuestión de delitos competencia de la Audiencia o del Jurado, se alude a una reciente reunión del pleno no jurisdiccional de la Sala, celebrada el día 20 del pasado mes de enero de 2010, e la que se acordó, entre otras cosas, que en aquellos casos en que forzosamente han de conocerse dentro del mismo proceso varios hechos constitutivos de diferentes delitos, unos de la competencia del jurado y otros no, se tendrá en cuenta el delito fin (el que movió al autor o autores al comportamiento punible) para resolver si ha de conocer y decidir, bien el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, bien el Tribunal del Jurado; y ello aunque tal delito fin no sea el más gravemente sancionado.

En cuanto a problemas competenciales suscitados entre un juzgado de Instrucción y la Audiencia Nacional, tenemos la **STS 24-2-2010 (Rc 1432/09)**, en la que se aplica la **teoría de la ubicuidad**, en base a la cual no resultaba absurdo ni arbitrario entender que eran los Juzgados de Instrucción de Cartagena los competentes para instruir las diligencias, dado que el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será, en principio, competente para la instrucción de la causa, cual acontece en el caso presente al ser Cartagena, el puerto al que fue llevada la embarcación y el lugar en que se practicó el registro y la droga fue aprehendida. Y en consecuencia, el enjuiciamiento de los hechos por parte Audiencia Provincial de Murcia responde a una interpretación razonada de las reglas de competencia.

1.5 Prescripción: interposición de querrela

Sobre la siempre conflictiva prescripción, la **STS 4-12-2009 (Rc 1014/04)** examina el caso planteado, a la luz de la reciente doctrina constitucional al respecto, según la cual *“...resulta imprescindible la existencia de algún acto de interposición judicial que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie.”*

Y así, como quiera que en el caso que nos ocupa existieron “actos de interposición judicial” anteriores al cumplimiento del término prescriptivo, en concreto una Resolución del Instructor inadmitiendo a trámite la Querrela y la posterior desestimando el correspondiente Recurso de Reforma, otra del Tribunal de Apelación anulando la primera por defectos formales, una más del Instructor, todo ello antes de la definitiva admisión a trámite acordada en Apelación, vencido ya el plazo de prescripción, la Sentencia anulatoria vulnera el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva. (F. J. 1º)

1.6 Prueba. Innecesariedad de efectuar “protesta”.Coimputado. Testifical de la víctima. Interceptación de las comunicaciones telefónicas. IMEI, IMSI y SITEL

Nuevamente, el derecho a la prueba (art.24.2 CE), en sus muy diversas facetas, ha ocupado muy especialmente a la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo. Y sin duda, el “tema-estrella” del año judicial ha sido el derecho al secreto de las comunicaciones en relación con las nuevas técnicas de investigación policial.

Comenzando con el modo de combatir la denegación de una prueba, la **STS 19-11-2009 (Rc 10568/09P)**, el nuevo art.846 bis c) de la LECrim, procedente de la L 13/2009 que establece la oficina judicial, **no considera necesario efectuar la oportuna protesta** “si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”.

En cuanto a la prueba del **coimputado las SSTs 19 y 22-10-2009, (Rc 10261/09P y 10566/09P)**, respectivamente, se pronuncian sobre diversos aspectos de la misma.

Así, en la primera, en relación a la declaración de coimputado ya juzgado, se le considera testigo en el siguiente juicio sobre el mismo caso, una vez que el Acuerdo del Pleno de la Sala de 16-12-2008 unificó los criterios no coincidentes manejados hasta entonces: “la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad”. Criterio recogido ya en Sentencias posteriores de 7 de enero y 31 de marzo de 2009». (F. J. 4º)

Y en la segunda sentencia citada, se recoge la doctrina de que **la declaración de coimputado en el sumario incorporada como documental** carece de valor probatorio, a efectos casacionales, ya que tiene naturaleza personal y, por tanto, se carece de intermediación para su examen en casación. Por eso, si no se pide su lectura o se renuncia a ello sólo tendrá valor documental y en consecuencia, las declaraciones del coimputado no constituyen prueba de cargo contra el coacusado.

También ha sido objeto de atención la **testifical de la víctima**, en particular cuando está unida por razón de parentesco al agresor, cuestión sobre la que, entre las diversas sentencias emitidas, seleccionamos la **STS 5-3-2010 (Rc 2209/09)**, auténtico compendio jurisprudencial de su problemática.

La sentencia, tras un examen evolutivo del tema, y su aplicación al caso que resuelve, concluye: “*En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar*

del art. 416 LECrim. y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacerse la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que de dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

Pero como se dijo, el tema más novedoso de los últimos meses, en materia de prueba, ha sido la obtención de información relativa a comunicaciones telefónicas obtenidas a través del IMEI, IMSI o mediante el sistema SITEL.

Entre el cuerpo doctrinal producido, seleccionamos las siguientes resoluciones: **SSTS 20-10-2009 (Rc 11177/08P); 11-11-2009 (Rc 313/09) y 30-12-2009 (RC 404/09).**

En la primera de las citadas sentencias, tras definirse que sea el **IMEI** –*International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil)*, que identifica con su número de serie al equipo- y el **IMSI** -acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil)- se indica que constituyen un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil integrado en la tarjeta SIM, que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS-, y que :*"Los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma. Y en cualquier caso, aún considerando que, en sentido extremadamente lato, ese número telefónico haya de integrar el derecho a la intimidad, cabe recordar que los miembros de la Policía también se encuentran autorizados para llevar a cabo, sin necesidad de solicitar en cada caso la autorización del Juez, ciertas diligencias que suponen una leve injerencia en la intimidad de la persona, como sería el supuesto de las intervenciones corporales ("cacheos") y, hoy día, averiguar, mediante instrumentos tecnológicos, la numeración de unos determinados teléfonos"*.

En la **STS 11-11-2009 (Rc 313/09)** se examina con más detalle la cuestión, afirmándose:

“Tanto con el **IMSI** como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones. Y se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Así, se suele decir que, como se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo), la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del **IMSI**, mediante estos "prismáticos especiales inalámbricos".

Y ello, por que al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o "pinchazos" telefónicos.

Pero sin duda, la sentencia que ha generado mayor atención ha sido la **STS 30-12-2009 (Rc 404/09)**, dedicada al **Sistema SITEL**, que por su extensión, remitimos a su lectura directa, sin perjuicio de que resumamos los aspectos más destacados:

En la sentencia, se dice: “España, a través del Ministerio del Interior, adoptó el denominado **Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones (S.I.T.E.L)**”, una tecnología de intervención de teléfonos móviles, imprescindible técnicamente para su interceptación y escucha, además de otras operaciones ya descritas, debido a que los sistemas de captación de la telefonía fija no tienen capacidad técnica para realizar escuchas en el sistema de telefonía móvil.

“... la regulación de cuando y bajo que condiciones es legítima la interceptación de las comunicaciones y por tanto la ruptura de su secreto están suficientemente cubiertas por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de control del Centro Nacional de Inteligencia, ambas de carácter orgánico. Compartimos con la sentencia que estamos comentando que, *“La reserva de Ley orgánica sin embargo, no tiene por que extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar físicamente las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación”*.

Por otro lado, “el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene carácter de Ley orgánica por imperativo del artículo 81 de la Constitución, se limita a regular, de forma escueta, la decisión judicial, debidamente motivada, que puede autorizar la interceptación y escucha, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales períodos. Admitimos que esta disposición debió ser complementada con alguna referencia al catálogo de delitos graves que permiten la interceptación, pero como es lógico, no tiene sentido introducir las características y posibilidades técnicas de un sistema de escuchas, porque se refiere a cuestiones operativas que, además, pueden cambiar con el tiempo. Más adelante nos referiremos expresamente a la

necesidad de actualizar la ley procesal penal, y, concretamente, su artículo 579.”

Seguidamente se exponen las características técnicas del programa SITEL con sus tres principios de actuación: A) **Centralización**: El servidor y administrador del sistema se encuentra en una sede central, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones de los distintos usuarios implicados. B) **Seguridad**: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior y C) **Automatización**: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.

Se indica después, la información que en la actualidad, aporta el Sistema: a) Fecha, hora y duración de las llamadas, b) Identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención, c) Distribución de llamadas por día, d) Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.), e) IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes. Y f) Identidad del titular de los teléfonos que interactúan aunque sean secretos.

Se examina después el caso objeto de la sentencia, se aporta derecho comparado sobre el tema:

10.- El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas

12.- El Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, dedica especial atención a las medidas de seguridad de los sistemas informáticos que pueden almacenar datos, que clasifica según su mayor o menor intensidad. El Reglamento contempla **medidas de seguridad de nivel alto**, que describe en el **artículo 101** al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los **usuarios con acceso autorizado a los citados soportes** y documentos identificar su contenido y que **dificulten la identificación para el resto de las personas**. Estas medidas de seguridad están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL. No es exigible, en todo caso, el cifrado de los datos ya que **permite utilizar otro mecanismo que garantice que dicha información no sea accesible o manipulada durante su transporte**. El **artículo 104** insiste en las mismas previsiones, considerando de alta seguridad, tanto el cifrado como cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible o manipulada por terceros.

13.- En todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación pero su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables. Las objeciones deben hacerse a partir del momento en que se alza el secreto de las grabaciones y las partes tienen expedita la vía, para solicitar su audición. Una mínima coherencia profesional, les obliga a plantear esta cuestión en el debate en la instancia, cosa que no han solicitado las defensas de ninguno de los acusados. Por ello, y sin perjuicio de lo que hemos expuesto con carácter general sobre el sistema técnico de grabación de los teléfonos de la telefonía móvil, que seguramente en un futuro será superado o modificado por el progreso de la técnica, la cuestión de la autenticidad de los contenidos de los soportes CD se debe plantear con antelación al juicio oral para que pueda ser adecuadamente debatido.

(...)

16.- El contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario. Se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo cumplimentariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). En estos casos la ley contempla la posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

17.- En todo caso, consideramos que estas disposiciones establecidas en el ámbito de un conflicto privado no obligan a traer como original todo el sistema informático centralizado. El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fé pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas.”

Y se concluye con la necesidad de adaptar el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento criminal a las previsiones contempladas en el derecho comparado. Es cierto, se dice también, que el catálogo de delitos podría ser integrado por los que se contienen en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para poder utilizar agentes encubiertos en la investigación de determinados delitos que se enumeran. En todo caso, entre ellos, y en todo el derecho comparado, figura, sin discusión ni excepciones, las investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

1.7 Derecho a los recursos. Segunda instancia. Cuestiones varias

El derecho a los recursos, expresamente reconocido en el art. 24.2 CE, como una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva,

ha sido objeto de motivo de recurso tanto al cuestionarse la doble instancia existente en nuestro ordenamiento penal como, de forma más indirecta, a través de cuestiones de orden procesal específicas.

En cuanto al alcance de la **doble instancia penal**, la **STS 17-11-2009 (Rc 889/09)** realiza una completa y actualizada exposición del tema ante, una vez más, el planteamiento de dicha cuestión en un concreto recurso:

“La Ley Orgánica de 23 de Diciembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones.

(...) la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador, sobre todo, a partir del Instrumento de Ratificación por España del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 15 de Octubre de 2009). Desde que el Plenipotenciario de España lo firmó el 22 de Noviembre de 1984, resultaba, cada más urgente, dar coherencia a las decisiones legales y a los compromisos asumidos por España. Utilizando la fórmula tradicional de los Instrumentos de ratificación, promete cumplir, observar y hacer que se cumpla en todas sus partes. El Instrumento de Ratificación contiene solamente la reserva o cláusula de estilo referida a Gibraltar pero no añade ninguna otra. El Protocolo, en su artículo 2, reitera que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. *El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.* Se añade, en el apartado 2 que este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad, según las define la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.”

Y por otro lado, “España, a diferencia de otros países, no ha formulado reservas a este artículo 2 del Protocolo nº 7. Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Holanda, entre otros países, han formulado algunas reservas, lo que les permite mantener parte de su sistema vigente. En el caso de España, debemos acogernos a la tesis tradicional ya expuesta de que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, es incuestionablemente un Tribunal Superior y que el sistema de la casación constitucionalizada cubre las expectativas de la doble instancia”. (F. J. 4º)

En cuanto a concretas cuestiones de orden procesal, la **STS 19-2-2010 (Rc 1783/09)**, examina, de la mano del art. 848 LECrim los **autos impugnables en casación**, centrándose en los de sobreseimiento libre, resolución complementada por la **STS 22-10-2009 (Rc 51/09)**.

Además, la **STS 3-11-2009 (Rc 572/09)**, examina la **recurribilidad de los autos sobre suspensión o sustitución de penas**, decantándose por la solución negativa.

Por su sólido contenido doctrinal y jurisprudencial, las tres sentencias referidas son dignas de consulta directa, para conocer el criterio sobre las cuestiones tratadas.

1.8 Ley del Tribunal del Jurado. Pleno de la Sala de 20-1-2010

Las resoluciones sobre el procedimiento previsto en la LOTJ 5/1995, se han visto enriquecidas con la doctrina aportada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala, en reuniones de 20-1-2010 y 23-2-2010.

Ello ha hecho que las diversas sentencias emitidas sobre el tribunal del jurado en los últimos meses, hayan tenido en cuenta dicho Pleno. Y así, entre otras, la **STS 18-2-2010 (Rc 11221/09 P)**, al tratar de las **declinatorias de jurisdicción**, dijo: “contra lo que se resuelva en este trámite especial de los artículos de previo pronunciamiento, en el caso específico de la declinatoria de jurisdicción, si se rechaza al artículo previo y se abre el juicio oral, no puede volverse a discutir este tema en el juicio oral. Cabe recurso de casación (apelación en el procedimiento del Tribunal del Jurado) contra el auto de la Audiencia Provincial que desestime en esa fase previa de los arts. 666 y ss. tal cuestión de declinatoria de jurisdicción; en estos casos solo se iniciará el juicio oral una vez resuelta esta casación especial”.

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

2 Juicio Oral

2.1 Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa de las personas jurídicas. Cosa juzgada. Documentación del juicio oral

Entre las resoluciones que han tratado cuestiones que se plantean en el juicio oral y que son anteriores al dictado de la sentencia, merecen citarse las que seguidamente se exponen.

El derecho de defensa de las personas jurídicas, se analiza en la **STS 17-2-2010 (Rc 1305/09)** en la que se suscitó que se había dejado de llamar al proceso a una sociedad, habida cuenta de que el art. 31.2º CP dispone que si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, ser responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y en cuya cuenta actúa.

Pero, como en el caso de autos no nos encontramos ante ningún delito especial propio, que hubiere hecho necesaria la aplicación del art. 31.1 CP, tampoco serán aplicables las previsiones el art. 31.2 CP, y, además, el Tribunal de instancia no ha efectuado ningún pronunciamiento ni de contenido penal ni de responsabilidad civil, directa ni subsidiaria, contra dicha entidad.

La **STS 30-10-2009 (Rc 191/09)** recuerda los requisitos de la **cosa juzgada** en el orden penal:

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

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

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

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

Institución no aplicable al caso ya que en el supuesto enjuiciado no hay identidad de hechos, pues el caso ya resuelto se refiere a la entrega de cantidades a cuenta para la compra de una vivienda, por los adquirentes que se citan en la propia resolución judicial, cantidades no destinadas a la ejecución de la promoción con engaño antecedente, y en el supuesto resuelto por la Audiencia de instancia, el hecho justiciable lo constituye el gravamen impuesto sobre las fincas permutadas, sin que a partir de tal constitución se destinare ninguna cantidad a finalizar la obra, con doloso propósito de apropiación.

En cuanto a la **documentación del juicio oral**, la **STS 4-11-2009 (Rc 442/09)** examina el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ordena extender acta de cada una de las sesiones del juicio oral que deberá

ser firmada por los miembros del Tribunal, el Ministerio Fiscal y las demás partes asistentes.

Y lo hace, tratando del **acta electrónica**, pues en este caso concreto, para redactar el acta no se utilizó papel escrito, sino que su contenido se introdujo, mediante las teclas del tabulador, directamente y se imprimió en la memoria o disco duro del ordenador que es el que hacía las veces de documento soporte a los efectos de reflejar lo sucedido en las sesiones del juicio oral.

De ese modo, y al amparo del artículo 26 del Código Penal, artículo 135.5º y 146 2º LECiv y artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se da carta de naturaleza al soporte electrónico empleado en el caso ya que el documento electrónico imprime en las "*neuronas tecnológicas*", de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito. Y el documento electrónico adquiere, según sus formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información consagra la validez del contacto electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales. (F. J. 1º)

2.2 Sentencia. Motivación. Costas del proceso. Casos de ejecución de sentencia.

Sobre cuestiones relacionadas en concreto, con la sentencia, seleccionamos una sobre motivación de la calificación jurídica, otra sobre costas procesales y tres relacionadas con supuestos concretos relativos a la ejecución de sentencias.

En cuanto al deber de **motivar la calificación jurídica**, la **STS 3-2-2010 (Rc 1248/09)**, recuerda que la necesidad de motivación, que exige el art. 120.3 CE, resulta de la interacción entre: a) la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proclama el art. 9.3 CE, b) el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, en cuanto el justiciable no sólo ha de encontrar satisfecha, con estimación o desestimación, en el fondo o preliminarmente, la pretensión o la oposición, sino que tiene también derecho a conocer el fundamento de la actitud tomada por el Tribunal, c) el derecho a los recursos, por cuanto, al ser conocida la razón del fallo, el justiciable puede contrarrestarla y el órgano ad quem depurarla, d) el derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 CE y que exige conocer si ha existido suficiente prueba de cargo, constitucional y lícitamente obtenida y aportada a la proceso. Véanse sentencias de 3/11/2004 y 30/10/2003, TS.

Y la Jurisprudencia -véanse sentencias citadas- precisa que la motivación debe abarcar tres aspectos relevantes de la sentencia penal: relato

de hechos que se declaran probados, subsunción de los hechos en el tipo penal aplicado analizando los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

Por eso, en el trance de aplicar el art. 74 que requiere la unidad del plan o el aprovechamiento de idéntica ocasión y la identidad o la similitud del precepto o los preceptos afectados, en la pluralidad de hechos delictivos, es necesario determinar, y motivar, respecto a cada hecho, cuál es su calificación jurídica, aunque sólo fuera por las variaciones legislativas habidas a lo largo del período a que se extienden las conductas enjuiciadas; en el presente caso desde 1986 hasta el año 2005. Y en caso de que ello no se haga, la sentencia es capaz de originar la merma de los derechos de la Defensa, por ejemplo, el relativo a centrar la presunción de inocencia en una u otra supuesta infracción, e incluso puede obstaculizar la tarea depuradora propia del recurso casacional.

En el caso de **absolución parcial en la instancia, las costas procesales**, conforme establece la **STS 12-2-2010 (Rc 1631/09)** no puede determinar la imposición íntegra de las costas devengadas pues al haberse producido la absolución respecto de uno de los dos delitos de los que en principio eran acusados, en concreto del delito de atentado a agente de la Autoridad, y manteniendo la inclusión en las mismas de las correspondientes a la Acusación Particular que no ha sido en ningún momento cuestionada, tan sólo deben imponerse a quienes fueron condenados la mitad de esos gastos procesales ocasionados en la instancia, en aplicación de los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a cuestiones de **ejecución de sentencia**, la **STS 22-12-2009 (Rc 137/09)** permite aplicar el **art. 87 CP** sujeto a estos requerimientos:

a) que se recoja en la sentencia la atenuante de drogodependencia en cuyo caso habrá que partir de tal dato en ejecución sin posibilidad de ser revisado.

b) que después de practicada prueba sobre la atenuación se efectúen los siguientes pronunciamientos:

- la no adicción del sujeto a las sustancias del art. 20-2º.
- reconocimiento de su adicción, pero no acreditamiento de su influencia o relación con el delito cometido.

c) si finalmente en juicio no se practicó prueba alguna, ni se debatió la cuestión, ante la falta de pronunciamiento de la sentencia, no impedirá que en el trámite de "audiencia de las partes" contemplado en el art. 87 puedan éstas solicitar o aportar las pruebas necesarias para acreditar que la condición de drogadicto fue determinante para la comisión del delito, con el que se hallaba en una relación teleológica.

Y sobre la **expulsión del territorio nacional**, la **STS 21-1-2010 (Rc 10624/09P)** se ocupa de la exigencia de previa audiencia del Ministerio público, cuando en autos no se ha pronunciado al respecto -ni siquiera en trámite de

casación-, lo que lleva a diferir a la ejecución de sentencia la aplicación de los trámites del precepto de referencia, encomendando al Tribunal de instancia su realización.

Y la **STS 28-9-2009 (Rc 11568/09 P)** analiza la **sustitución de pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional**, cuando se dan las condiciones del art.89.1 CP de que el condenado tenga cumplidas las tres cuartas partes de la pena o alcanzado el tercer grado penitenciario.

La sentencia, que contiene un notable aparato jurisprudencial sobre dicha cuestión, concluye que en el caso, la problemática propia de la expulsión del territorio nacional con motivo del cumplimiento de penas de prisión de seis o más años, requiere conocer los datos individualizadores de la situación personal, familiar y social del acusado. Por lo que, en el caso examinado, lo procedente, ante la falta de argumentación sobre datos concretos que permitan dirimir la cuestión suscitada (art. 120.3 y 24.2 CE), es anular la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional en las condiciones que se prevén en el art. 89.1, párrafo segundo, y devolver la causa al Tribunal de procedencia para que motive debidamente la denegación de la sustitución punitiva de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso, en aplicación del art. 901 de la LECr.

2.3 Penalidad. Supuestos varios.

En materia de imposición de penas, destacamos entre las de mayor interés, las siguientes: **STS 17-10-2009 (Rc 12/09)**; **STS 2-12-2009 (Rc 10029/09P)**; **STS 12-4-2010 (Rc 2513/09)**.

En el **Rc 12/09** se indica la necesidad de **motivar la pena de comiso**, especialmente cuando se trata de efectos o ganancias provenientes del delito, pues en ese caso es preciso que conste en la sentencia una declaración terminante, así como una explicación de las razones que han llevado al Tribunal a efectuarla.

En la **STS 2-12-2009**, se examinan los **criterios para la determinación de la pena de multa**, previstos en el art. 50.5 del C. Penal: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil. b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo). c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto. d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos». (F. J. 7º del R. de I.V.M)

Por su lado, en la **STS 12-4-2010 (Rc 11139/2009)**, se contemplan las penas accesorias consistentes en **prohibición de comunicación y de aproximación a la víctima**. Se da lugar al recurso por imponerse incorrectamente su duración en el primer caso y omitirse en el segundo.

Por último, la **STS 11-2-2010 (Rc 11127/09P)**, aplica el criterio de la STC 57/2008 a la liquidación de condenas privativas de libertad, que determina la posibilidad de que la **coincidencia temporal** del cumplimiento de prisión, en cuanto **prisión preventiva** y de una **pena** impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva.

2.4 Responsabilidad civil. Contribución de la víctima al daño. Exoneración de la compañía aseguradora. Responsable a título lucrativo. Subsidiaria

Sobre cuestiones indemnizatorias, tampoco han faltado interesantes resoluciones. Así, sobre las consecuencias de una cierta contribución de la víctima, al resultado producido; o la exoneración de responsabilidad de la compañía aseguradora cuando se producen lesiones por un vehículo mero instrumento de las mismas; el supuesto de responsabilidad a título lucrativo y los casos de responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a la **contribución de la víctima al daño causado, la STS 26-2-2010 (Rc 1709/09)**, el art.114 CP dice:

“Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.”

En esta ocasión, -concluye la resolución-, no se ha tenido en cuenta para ese cálculo cuantitativo, el contenido del artículo que se acaba de transcribir, y que resulta, en principio, de aplicación a supuestos como el presente, por lo que parece razonable aplicar una reducción del 20% en las indemnizaciones inicialmente concedidas, como consecuencia de la aplicación del referido artículo 114.

La **STS 3-11-2009 (Rc 10541/09 P)** aborda la responsabilidad de una aseguradora cuando se producen **lesiones dolosas mediante un vehículo a motor**.

Hasta el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 24 de abril de 2007, en el que se tomó el acuerdo: “No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”, lo decisivo era la presencia o no de dolo directo en la conducta. Pero desde ese momento, lo determinante es saber si estamos ante un “hecho de la circulación”, o no.

Por eso, si el hecho se ejecuta con dolo directo de causar lesión, ese resultado lesivo, en tanto causado con dolo directo, no pueda ser considerada hecho de la circulación y por tanto, no tiene por qué ser indemnizado por la compañía aseguradora del vehículo,

La **STS 25-1-2010 (Rc 10372/09P)** trata del art.122 Cp, norma en la que se alberga la **responsabilidad a título lucrativo** y que recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Pues bien, los requisitos para su aplicación son:

1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del «*crimen receptationis*» en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (cfr. STS 532/2000, 30 de marzo y las que en ella se citan).

Por último, en cuanto a casos de **responsabilidad civil subsidiaria**, es digna de mención la **STS 29-4-2010 (Rc 1749/09)**.

En ella, se cuestiona la condena a una entidad bancaria como responsable civil subsidiaria, en un caso en que no nos hallamos ante un simple pagaré, sino ante unos verdaderos mandatos de pago dirigidos a una entidad bancaria para que entregue a un tercero parte de los fondos en ella depositados.

Estamos en presencia de una responsabilidad cuasi objetiva para el librado, con presunción de culpa civil, basada en el criterio del riesgo profesional, y por tanto de un especial deber de garantía que la Ley impone a las personas directoras del establecimiento por su omisión de impedir la comisión de delitos o faltas, de efectos no penales, sino exclusivamente patrimoniales, sin que sea necesario precisar la persona física infractora del deber legal o reglamentario, con tal que se encuentre dentro del círculo de la actividad que resultó insuficiente para impedir la consumación delictiva y en el ámbito especial de su dirección y control.

La aplicación del art. 156 de la Ley Cambiaria y del cheque procederá en cualquier caso en que el mandato de pago haya sido manipulado bien falsificando la firma (falso), bien manipulando su contenido tras ser firmado (falsificado). Pues lo que se pretende es trasladar a la entidad de crédito la responsabilidad en cualquier supuesto en que sea cual sea el medio

empleado, se disponga de fondos que custodia mediante engaño, aparentando orden del depositante». (F. J. 21º)

II DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1 Cuestiones generales

1.1 *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta*

En cuanto a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, seleccionamos algunas de las sentencias en las que se han examinado con cierto detalle.

Empezando por las **agravantes**, la circunstancia de actuar con **abuso de superioridad**, ha sido objeto de atención en la **STS 10-12-2009 (Rc 10485/09P)** y la de empleo de **disfraz en la STS 10-11-2009 (Rc 10132/09)**.

En la primera, que la considera inaplicable al caso, se recuerda sus requisitos: a) Desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora; b) Disminución de las posibilidades de defensa; c) Aprovechamiento por el agresor del desequilibrio de fuerzas; d) Que la superioridad no sea inherente al tipo delictivo y e) No puede dejar de sospecharse que esos elementos concurrían en el caso enjuiciado; pero la sospecha no puede justificar la apreciación de una circunstancia agravante, que ha de estar tan acreditada como el hecho nuclear.

Y en la segunda, tras recogerse sus requisitos: 1º Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona; 2º. Subjetivo, o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades (o en menos ocasiones, para una mayor facilidad) y 3º. Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a estos efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS 1264/1998, de 20.10, 939/2004, de 12.7), se indica que lo mismo da que el agresor se tape la cara, o que, por el contrario, le cubra el rostro a la víctima, a efectos de no ser reconocido o identificado por ella, particularmente cuando no hay nadie más, ya que lo decisivo es que existe disfraz siempre que el culpable se vale de cualquier artificio para desfigurar sus rasgos característicos, evitando con ello el reconocimiento de su persona.

Sobre **atenuantes**, examinamos dos pronunciamientos dictados en torno a las **dilaciones indebidas y reparación del daño**.

En cuanto a la de **dilaciones indebidas**, la **STS 4-11-2009 (Rc 397/09)** se ocupa del periodo que hay que considerar al respecto, indicando que como el TEDH ha señalado, (así, STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España), conforme al artículo 6.1 del

Convenio, “empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos”.

Y por lo que hace a la **reparación del daño**, la **STS 29-12-2009 (Rc 675/09)**, hace un estudio amplio de la citada atenuante, recordando que “exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio”. Y, por otro lado, “cuando la reparación o disminución tiene un contenido económico, ésta debe ser **suficientemente significativa y relevante**, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado...(mediante la cual) debe acreditarse que el delincuente ha hecho un esfuerzo, un sacrificio reparador aunque sea parcial para merecer la rebaja penológica”.

Respecto a circunstancias **eximentes**, la **STS 27-10-2009 (Rc 152/09)** examina la de **cumplimiento de un deber**, en particular del **agente de policía**, matizando una distinción de gran interés:

“La necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 que "tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad"». (F. J. 9º)

Otra resolución que se ocupó de una cuestión novedosa, fue la **STS 7-10-2009 (Rc 11272/08P)** que examinó la **paidofilia como posible trastorno mental**.

La paidofilia, trastorno mental consistente en atracción erótico/sexual hacia los niños y la consiguiente disminución de su voluntad para acomodar su actuación a la norma jurídica, y paralelamente la irrefrenabilidad de sus impulsos para comportarse al margen y en contra de lo prevenido en la norma, afecta a la dirección del instinto pero, per se, no supone ni ausencia ni disminución de los mecanismos de autocontrol, por lo que, no determina un mecanismo de exención ni de atenuación. Debe ir acompañada de trastornos psíquicos.

En el caso, se rechazó la eximente planteada por dos razones: de orden procesal, porque en el relato de hechos no aparecían datos que acreditaran la existencia de paidofilia y de naturaleza sustantiva, porque las periciales practicadas vinieron a decir que el recurrente tenía intacta la capacidad cognoscitiva y también la volitiva por lo que "*la secuencia abusiva puede catalogarse de planificada y premeditada*", y, en consecuencia contratarse como "*canguro*" para cuidar niños pequeños, es un caso paradigmático de las "*acciones liberae in causa*" en las que el agente se coloca voluntariamente en una situación que sabe que no podría controlar posteriormente para luego alegar la imposibilidad de refrenar sus impulsos, lo que le impide acogerse a cualquier expediente de atenuación por haber buscado y querido libremente aquella situación; dicho llanamente, la persona concernida no puede colocarse consciente y voluntariamente en "*tentación*" y luego, cuando ha caído en ella, alegar imposibilidad de resistirse a sus impulsos.

Por último, sobre la **circunstancia mixta de parentesco**, prevista en el **art. 23 CP**, la **STS 12-4-2010 (Rc 2513/09)** rechaza su aplicación cuando en el caso, "lo único que afirma el hecho probado es que el acusado vivía "al modo marital" con Victoria desde meses atrás; pero ni expresa el tiempo aproximado de esa convivencia ni la expresión "al modo marital" que la acompaña subsana la insuficiencia descriptiva por ser un juicio de valor cuyos fundamentos fácticos se desconocen. Es decir no se expresa qué es lo que la Sala denomina valorativamente "modo marital" porque no basta para tal apreciación el dato significativo, pero por sí sólo insuficiente, de que ambos convivieran desde meses atrás en una caravana" (F. J. 4º)

1.2 Culpabilidad. Imprudencia y Dolo. Error

En materia de culpabilidad, uno de los elementos fundamentales del delito, examinaremos la imprudencia, el dolo y algunas resoluciones sobre error.

Comenzando por resoluciones que se hayan ocupado de la **imprudencia**, citamos dos sentencias dictadas en sendos casos de homicidio imprudente.

En el primero, **STS 27-10-2009 (Rc 819/09)**, se define el **delito imprudente**, del que se dice aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un *deber de cuidado interno* (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un *deber de cuidado externo* (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (*vínculo naturalístico u ontológico*), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (*vínculo normativo o axiológico*). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

Y en el segundo, **STS 9-12-2009 (Rc 958/09)**, se indica que la imprudencia exige un resultado producido como consecuencia de una conducta en la que se ha omitido la observancia de un deber de cuidado exigible a su autor. Igualmente es preciso que, además de la causalidad natural, el resultado producido sea la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado creado por aquella conducta. Además, el riesgo debe ser percibido por el autor, y el resultado debe ser previsible y evitable.

En cuanto al **dolo**, la **STS 26-10-2009 (Rc 10339/09 P)**, tras recordar que el art. 5 CP proclama que *no hay pena sin dolo o culpa* y que el dolo requiere conocimiento de todos o cada uno de los elementos del hecho que constituye el delito, y que ese conocimiento debe ser anterior o simultáneo a la comisión, pues caso de ser posterior mal se podría evitar, se analizan las modalidades de dolo directo, dolo eventual y dolo normativo.

El primero, **dolo directo** existe cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen, el **dolo eventual**, en el que, desde una postura ecléctica -conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento- podemos decir que se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se reproduzca el resultado, y que además, se conforme con dicha producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca. Siendo exigible, en todo caso, la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (Cfr. SSTS 348/93, de 20 de febrero; y, 2164/2001, de 12 de noviembre). Y el **dolo normativo**, concepto del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico.

Sobre **error**, seleccionamos una de error de derecho y dos de error de prohibición.

La **STS 30-9-2009 (Rc 1935/08)** analiza **los juicios de valor** sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito que pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados.

Los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva es posible la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias y consecuentemente se puede concluir que el derecho a un proceso con todas las garantías no se ve afectado por la revocación de la absolución efectuada por esta Sala casacional, cuando la misma no se funda en una nueva valoración de pruebas necesitadas de la garantía de inmediación». (F.J.1º).

La **STS 28-1-2010 (Rc 10697/09P)** analiza la alegación de error de prohibición previsto en el art. 14.3 del CP.

En el supuesto que nos ocupa -dice la sentencia- no hubo error de tipo, pues la ausencia de consentimiento tuvo que ser necesariamente percibida por el acusado, que se valió de una navaja para sumar a M^a Pilar a su alocado viaje de huida, durante cuyo transcurso se produjeron los tocamientos. Tampoco hubo error de prohibición, pues el matrimonio no autoriza a imponer situaciones intimidatorias seguidas del ofrecimiento de una actividad sexual.

Además, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

En definitiva, y como dijera la **STS 31-3-2010 (Rc 1369/09)** acorde con el artículo 14 del Código Penal existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho.

2. Agresión sexual

Entre las sentencias que se han ocupado de los delitos contra la libertad sexual, podemos destacar la **STS 19-4-2010 (Rc 1116/09P)** que estudia la continuidad delictiva, centrando la cuestión en el dolo, en relación a unos hechos con dos episodios claramente diferenciables y separados por un periodo de tiempo de unas dos horas y media.

Y así, se resuelve, que “*el hecho relevante de que el acusado después de quedarse dormido durante más de dos horas reiniciara su conducta de*

agresión sexual contra la denunciante, nos obliga a hablar de un dolo renovado en su comportamiento delictivo”.

Y explicando con más detalle la decisión que se adopta, se dice que *“El dolo propio de la continuidad delictiva es el que concurre en el acusado, pues lo que realmente hace es aprovechar en una segunda ocasión la situación violenta creada y el temor generado con anterioridad en la víctima. De modo que cuando se despierta, transcurridas más de dos horas desde los actos sexuales anteriores, inicia una nueva actividad delictiva movido por una renovada voluntad o decisión criminal, acción voluntaria que no puede aglutinarse a través de una unidad natural de acción con los actos delictivos anteriores, ya que se trata de dos voluntades o decisiones claramente discernibles y autónomas, aunque en los dos casos se aproveche del clima de violencia generado. Las dos manifestaciones volitivas evidenciadas impiden, pues, hablar de un delito único con pluralidad de actos, debiendo acudirse por tanto a la figura del delito continuado, que se distingue por la pluralidad de decisiones volitivas de carácter delictivo pero realizadas con motivo de aprovechar una misma ocasión en un mismo contexto espacio-temporal».* (F. J. 2º)

3. Apropiación indebida

Uno de los delitos clásicos, la apropiación indebida, prevista en los artículos 252 a 254 CP, ha dado lugar en el pasado año judicial, a interesantes resoluciones.

Así, la **STS 9-6-2009 (Rc 29/09)**, recuerda la doctrina sobre el delito de apropiación indebida y las modalidades que presenta en su aplicación el art. 252 del C. Penal, con cita de diversas sentencias. Y en relación a la **distracción**, dice:

*“Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga **un abuso de la confianza** depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice **en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo, bien entendido que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo.**”*

Y por su parte, la **STS 15-02-2010 (Rc 1488/09)** examina el concepto **obrar con abuso de funciones**, indicando que es un elemento normativo del tipo, que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación. Y *“que ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales. La actuación –en este caso– sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspasa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos”.* (F. J. 2º).

También es de gran interés, la **STS 18-11-2009 (Rc 741/09)** que vuelve a tratar la conflictiva **diferenciación entre este tipo y el de administración desleal**, como delito societario.

Al respecto, se dice: "Es claro que la posible colisión se produciría en su caso:

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

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

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

Sobre la concurrencia entre el **delito continuado y la circunstancia de especial gravedad**, la **STS 6-10-2009 (Rc 29/2009)** recuerda en primer lugar la doctrina que ha venido aplicándose para posteriormente, señalar el cambio producido a partir del **pleno no jurisdiccional de 30 octubre 2007**.

Y así, dice: «Esta Sala ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado (art. 74.2 del C. Penal) con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6º), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros, aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio *non bis in idem*. En cambio, se deniega la aplicación conjunta del delito continuado con la agravación por razón de la cuantía defraudada en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta continuada defraudatoria alcanza la cifra de 36.000 euros, aunque sumadas todas ellas sí la rebasen».

Pero a partir del Pleno citado en el que se adoptó el siguiente Acuerdo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74-1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración", la Sala de Casación, ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1-6º y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2.

En la nueva jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1-6º, pero sí lo fueran globalmente consideradas, en los delitos patrimoniales, según el Acuerdo del referido Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre 2007, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. (F. J. 6º)

4. Asesinato

Sobre los aspectos culpabilísticos respecto al delito de asesinato, se pronuncia la **STS 2-03-2010 (Rc 1549/09)** que al examinar la posible compatibilidad entre la alevosía y el dolo eventual, dice:

“Hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual)... y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente de la víctima (dolo directo) y el dolo referido al propósito de causar una muerte, bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual. Téngase presente que los términos estrictos en que se expresa el art. 22-1º C.P. lo que asegura sin riesgo es la "ejecución", que en el caso de autos pudo llevarla a efecto, sin oposición, resistencia o peligro para su persona, dado el carácter sorpresivo del ataque (el sujeto pasivo se hallaba de espaldas, indefenso y sin capacidad reactiva) lo que aseguraba la ejecución del ataque violento o agresión desplegada.”

Por eso en el caso de la sentencia “Es inasumible considerar, como hace el acusado recurrente, que el abdomen de una persona no encierra órganos vitales o que la profundidad de la herida fue de 5 centímetros, cuando pudo ser más, y si no lo fue se debió a su voluntad. En contra de esa argumentación se alza el dictamen pericial, según el cual, la herida tal cual resultó, sin necesidad de ser más profunda, era apta y adecuada para producir la muerte en poco tiempo, si no se hubiera prestado inmediata atención médica al lesionado (hechos probados). El arma empleada, la zona del cuerpo elegida, la energía del golpe y la naturaleza de la herida causada, fundamentan una eventual voluntad homicida.

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

La Audiencia quizás no supo explicar con la claridad deseada esas afirmaciones referidas a la voluntad de lesionar, pero considerando todo el

contexto sentencial no ofrece la menor duda que los argumentos en general, y lo que es más, el fallo de la sentencia, proclaman una ejecución delictiva dolosa, aunque fuera con dolo eventual». (F. J. 12º)

5. Asesoramiento ilegal

El infrecuente delito de asesoramiento ilegal, ubicado en el Título XIX del libro II del Código Penal, Delitos contra la Administración, en el capítulo IX “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los Abusos en el ejercicio de su función”, fue objeto de análisis en relación a los hechos de un Presidente de Audiencia que resultó finalmente absuelto.

En efecto, la **STS 25-01-2010 (Rc 1023/09)**, tras recordar su contenido:

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

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

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

Y ya, aplicando tal doctrina al caso, dice: “los hechos probados para examinar la aplicación del tipo penal a los mismos. En estos se manifiesta que el recurrente expresó al coimputado, para que se lo dijera al abogado que iba a intervenir en una apelación ante la sala de la que formaba parte y presidía, una serie de consejos sobre la actuación profesional a desarrollar en la vista.

El contenido del pretendido asesoramiento "dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas... que ofrezca una fianza...", carece de relevancia

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

Y concluye: "Desde esta perspectiva la expresión de la conveniente brevedad y claridad en la expresión de la pretensión, así como el ofrecimiento de una fianza, no afecta al contenido esencial de la función y no integra el concepto típico de asesoramiento». (F. J. 5º)

6. Blanqueo de capitales

La **STS 28-01-2010 (Rc 374/09)** se ocupa de la problemática de la posible comisión imprudente en este delito, en el que por la naturaleza del tipo, la prueba de un dolo directo no es fácil y, en cambio, aparecen supuestos que se mueven entre el dolo eventual y la posible imprudencia, debiendo realizarse la distinción a partir de prueba indiciaria o indirecta.

En tal sentido -se dice- el Fiscal en su informe, recoge la doctrina de la Sala (veáanse SS.T.S. 1034/2005 de 14 de septiembre; 483/2007 de 4 de junio; 959/2007 de 23 de noviembre, auto 790/2009 de 16 de abril) en cuyas resoluciones se sostiene que "La modalidad imprudente establecida en el art. 301.3 del C.P. contrasta con la naturaleza dolosa del delito de blanqueo, con cuya inclusión el legislador desborda las previsiones contenidas tanto en la Convención de Viena (art. 3.1) como en la Directiva Comunitaria 308/1991 (art. 1º) y en la reciente Directiva 60/2005 (art. 1.2) que se refieren siempre a comportamientos realizados intencionadamente; aunque el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8.11.90, dejó a criterio de cada Estado parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3). Con esta formulación el derecho español se inscribe en la línea de países como Alemania (art. 261 CP.), Bélgica (art. 505), Italia (Leyes 18-5-78 y 9.8.93) que establecían igual previsión".

Y por otro lado: "Doctrinalmente, resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto sean susceptibles de comisión imprudente, sobre todo cuando -como sucede en el presente caso- el legislador no crea un tipo distinto en el que se describan las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, a lo que no equivale la alusión a <si los hechos se realizasen por imprudencia grave> con lo que se hace una remisión al tipo doloso, aunque se hable de <hechos> y no de <conducta>."

Y es que, como decía la STS nº 1034/2005 de 14 de septiembre “ciertamente, el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto tal delito es esencialmente doloso en la medida en que incorpora un elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa <grave>, en este caso punible, y <leve>, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su <ambigüedad e inespecificidad>, además de contradecir el criterio de <taxatividad> de los tipos penales”. (F. J. 16º)

7. Coacciones

La distinción entre los delitos de amenazas y de coacciones, no siempre fácil, encontró en la **STS 12-11-2009 (Rc 1173/09)**, oportunidad para su debido examen.

Los hechos se refieren a una menor que se negó a mandar al acusado más fotografías de ella desnuda así como de su hermana de nueve años, ante lo cual, “*el acusado le dijo que si no accedía a ello colgaría en Internet las fotografías que tenía de ella desnuda y las distribuiría a otras personas*”. Ante ello, *la menor accedió a las pretensiones del acusado y le mandó nuevas fotos*. La sentencia dictada por la Audiencia consideró que se trataba de un delito de amenazas condicionales.

En el análisis del caso, el Tribunal Supremo dijo: “*Ambas conductas, coacciones y amenazas, integran parte de los delitos contra la libertad. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo y exige la interacción de alguna forma de violencia que puede ser física o psíquica. Gramaticalmente también la coacción significa fuerza o violencia. La ampliación del concepto de violencia supone una operación expansiva del delito que no es aceptable con arreglo a los principios del derecho penal. En la coacción, existe una mayor intermediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma en cuanto se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones*”.

Y aplicando tal doctrina al caso presente, como la menor decidió dejar de enviar fotos de ella desnuda, “el autor no ejerce ninguna fuerza física ni psíquica, sino que pone en marcha una **conducta típica del delito de amenazas, contemplada en el artículo 169 del Código Penal**. Es decir, amenaza a la menor con causarle un mal que en este caso concreto afecta a su integridad moral, a su intimidad y honor, e incluso a su autodeterminación en su comportamiento sexual. Es cierto que la amenaza pende sobre la libre formación de la voluntad, pero no de una forma conminativa, sino otorgando al amenazado la ponderación entre el contenido de la amenaza y la posibilidad de actuar o no conforme a los designios del amenazante. El componente de la amenaza era claro y estaba claramente expuesto. La menor pudo perfectamente negarse sopesando las consecuencias o bien, como era de esperar, ceder ante el amenazante para evitar un mal concreto y específico y no genérico como en la coacción”. (F. J. 3º)

8. Delito publicitario

Como es sabido, la publicidad es uno de los fenómenos más característicos de la llamada sociedad de consumo, y su importancia es tal que tiene entidad constitucional, ya que el art.51 de nuestra Carta Magna impone a los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, *protegiendo los legítimos intereses económicos de los mismos*.

En tal sentido, la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagera hasta términos irreales y la utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores, es siempre muy tenue, de tal modo que la sanción penal debe limitarse a casos graves en los que se produzca un perjuicio claro a los consumidores.

Pues bien, sobre esta problemática, discurrió la **STS 17-11-2009 (Rc 946/09)** que recordando la dicción del **art. 282** del Código Penal, que exige se trate de una actividad que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, afirma que el legislador hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio.

Por otro lado, y tras un estudio en profundidad de su regulación en el ámbito comunitario (la primera Directiva sobre este punto fue la 84/450/CEE del Consejo de 10 de Diciembre de 1994 sobre publicidad engañosa y su modificación se realizó en el año 2005, dictándose posteriormente la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea y la Directiva 2005/29/CE, de 11 de Mayo de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), se aborda el caso que dio lugar a la sentencia.

En el mismo, se trataba de una persona que al amparo de una sociedad que presentaba como una "*European Open University*" "*se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy* a fin de que este organismo pudiera reconocer los diplomas que expediere la referida "Universidad", **tras un curso de conversión**, y darles *una titulación oficial británica*".

Para ello, desplegó una notable campaña de publicidad, en la que anunciaba que el Curso de Estudios Superiores que ofertaba estaba homologado por el organismo británico mencionado.

Tras una serie de vicisitudes, cinco personas se apuntaron, tres en el año 1999 y dos en el año 2000 abonando las correspondientes tasas cuyas cuantías se especifican. Y cuando ya estaban próximos a finalizar sus estudios en el año 2003 se percataron de que la homologación no se producía de forma mecánica o automática, sino que era necesario realizar un curso de conversión

en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Tampoco en contra de lo que se indicó el curso tuvo lugar dentro del último año sino después de finalizado el mismo lo que supuso un desembolso adicional. Aquí termina el relato de los hechos.

El Tribunal Supremo sigue diciendo que, de la lectura de la sentencia se llega a la conclusión de que los cursos de formación en la especialidad de osteopatía se impartieron y que los alumnos, en general, y los que formularon querrela adquirieron los conocimientos propios de sus contenidos y llegaron a la última fase o culminación del tiempo que se les había informado sobre su duración y pautas de homologación.

Y que “el punto decisivo radica en la existencia o no de engaño”. Y al respecto se dice, “no se trata de discutir sobre sí el término “validación” hubiera sido más correcto que “homologación” porque en definitiva lo verdaderamente perjudicial para los intereses de los denunciantes consumidores sería haberles creado la falsa expectativa de la posible convalidación en Madrid en lugar de en Londres.”

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

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

9. Delitos contra el Medio Ambiente

La llamada “**contaminación acústica**”, ha sido objeto, en el último año judicial, de la **STS 5-11-2009 (Rc 954/09)**, cuyo interés estriba en que tras recordar que está regulada en el art.325 CP, como norma penal en blanco, que ha de ser completada con otra de carácter general, examina el supuesto de si una norma local (en concreto, las Ordenanzas municipales de la ciudad de Barcelona) es válida para realizar dicha integración.

Y al respecto, se resuelve del siguiente modo: “*Aunque pudiéramos no fijarnos en la Directiva Comunitaria 2002/49, sobre Ruido Ambiental, ante las dificultades que se plantearan sobre su aplicación directa, como tampoco en la*

Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, dadas sus disposiciones sobre vacatio legis, no cabe dudar que el elemento normativo del tipo queda integrado con normas de carácter general, pues tal condición merecen tanto la Ley 16/2002, de 28 de junio, de la Generalitat de Catalunya sobre Contaminación Acústica, como la Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano del Ayuntamiento de Barcelona.

Cualquiera sean las diversas acepciones atribuidas doctrinalmente a la denominación norma general, lo que aquí interesa, respecto a la seguridad y a la igualdad jurídicas, es que la Ley de la Generalitat y la Ordenanza de Barcelona, aunque de vigencia territorial, contienen mandatos o prohibiciones sin discriminación alguna por razón de las personas Y, en ese sentido, deben reputarse como normas generales, no particulares, complementadoras del elemento normativo a que se refiere el art. 325 CP. Esta Sala, en la sentencia del 24/2/2003, que incorpora abundante cita jurisprudencial, explica a partir del art. 148.1.9º CE, de los arts. 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del art. 25 f) de la ley de Bases de Régimen Local, como las Leyes Autonómicas y las Ordenanzas Municipales pueden cumplir la función de completar la Ley penal estatal, que defina el núcleo esencial del tipo, en materia de contaminación acústica". (F. J. 1º)

10. Delitos contra la Administración de Justicia

Dentro de los delitos contemplados en el Título XX del Libro II del CP, denominados "Delitos contra la Administración de Justicia", son de destacar dos resoluciones sobre dos conductas que inciden en el bien jurídico aludido en dicho título: por un lado, la deslealtad profesional, prevista en el art.467 CP y, por otro, la ayuda a eludir la acción de la justicia, que no es otra que el clásico encubrimiento, contenido en el art.451.3 a) CP.

Sobre la **deslealtad profesional**, la **STS 20-11-2009 (Rc 2237/08)**, recuerda sus elementos estructurales:

"El artículo 467.2 del Código Penal requiere como elementos objetivos del tipo: **a)** una relación profesional del abogado con el perjudicado derivada de la encomienda de intereses, sin que sea preciso que ello ocurra en el marco de la defensa en un procedimiento judicial; **b)** un comportamiento activo u omisivo, propio de la profesión de abogado; **c)** un perjuicio para el cliente, que ni siquiera tiene que ser necesariamente patrimonial (entre otras pueden verse las Sentencias 89/2000 de 1 de febrero, la dictada en la causa especial nº 1/1999 de 31 de mayo y la nº 87/2002 de 22 de mayo) y **d)** nexo causal entre el comportamiento y el perjuicio que ha de ser **manifiesto**. Al respecto debemos recordar nuestra advertencia de la Sentencia 1326/2000 de 14 de julio, en la que dijimos que eso implica que solamente serán típicas: *aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional...*), bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción

*de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. Y en la sentencia núm. 279/2005 de 9 de marzo también recordamos que esa exigencia no puede significar otra cosa sino que el perjuicio ha de seguirse **necesariamente** de la conducta procesal del Abogado llegando a reclamarse que el resultado perjudicial haya sido imputable **exclusivamente** al Letrado.*

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

Y tras aplicar dicha doctrina al caso, se concluye en la absolución del acusado ya que “Al desconocerse las personas que intervinieron en el acuerdo que luego se denuncia, no cabe afirmar que el luego perjudicado no conociera los eventuales efectos de su retraso en satisfacer las cantidades a que resultaba obligado. Es más, bien parece que debía conocer esa obligación, ya que hizo entregas parciales a cuenta al acusado, de las que éste se apoderó. Pues bien, en tales circunstancias, no constando que el acusado le ocultase la necesidad de observar los plazos que en su caso se hubieran acordado, su comportamiento, no acudiendo, antes como hizo a la postre, al tercero que se comprometiera a vender, permite dudar de la exclusividad causal del comportamiento del acusado. Se comprende que, por lo dicho, está lejos de ser manifiesto, en el sentido de acreditada, la causación del perjuicio, y también está lejos de ser manifiesto que el perjuicio se deba a la actitud del acusado. Ni siquiera puede decirse que ese efecto resolutorio se haya producido de manera lícitamente imponible al perjudicado”.

Y en cuanto al delito de **ayudar a eludir la acción de la justicia**, la **STS 30-10-2009 (Rc 10262/09 P)** considera que no se da el delito porque el tipo previsto en el art. 451.3 a) Cpenal. contempla el supuesto de favorecimiento personal, conducta que consiste en ayudar a quien pudiera ser responsable de un delito a eludir la acción de la justicia; y en el caso a que se refiere la sentencia, lo único que consta es que el que recurre habría advertido a una persona concreta de que en la prensa se publicaban noticias sobre los hechos con las iniciales de su nombre.

Esto es, la clase información transmitida, no puede considerarse apta y bastante para integrar el concepto de ayuda en sentido legal, de un lado, por tratarse de una información a disposición de cualquiera, fácilmente accesible, puesto que publicada en los medios de comunicación. Pero, sobre todo, “porque lo transmitido no incluía datos relativos a la forma en que pudiera estar conduciéndose la investigación, que es lo que habría podido servir para eludirla con alguna posibilidad de éxito. Y, en fin, porque la idea de *ayuda*, para que no se pene el mero interés, apenas exteriorizado, en que el autor de un delito consiga escapar, debe referirse a la prestación de un apoyo dotado de alguna calidad instrumental, de alguna funcionalidad práctica para tal fin. Algo que en este caso, tiene razón el recurrente, no se produjo”.

11. Delitos contra la Seguridad Vial

No son frecuentes los recursos de casación sobre delitos contra la seguridad vial, antes denominados delitos contra la seguridad del tráfico. Por eso, cualquier sentencia recaída en esta materia, merece ser destacada.

De ahí que hagamos referencia a la **STS 12-3-2010 (Rc 1759/09)** que, en relación al delito del art. 379 CP, **conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas**, dijo:

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

12. Delitos contra los extranjeros

Ubicado dentro del Título XV, del Libro II del CP, “Delitos contra los Derechos de los Trabajadores”, el art.312.2 castiga los atentados a los derechos y condiciones laborales de los “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”.

Dicha cuestión sigue llegando a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como lo ponen de manifiesto dos **SSTS de 18-3-2010 (Rc 2391/09) y (Rc 2008/09)**.

En la primera, “se declara probado que la mujer brasileña identificada como testigo protegido BI-MAR-012 realizaba su actividad laboral sin contrato de trabajo, sin estar dada de alta en la seguridad social, sin derecho a percibir una retribución y de otros derechos de carácter laboral, hechos que se sustentan en la propia declaración de esa ciudadana brasileña, corroborada por la prestada por la otra testigo protegida en el acto del juicio oral y por las propias declaraciones de los acusados.

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

Y en la segunda, se absuelve en base a los siguientes razonamientos.”

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

En efecto desde el punto de vista económico solo se determina que recibían una remuneración consistente en el precio del servicio sexual que prestaran al cliente del que tan solo se depositaban 5 E por sabanas y preservativos, y en el 50% de las copas que consumían los clientes, pero sin que se determine que aquella remuneración fuese inadecuada o leonina, como lo prueba el que dos de las prostitutas en dependencias policiales y en instrucción manifestaron que venían a ganar entre 3.000 y 4.000 euros al mes en un caso, y de 300 a 400 euros diarios, reconociendo ambas que estaban voluntariamente sin haber recibido amenaza o coacción alguna.

(...) No consta, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta coacción alguna en relación al alojamiento ni al porcentaje de las consumiciones, por lo que falta por determinar la existencia de elementos adicionales imprescindibles para considerar existente la explotación requerida (STS. 1390/2004 de 22.11), no se aprecia la existencia del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales /STS. 1471/2005 de 12.12". (F. J. 1º).

13. Delitos societarios

También hemos contado en el último año judicial, con sentencias sobre delitos societarios, cuyas conductas se recogen en los artículos 290 a 295, ambos inclusive, del CP.

Y así, sobre el delito de **impedimento del ejercicio de los derechos de los socios**, previsto en el **art. 293 CP**, la **STS 22-12-2009 (Rc 1339/09)** contiene un amplio tratamiento del mismo, y resuelve que en el caso examinado se negó a los socios, el ejercicio de sus derechos como tal (derecho de información, derecho de participación en la gestión y en el control de la marcha de la sociedad).

Y ello porque los acusados no sólo no ofrecieron información a los socios en los términos del art. 112 de la LSA, sino que se negaron a convocar Juntas en repetidas ocasiones, y cuando finalmente accedieron, se deshicieron de uno de los representantes de los trabajadores en el Consejo. Por tanto, la falta de información, por muy instrumental que sea, existe, tanto por la *negación*

como por la *falta de convocatoria* de las Juntas, siendo tanto más grave y relevante esta segunda figura cuando lo que se produce en los socios es el efecto indeseable de omitir la información que permite estar al corriente de la marcha de la sociedad.

Con esta clara abusiva actitud, se deja de convocar Juntas, se deniega la convocatoria, y se ofrece finalmente, y muy a pesar de los acusados, algo que en modo alguno se puede calificar como "información" sobre la marcha de la sociedad...Piénsese que no hay información si no hay Junta de accionistas, y no hay Junta si no se convoca por quien tiene el deber y obligación de proceder a esa convocatoria.

Aplicando esta doctrina jurisprudencial a los hechos declarados probados en la misma sentencia de instancia, -se concluye- *“es patente la incardinación de los mismos en el tipo imputado, por lo que procederá casar la sentencia de instancia en este extremo y dictar otra en la que se califique aquéllos como constitutivos del referido delito, previsto en el art. 293 CP. (F. J. 3º.5)*

Y sobre la **diferencia entre gestión desleal y apropiación indebida, de los artículos 295 y 252 CP**, la **STS 2-2-2010 (Rc 1207/09)** en particular, estudiando el significado de la expresión **“distracción de dinero”**, explicita la siguiente doctrina:

“... Cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad. Pero tal cosa puede ocurrir en dos casos diferentes. De un lado, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos.

De otro lado, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas. También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no solo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal. Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como “distracción” en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252.”

Por otro lado, la STS nº 1114/2006, de 11 de abril, afirmaba que “la expresión “distracción de dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el

administrador haya excedido los límites de su poder de disposición". En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS nº STS 915/2005, de 11 de julio.

En consecuencia, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo "administra" mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero». (F. J. 1º)

14. Detención ilegal

La **STS 28-10-2009 (Rc 10519/09 P)** examina el **art. 166 CP**, sobre el cual en el recurso, se decía que configuraba un **delito de sospecha**.

La sentencia, recuerda los dos elementos que vertebran el delito de detención, el objetivo constituido por la privación violenta de libertad y el objetivo de querer precisamente esa acción de forma clara e injustificada.

Y que tales elementos, se dan en el presente caso con una claridad y en "un escenario difícilmente más contundente y estremecedor".

En razón de ello, "verificada la realidad de la detención y que no se ha acreditado que la hayan puesto en libertad, ni han dado razón de su paradero, resulta incuestionable la aplicación del art. 166 Cpenal de cuya constitucionalidad no puede dudarse. La sentencia cita al respecto el "caso Nani" STS de 25 de Junio de 1990, en el que se aplicó el artículo 483 del anterior Cpenal, prácticamente equivalente al actual.

No es un delito de sospecha que atentaría contra el principio de presunción de inocencia. Su aplicación solo exige la acreditada prueba de los hechos: a) la propia detención ilegítima y b) que no se de razón del paradero de la persona ni se acredita su puesta en libertad, y justamente, eso es lo que de forma clara aparece probado en este caso". (F. J. 2º)

15. Estafa

Sobre el delito de estafa, uno de los delitos más frecuentes, en el ámbito de los delitos patrimoniales y económicos en general, no han escaseado tampoco este año, las resoluciones de nuestro más Alto Tribunal.

Al respecto, seleccionamos las tres siguientes: **SSTS 28-4-2010 (Rc 351/09)**, **27-10-2009 (Rc 2357/08)** y **22-12-2009 (Rc 1316/09)**

En la primera de ellas, se trata sobre la pena a imponer en un caso de **estafa agravada del art. 251 CP** que se resuelve del siguiente modo:

“3. En nuestro caso el tribunal en el fundamento jurídico tercero afirma que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a continuación en el cuarto y como consecuencia de lo afirmado acude al art. 66.1.6º, invocando las circunstancias del hecho concurrentes y las personales de autor, pero sin precisar unas y otras. Será el Tribunal de casación en su control jurisdiccional el encargado de calificar tal arbitrio no suficientemente desarrollado.

La primera circunstancia a tomar en cuenta es la participación del recurrente en concepto de "extraneus", al que resultaría aplicable el art. 65-3 C.P. Pues bien, sin excesivos argumentos es fácil demostrar que tal precepto no ha influido favorablemente en el impugnante, y ello por las siguientes razones:

1) porque la ley no impone preceptivamente la rebaja de un grado, sino que es facultad potestativa, dependiendo del caso concreto 2) en la hipótesis concernida el grado de reproche del recurrente fue igual e incluso superior al del consorte delictivo, en atención a los siguientes datos:

a) ambos actúan de común acuerdo y según un plan conjunto b) el que más se favorecía con la actuación defraudatoria era el recurrente, que en perjuicio de otro conseguía enjugar la mayor parte de su deuda.

c) la ideación criminal partió de él, esto es, no fue el dúplice vendedor el que acudió a éste para servirse de él, sino que fue el recurrente el que acudió a una empresa dedicada a conseguir el pago de deudores morosos, la que se dirigió al vendedor para convencerle, sin que se sepa los mecanismos de convicción empleados, al objeto de que enajenara el inmueble en favor del constructor.

4. Estimada razonable la no reducción de un grado de pena, si acudimos a las circunstancias del hecho relatadas en la sentencia que afectan a la gravedad de la conducta delictiva y a las condiciones personales del autor tropezamos con lo siguiente:

a) en relación a las condiciones personales del autor, constituye base justificada para formular un negativo juicio de reproche que sea precisamente el constructor de las viviendas, al que los propietarios han ido solicitando los materiales y características de la construcción que aquellos deseaban, el que trate de hacerse pago con tal vivienda que la sabe ajena.

b) en el plano de la ejecución del hecho concurría:

1) una planificación prolongada en el tiempo, que suponía la persistencia en el delito al verificar en varios actos el despojo del inmueble.

2) creación de una apariencia de titularidad preferente, provocando confusión en las expectativas de legalidad de oficinas y registros públicos.

3) la objetiva gravedad de la defraudación. En efecto, dentro del mismo capítulo de la estafa, del que el art. 251 incluye estafas especiales, el legislador establece como criterios de singular reproche por la entidad del perjuicio patrimonial causado, el montante de la defraudación, recurriendo al mínimo de 400 euros (art. 249 C.P.) para distinguir el delito de la falta y previendo en el art. 250.1.6º una cualificación agravatoria por razón de la cuantía de lo defraudado, que la jurisprudencia de esta Sala ha fijado en 36.000 euros aproximadamente. También considera un dato objetivo de mayor reproche que el objeto de la defraudación haya recaído sobre viviendas (art. 250.1.1 C.P.).

Pues bien, aunque esas circunstancias no son directamente aplicables a las estafas especiales, no puede desconocerse que el legislador, en delitos de la naturaleza del que nos ocupa, las ha valorado negativamente a efectos de construir las distintas gradaciones tipológicas con la consiguiente intensificación de la pena. En cualquier caso constituyen circunstancias que acompañaron al hecho criminal.

Descendiendo al caso que nos ocupa, el recurrente reconoce en su recurso que la cuantía entregada para la adquisición de la vivienda, que a punto estuvo de frustrarse, alcanzó la cifra de 83.599,96 euros (pag. 6 del recurso) y la vivienda se pretendía adquirir no con finalidades especulativas sino con el propósito de ocuparla y disfrutarla los propios compradores.

Consecuentes con todo lo dicho entendemos que la individualización penológica se produjo de conformidad a los arts. 65-3, 66-1-6º y 72, todos del C.Penal, sin infringir el art. 24-1º, 120-3 y 9-3 de la Constitución española. (F. J. 3º).

En la segunda, se examina el **concepto de especial gravedad**, previsto en el art. 250.1.6º, del CP, y que incluye supone un subtipo agravado por la existencia de una cualificación del delito de estafa determinada por la "especial gravedad" del hecho, y para cuya determinación la ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1º. El valor de la defraudación.

2º. La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. 12.2.2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1º. Es decir, en realidad este criterio 2º no es un criterio más a añadir al 1º.

3º. La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Y tras lo dicho, se entra en profundidad en la cuestión , distinguiendo dos casos:

a) Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92, y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas "especial gravedad". Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resoluciones (Ss. 23.7.98, 9.7.99, 12.2.2000, 7.12.2000, 22.2.2001, 14.12.2001y 102/2008 de 7 de febrero) que en ocasiones ha interpretado esta norma (250.1.6º) en relación con la del art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas en esta clase de hechos que el uso de la conjunción copulativa "y" en el art. 250.1.6ª, en contraposición a la disyuntiva "o" del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción "y" o con la "o" la agravación es única: la "especial gravedad" a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar.

Repetimos: una cantidad por sí sola importante -puede ser la de seis millones antes referida- por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

b) Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia». (F. J.8º)

Y finalmente, la **STS 22-12-2009 (Rc 1316/09)**, se ocupa del siempre complejo tema del "**engaño bastante**", y así, tras referirse a que "la jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva, sin embargo, la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima no siempre determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de su idoneidad objetiva para provocar el error"

Y en concreto, **cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas**, como ocurre con personas jurídicas del tipo de las entidades bancarias, es del todo evidente que el sujeto pasivo dispone de un potente arsenal defensivo, que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia

del engaño en numerosos casos. Pero, como se acaba de decir, estas consideraciones no pueden conducir a afirmar que las conductas engañosas objetivamente idóneas que resultan luego fracasadas por la reacción de aquel a quien se pretende engañar son siempre impunes. Será preciso examinar en cada supuesto si, objetivamente valorada ex ante, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la maniobra engañosa es idónea para causar el error, es decir, para provocar en el sujeto pasivo una percepción errónea de la realidad, aun cuando los sistemas de autoprotección de la víctima lo hayan evitado, finalmente, en el caso concreto.

Por otra parte, el engaño a las personas jurídicas se efectúa mediante la acción dirigida contra las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta. Por lo tanto, en relación a los aspectos que se acaban de examinar, es preciso distinguir entre la posibilidad de provocar, mediante la acción engañosa, un error en el empleado con quien se trata, lo que sería relevante a efectos penales, y la posible negligencia de la persona jurídica, como organización, en la puesta en marcha de los mecanismos de control, lo que podría dar lugar a la asunción de responsabilidades de índole civil». (F. J. 2º)

16. Extorsión

Sobre la conducta prevista en el **art. 243 CP**, la **STS 22-10-2009 (Rc 592/09)** estudia el tipo, diciendo que “a semejanza de tantos otros delitos contra el patrimonio, en concreto los denominados "de enriquecimiento", es necesario que la acción esté presidida por el ánimo de lucro de su autor, ánimo de provecho o de utilidad, es decir, por el deseo de obtención de un beneficio para sí mismo o para tercero.

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

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

Pero para considerar consumada la infracción, basta con el mero hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo el acto o negocio jurídico compelido, pues lo restante pertenecerá ya no a las fases de ejecución del ilícito sino a las de su agotamiento.

Igualmente y como elemento instrumental para alcanzar ese objetivo, se encuentra el empleo de la violencia o intimidación ("conducta condicionante").

En el caso examinado en la sentencia, todo el desarrollo de los hechos estuvo dominado de principio a fin por la nada sutil coerción psíquica ejercida sobre el acusado mediante la amenaza contra su madre y su hijo si no

accedía a lo que los acusados le exigían. Y, desde luego, la consumación del delito no exige que el perjuicio de la víctima llegue a materializarse efectivamente, pues –se insiste – “la infracción se consuma con el simple hecho de que la víctima realice la acción o acto jurídico a que se le compete, correspondiendo las consecuencias de aquéllos a la fase de agotamiento del delito”. (F. J. 6º)

17. Falsedades

Otro de los delitos clásicos, las falsedades, ha seguido siendo objeto de atención por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el año judicial 2009-2010, al resolver distintos recursos de casación.

Entre otras, se han ocupado de distintas cuestiones sobre este delito, la **STS 5-11-2009 (Rc 2257/08)** que ha examinado el **concepto de “documento oficial”**, la **STS 27-10-2009 (Rc 548/09)** distinguiendo entre **“documento oficial”** y **“documento mercantil”** y la **STS 18-3-2010 (Rc 2185/09)** que trató la *vexata quaestio* del **documento público “por destino”**, y tras recordar la doctrina anterior, concluyó expresando que en la actualidad, la creación de un documento con la única finalidad de su incorporación a un documento público (una escritura pública, en concreto) participa también de esa naturaleza, tesis seguida igualmente por la reciente sentencia de la Sala nº 165/2010 de 18 de Febrero.

Pero sin duda, la sentencia de mayor interés, ha sido la dictada en el llamado **“caso Yak 42” (STS 22-3-2010 Rc 1427/09)**.

En dicha resolución, se revisó la condena de un general y otros mandos, condenados por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de "una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos... de manera que existe una mera intensificación cuantitativa del injusto, pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos".

En la misma, con cita de la STS 813/2009, de 7 de julio, en la que se dijo que concurre una "unidad natural de acción" en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, [en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial], se lleva a cabo en "unidad de acto", se dice que en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se aúna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

Y en consecuencia, en el supuesto que se enjuicia se opera con el criterio de la unidad natural de acción, dados los hechos probados. Pues se relata en ellos, que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el general N. en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes

no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, "sin levantar mano" podría decirse. Desde la perspectiva expuesta el "quantum", el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

En definitiva, se concluye, "en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga."(F. J. 4º)

18. Homicidio

En relación al delito de homicidio, en su modalidad de **homicidio imprudente**, del **art.142 CP**, se han pronunciado varias resoluciones.

Y al respecto, destacamos la **STS 27-10-2009 (Rc 819/09)** cuyos hechos probados, en lo que aquí interesa, son los siguientes:

"En ese preciso momento, estando el inmigrante de espaldas, Santiago... se acercó por detrás con la pistola en una mano y llevando el dedo en el gatillo, sin haber puesto el seguro de ningún tipo y estando el arma en condiciones aptas para disparar, y una linterna en la otra y sujetó a Abdelhadi... por uno de los brazos. Abdelhadi se giró en ese momento y Santiago perdió el equilibrio a consecuencia de lo resbaladizo y húmedo del terreno y la pendiente del lugar."

"Durante su caída al suelo, Santiago... apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándose el arma. A consecuencia de este disparo una bala impactó a Abdelhadi en la zona axilar posterior, a la altura de la 5ª costilla, tras haber rozado su brazo izquierdo. Este le produjo un shock hipovolémico-hemorrágico a causa del cual falleció".

Ante ello, el Tribunal Supremo, discrepando de la valoración del órgano de instancia que aplicó el art.142 CP, entiende que se trata de una falta de imprudencia con resultado de muerte.

Los razonamientos, aunque extensos, vale la pena reproducirlos:

“En efecto, no se considera razonable exigirle al acusado, cuando acude a una playa, a las dos de la madrugada, con el fin de identificar a veinte personas que acceden clandestinamente a la costa, que realice su función profesional de guardia civil con el seguro del arma puesto en el instante de identificar a uno de los sujetos que acaba de desembarcar y que huye por una pendiente del terreno. El funcionario ignora en ese momento si la persona en fuga va armada y tampoco conoce la reacción que va a tener en el instante de proceder a su identificación. Las circunstancias de riesgo real o posible que podía conocer *ex ante* en su actuación profesional aconsejaban actuar con el arma preparada y apta para el disparo ante una posible reacción violenta por parte del sujeto fugado, del que se ignoraba todo lo relativo a su persona, antecedentes, instrumentos que podía portar y su reacción ante una posible detención en una zona de costa, a esas horas de la noche, y cuando acababa de descender de una embarcación que parecía proceder de un país africano.

No se comparte por consiguiente la interpretación que hace la sentencia de instancia del art. 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1996, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pues si bien esta norma dispone, en efecto, que los funcionarios policiales sólo deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, debe entenderse que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal de instancia, en este caso, tal como ya se ha afirmado, se daban *ex ante* unas circunstancias que legitimaban llevar el arma sin el seguro puesto y preparada para su uso ante una reacción agresiva del fugado, reacción que de entrada no podía descartarse en el contexto en que se producía la detención. Otra cosa muy distinta es ya si en el momento del disparo el agente manejó la pistola aplicando toda la diligencia que es exigible a un profesional en el ejercicio de la función policial ante un percance accidental, cuestión que será objeto de nuestro examen en los razonamientos que se exponen a continuación.

(...)

Para analizar el supuesto enjuiciado se ha de partir de la descripción fáctica de la sentencia recurrida, que ha quedado incólume en esta instancia, y de cuya lectura no puede inferirse que se esté ante un supuesto de imprudencia grave. Los antecedentes y las circunstancias que se describen como concurrentes en el momento en que el agente se acercó al ciudadano marroquí que acababa de descender de una embarcación a esas horas de la noche, no permiten colegir que el acusado estuviera generando un riesgo ilícito o prohibido por el mero hecho de portar su arma profesional sin el seguro accionado. No omitió por lo tanto un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su actuación profesional por la circunstancia de portar el arma en disposición de disparo. Y tampoco incurrió en una infracción del deber

elemental de cuidado en el ejercicio de su profesión por no controlar el arma cuando, debido al estado resbaladizo y en pendiente del terreno, se cayó al suelo y se le disparó en el curso de la caída debido a un movimiento reflejo que hizo, que es lo que se declara como probado en la sentencia impugnada, que debe mantenerse inalterado en casación.

Es cierto que no se comportó con una diligencia adecuada al no evitar el disparo del arma por el mero hecho de caerse con ella en la mano. Ahora bien, ese descontrol no puede subsumirse en una omisión grave del deber de cuidado.

Como es sabido, la *gravedad de la imprudencia* se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado* o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido generado* por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al *grado de riesgo no controlado* cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por *el grado de utilidad social* de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del *bien jurídico amenazado* por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Pues bien, al ponderar el caso objeto de recurso, se aprecia que no se dan los elementos propios de la imprudencia grave. Y ello porque, aunque el acusado pudo prever la posibilidad de una caída dado el estado que presentaba el terreno, lo cierto es que el no controlar debidamente el arma con motivo de una circunstancia casual de esa índole no puede afirmarse que integre una infracción grave del deber de cuidado objetivo exigible en el caso concreto. Pues al riesgo implícito que conlleva el uso normal del arma se le añade el riesgo accidental de una caída nada fácil de evitar, incremento del riesgo que convierte en mucho más difícil el control y dominio del arma. De modo que si un profesional debe, en principio, controlar la pistola en una situación de esa índole, el hecho de que no llegue a neutralizar los riesgos que se generan por la caída no quiere decir que haya incurrido en una imprudencia de carácter grave. Dado el nivel de riesgo que se ha generado con motivo de la caída accidental del acusado al suelo y las posibilidades de controlar el disparo del arma ante una contingencia de esa naturaleza, sólo cabe hablar de una infracción del deber de cuidado de carácter leve cuando la pistola se acaba

disparando por no asirla o manejarla debidamente su portador en el momento de caerse.

Por lo demás, no se suscitan dudas de que en este caso el riesgo ilícito generado por la omisión de diligencia del acusado se materializó en el resultado lesivo. Con lo cual, concurre, además del vínculo naturalístico propio del nexo causal, el vínculo axiológico o normativo propio de la imputación objetiva.

Así las cosas, debe rechazarse la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal de la imprudencia grave del art. 142 del C. Penal y subsumirla en la imprudencia de carácter leve del art. 621.2 y 5 del C. Penal. (F. J. 3º)

Y en cuanto a la **STS 9-12-2009 (Rc 958/09)**, considera no concurre imprudencia que “exige un resultado producido como consecuencia de una conducta en la que se ha omitido la observancia de un deber de cuidado exigible a su autor. Igualmente es preciso que, además de la causalidad natural, el resultado producido sea la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado creado por aquella conducta. Además, el riesgo debe ser percibido por el autor, y el resultado debe ser previsible y evitable.”

En efecto, según los hechos probados, el acusado –agente de policía– extrae su arma reglamentaria cuando, ya en el curso del forcejeo con una persona, al que en la fundamentación jurídica se identifica como de gran corpulencia, observa que, lejos de cesar en su actitud, en algún momento ha hecho ademán de llevarse una mano hacia sus ropas. Es posible, como sugiere el recurrente, que al final fuera reducido por la fuerza de los agentes que lo intentaban. Pero también lo es que la intimidación con el arma, limitándose a esgrimirla y a mostrar la posibilidad de llegar a usarla, cuando el forcejeo violento se mantiene y se hacen ademanes sospechosos de recurrir al uso de algún instrumento agresivo, no supone un exceso que en sí mismo de lugar a la creación de un peligro jurídicamente desaprobado.

En cuanto a la observancia de una distancia de seguridad, por más que pueda ser recomendable en tanto sea posible, en el caso el acusado extrae el arma cerca del lugar donde se mantiene el forcejeo, pero lo hace manteniendo el seguro puesto, y por lo tanto, en unas condiciones en las que el arma no puede hacer fuego, de forma que el riesgo de que se produzca un disparo involuntario, en tanto el seguro actúe, es inexistente. El riesgo creado con la extracción del arma, no supera los límites del riesgo permitido.

Es precisamente la actuación del fallecido al agarrar el arma en la forma en la que lo hizo lo que supone un incremento del riesgo de que pueda producirse un disparo. En consecuencia, el resultado producido no es tanto la concreción del riesgo permitido y controlado creado por el acusado, como su transformación en riesgo no permitido a través de la actuación del fallecido. Es el riesgo creado por éste el que se concreta en el resultado.

No puede apreciarse, en consecuencia, que el resultado producido sea una concreción del riesgo creado por la conducta del acusado, lo que determina la desestimación del motivo». (F. J. 1º)

19. Incendio

Sobre este delito, seleccionamos dos resoluciones que han profundizado en la noción de **peligro**, sin duda la clave del mismo.

De un lado, la **STS 28-9-2009 (Rc 10307/09 P)** en cuya narración se describe que el recurrente arrojó tres botellas de líquido inflamable en el balcón de la vivienda de María... que aquellos objetos alcanzaron al salón de la vivienda, donde la hija de aquélla veía la televisión, que las botellas prendieron fuego y que originaron a la citada quemaduras en dorso de la mano y daños en la balconera y en un sofá. Se añade que el dato de la existencia de personas en la vivienda le era conocido y que intervinieron los bomberos.

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

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

Y por otro lado, la **STS 4-11-2009 (Rc 102/09)** que sienta la doctrina de que el peligro al que se refiere el delito es un “**peligro potencial desde una perspectiva “ex ante”**”.

La argumentación al respecto, es como sigue:

“2. La jurisprudencia de esta Sala en una primera fase consideró el tipo penal del art. 351 del C. Penal como un delito de peligro abstracto (SSTS núm. 1342/2000, de 18-7; 1585/2001, de 12-9; 2201/2001, de 6-3; 753/2002, de 26-4), si bien en un momento posterior comenzó a calificarlo como un delito de

peligro hipotético o potencial, modalidad también denominada delito de peligro abstracto-concreto o delito de aptitud. En ellos –se matiza- no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro. En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos (SSTS 1263/2003, de 7-10; 88/2005, de 31-1; 443/2005, de 11-4; 449/2007, de 29-5; 62/2008, de 31-1; 616/2008, de 8-10; y 560/2009, de 27-5).

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

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

20. Lesiones

La tutela penal del derecho fundamental a la integridad física y moral (art.15 CE) se lleva a cabo, como es sabido, mediante el delito de lesiones.

Entre las dictadas sobre este delito, en sus diversas modalidades, citamos las siguientes: **SSTS 17-12-2009 (Rc 776/09); 1-10-2010 (Rc 1069/2009); 11-3-2010 (Rc 2032/09); 18-11-2009 (Rc 728/09) y 17-12-2009 (Rc 776/09).**

Y de entre ellas, hacemos una breve referencia a dos:

La **STS 17-12-2009 (Rc 776/09)** que trata del **deber de corrección por uno de los padres** examina la posible aplicación del artículo 173.2 C.P., en base a que los hechos sucedidos “*de las circunstancias y el contexto*” en que se produjeron debieron determinar la aplicación del precepto mencionado, es decir, lo que se afirma es que no se trata de una acción aislada en el ejercicio de la patria potestad, sino un abuso continuado.

Sin embargo, en el hecho probado solo consta que el acusado “en alguna ocasión y por errores en la realización de sus deberes escolares llamó a su hijo mayor, de 9 años de edad, <<burro de mierda>> y <<pedazo de animal>>”. La Audiencia excluye la aplicación del delito porque “no se ha acreditado de forma alguna que en los casos en que emitió las expresiones citadas obrara con ánimo de injuriar, vejar o maltratar a su hijo, sino el de corregir, con escasa habilidad.....”. Pero es que tampoco la habitualidad de dichas expresiones se refleja en el “*factum*”, ni en los fundamentos, poniendo en boca del menor (en el juicio oral) “que tales expresiones se las profería su padre en alguna ocasión cuando no hacía bien los deberes, pero nunca le había pegado”. En razón de todo lo dicho, los hechos no son subsumibles en el artículo 173.2 C.P. (F. J. 3º)

Y la **STS11-3-2010 (Rc 2032/09)** que se ocupa del concepto de delito de lesiones, en relación a la existencia de tratamiento médico o no.

En particular, se trata de ver si en todo caso, la aplicación de **puntos de sutura**, es suficiente para considerar que estamos ante un delito, y no una falta, de lesiones.

En este caso –se dice- la Sala afirma que el lesionado tardó en sanar tras una primera asistencia cinco días "precisando -añade el hecho probado- un punto de sutura y antiinflamatorios". En los Fundamentos vuelve a repetirse que sus lesiones "precisaron" tratamiento antiinflamatorio y punto de sutura. Pero tal "precisión" entendida como "necesidad objetiva" no tiene el inexcusable apoyo probatorio que la presunción de inocencia exige para tener por cierto tal elemento material del tipo delictivo de lesiones:

En cuanto al antiinflamatorio no aparece en la prueba que fuera necesaria para la curación y respecto al único punto de sutura que se le aplicó, la perito informante puso de relieve que para esa herida se le podría haber aplicado un tira "stir-strip" o punto de aproximación, que obviamente no es un tratamiento quirúrgico. Su innecesidad, pues, se desprende de la posibilidad de optarse por el otro sistema de aproximación de los bordes de la pequeña herida sufrida.

De todo ello –se concluye- resulta que cuando el hecho probado afirma que el lesionado "precisó" tratamiento quirúrgico se vulneró la presunción de inocencia respecto a esta exigencia del tipo penal, debiendo tal expansión sustituirse por "recibió" un punto de sutura. (F. J. 3º).

21. Malversación de caudales

Sobre el delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los arts.432 a 434 CP, destacamos la **STS 17-3-2010 (Rc 1879/09)** que contiene un exhaustivo examen de los requisitos del delito y que, por tanto, resulta especialmente pedagógica.

La doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los elementos que configuran el delito imputado, son los siguientes:

“a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del C. Penal, concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas: el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que "... por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas...." -art. 24.2º- y el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular, o "de carrera" como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, esta es la doctrina constante de esta Sala, ad exemplum, SSTS de 11 de febrero de 1974, 8 de octubre de 1990, nº 1292/2000 de 10 de julio, 4 de diciembre de 2002 ó nº 1544/2004 de 23 de diciembre.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles -SSTS 657/2004 de 19 de mayo, 1984/2000 de 20 de diciembre o la más reciente de 21 de julio de 2005- han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquellos deben estar "... a su cargo por razón de sus funciones....", reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido -en tal sentido STS 2193/2002 de 26 de diciembre y las en ella citadas, o la STS 875/2002 de 16 de mayo-. Por su parte la STS 1840/2001 de 19 de septiembre se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que "tener a su cargo" no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones -STS 1368/1999 de 5 de octubre-, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa -elemento subjetivo del tipo-, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el animus rem sibi habendi, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como esta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS 1514/2003, de 17 de noviembre), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (S.S.T.S. 1404/99, de 11 de octubre, 310/2003, de 7 de marzo)". (F. J. 2º).

22. Pornografía infantil

Las sentencias relativas al delito de **pornografía infantil informática** previsto en el **art.189 CP**, son desde hace años, objeto de examen por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Entre las últimas, podemos destacar las **SSTS 28-10 y 3-11 de 2009 (Rc 276/09 y Rc 607/09)**, respectivamente.

En la primera, tras recordarse el acuerdo del **Pleno no jurisdiccional** de la Sala de fecha **27-10-09**, mediante el cual se llegó al acuerdo de que "*establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de **facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil** del art. 189.1.b CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del **dolo** se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa*", se aplica dicha doctrina al caso.

Y en tal sentido, se dice: "Ciertamente, anticipando, esencialmente, la misma línea, ya esta Sala había indicado (Cfr. STS de 30-1-2009, nº 105/2009) que el problema de la **distribución** (o, en otros términos, **facilitar su difusión**) de **archivos pornográficos** en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentre "difundido" en internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc.

Y que, en todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el **dolo** de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser "colgados en la

red" (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición; y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo (**eventual**) se ha de inducir de esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del **conocimiento y aceptación** por parte del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición de los demás usuarios, o proporciona a los mismos, los archivos que recibe». (F. J. 1º.4)

Y en la **STS 3-11-2009** se recoge la doctrina sobre los requisitos del delito previsto en el art.189 1 b) CP:

“1º. Sujeto activo puede ser cualquier persona imputable. Nos hallamos, no ante un delito especial, de aquellos que solo pueden cometer quienes reúnan algún requisito determinado, sino ante un delito común.

2º. El objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales; de acuerdo con el apartado c) del art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España según texto del BOE de 31 de enero de 2002.

3º. La actividad delictiva ha de consistir en cualquiera de las siguientes:

- producir
- vender
- exhibir
- facilitar la producción, venta o exhibición
- poseerlo para cualquiera de estos fines.

4º. El sujeto activo de este delito ha de actuar con dolo, en cualquiera de sus modalidades, directo o eventual. La imprudencia respecto de estos hechos no constituye delito, al no estar prevista como tal en nuestro CP (art. 12)”.

Añadiéndose en la resolución dos matices, propiciados por el caso en concreto examinado: “Que es irrelevante que el material pornográfico tuviera su origen en el extranjero o tuviera un origen desconocido; y que hay un tipo de delito atenuado para los casos en que la posesión de tal materia fuere para su propio uso, es decir, no para vender, distribuir o exhibir. Es el que la doctrina llama delito solitario (art. 189.2)”. (F. J. 3º)

23. Prevaricación

Los delitos de prevaricación, en su modalidad de **prevaricación administrativa** aparecen igualmente representados en esta *Crónica*, pudiendo citarse entre las sentencias que se han ocupado de la misma, las **SSTS 29-9-2009 (Rc 635/08) y 16-10-2009 (Rc 2097/08)**.

La más importante del año, ha sido la que resolvió el **Rc 635/08** por la gran cantidad de cuestiones que se vió obligada a responder y que concluyó en una absolución.

En efecto, se trató de examinar la conducta de un Registrador de la Propiedad que “minutó como certificación de cargas (a 4000 pesetas por finca), supuestos en los que lo que tenía que hacer era –hasta el 13 de abril de 1998- una manifestación de despacho (art. 434 RH) o, desde dicha fecha, una nota simple informativa simultánea a la nota de inscripción (a razón de 500 pesetas por finca), según el art. 253 de la LH”.

Y respecto a la cual, el Ministerio Fiscal sostuvo que el Registrador de la Propiedad acusado vulneró la legislación aplicable al segregar una parte de su finca, calificada como suelo no urbanizable, prescindiendo de la preceptiva licencia urbanística y con desprecio del régimen estatutario de incompatibilidades, calificando el título y practicando la correspondiente inscripción; conducta que indudablemente constituye una “resolución”, en sentido propio. Resolución que califica de injusta y arbitraria, y, por tanto, penalmente típica.

Se examinó, entre otras posibilidades, si dicha conducta es penalmente típica en cuanto prevista en el art. 437 del CP que contiene el delito de exacciones ilegales. Pero –se dice- “...tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia –ésta con una lejana excepción (STS de 20 de noviembre de 1894), como ha señalado el Ministerio Fiscal en el trámite de instrucción- sostienen que el delito de exacciones ilegales se consuma con la exigencia de los derechos, tarifas, aranceles o minutas excesivos o indebidos, sin que sea necesaria la efectiva recepción de los mismos por el funcionario ni tampoco su entrega por el particular (v. STS nº 1223/1887, de 13 de octubre), pues el tenor literal del tipo penal se refiere a la autoridad o funcionario público “que exigiere”, (pero) no dice “que cobrar”.

En cuanto a los elementos del tipo de prevaricación administrativa, incluido en el art.404 CP, “castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”. Tiene naturaleza de delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Sujeto activo únicamente pueden ser los funcionarios públicos, cuya conducta típica debe consistir en cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los ciudadanos por su contenido ejecutivo, que es en lo que consiste toda resolución.

El objeto de la conducta es un “asunto administrativo” –cuestión doctrinalmente controvertida-, pero que se delimita por estar sometida al

Derecho administrativo, requerir un procedimiento formal y que, en ningún caso, tenga naturaleza jurisdiccional ni política.

En todo caso, la resolución del funcionario público deberá ser “arbitraria”. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto que el art. 358 del CP-1973, precedente legal del art. 404 del CP vigente, hablaba de resolución “injusta”, exigencia que la jurisprudencia vino interpretando como “contradicción con el ordenamiento jurídico”; mas como, de modo patente, no toda discordancia de la resolución con la norma jurídica puede convertir en delictiva la conducta del funcionario, la jurisprudencia –como ya hemos puesto de relieve- ha venido limitando tal discordancia a los supuestos en los que la contradicción con el ordenamiento jurídico sea patente, notoria, incuestionable, flagrante e, incluso, clamorosa: debe tratarse de una contradicción insalvable, de una aplicación torcida del Derecho. En ello consiste precisamente el carácter arbitrario de la resolución, en cuanto lesiona abiertamente los principios de legalidad y de seguridad jurídica, por no responder a ningún criterio de interpretación de las normas que resulte admisible en el campo científico, por implicar tanto una posible falta absoluta de competencia , o suponer una omisión de trámites esenciales de procedimiento, o porque el contenido de la resolución sea manifiestamente discordante con el ordenamiento jurídico en los términos anteriormente expuestos.

Sobre la culpabilidad, el funcionario público que haya dictado la resolución , ha de hacerlo “a sabiendas de su injusticia”, lo que permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga “dudas razonables” sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (v. SS TS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)». (F. J. 4º).

Pero en el caso, la ponderación del conjunto de circunstancias concurrentes–cuyo estudio detallado aconseja remitir a la lectura directa de la propia sentencia-, lleva a la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, a considerar que la conducta enjuiciada no desborda los límites de las posibles responsabilidades disciplinarias e, incluso, civiles del Registrador encausado, de modo que,... su conducta no puede considerarse penalmente típica». (F. J. 4º)

24. Quebrantamiento de condena

Sobre la problemática de los quebrantamientos de condena, medida cautelar o semejantes, previstos en los arts.468 a 471 del CP, ambos inclusive, recogemos dos sentencias de interés indudable.

Se trata de las **SSTS 28-1-2010 (Rc 10697/09P) y 26-2-2010 (Rc 1347/09)**, en las que se examina idéntica cuestión: el quebrantamiento de una medida de alejamiento porque medió consentimiento de la víctima.

En la primera resolución, tras recordarse la doctrina ya asentada de la carencia de efecto derogatorio del delito previsto en el **art.468.2 CP**, por la existencia de dicho consentimiento, se aborda una cuestión que se plantea, con cierta frecuencia: el posible error de tipo que excluyera el dolo. Cuestión que en el presente caso no prospera porque “el acusado conocía la vigencia de esa orden de alejamiento (que) le fue notificada por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Linares, en el marco de las DP núm. 897/2007”.

En efecto, se dice, la Sala no puede sino hacer suyo el razonamiento del Fiscal cuando recuerda que el acusado sabía –de hecho, así lo declaró en el juicio oral- que pesaba sobre él una orden de alejamiento que le impedía comunicarse o aproximarse a su mujer a menos de 200 metros, siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no las personas afectas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge. En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.

En la **STS 26-2-2010**, se recuerda la doctrina existe al respecto, recordando que “hemos tomado el Acuerdo Plenario de fecha 25 de noviembre de 2008, en punto a la interpretación del art. 468 del Código penal, que “**el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad** a efectos del art. 468 del Código penal”. Es claro que si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, tal función no puede depender de la voluntad de un sujeto privado, en la medida de que no se trata de un interés individual.”

Además, como recuerda la STS 39/2009, de 29 enero, la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal –que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla– pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre y núm. 69/2006, de 20 de enero).

Pero, se cita la STS 69/2006, de 20 enero, en donde se afirma que el consentimiento solamente podría apreciarse sobre la óptica de un error invencible de tipo, y que en el caso no cabe apreciar dadas las condiciones psicológicas de la víctima, que se recogen en los hechos probados.

25. Salud pública

Sin duda, un año más, los delitos contra la salud pública, en su manifestación de narcotráfico, han acaparado el mayor número de resoluciones de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo.

Muchas de ellas, han tratado cuestiones repetitivas pero otras, han abordado aspectos de interés, tanto porque han revocado los fallos recurridos o por los razonamientos que contienen.

La **STS 28-1-2010 (Rc 10756/09 P)**, sobre la aplicación del **tipo hiperagravado del art. 370 CP, de utilización de menores**, resolvió su no concurrencia en un caso en el que se trata de un menor de 17 años de edad, que según se desprende del relato de hechos probados, tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo, hasta tal punto, que la sentencia le imputa actividades autónomas como viajes en ferry, sin la custodia ni tutela del padre. Su autonomía es tal que en un momento del desarrollo de la trama llama a su padre, con cierto enfado, porque no se ha cumplido con lo convenido en cuanto a la entrega de un automóvil.

Y ello porque como se ha dicho en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 26 de Febrero de 2009, el tipo agravado previsto en el art. 370. 1º del Código Penal, resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y "en provecho propio o de un grupo", prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

La **STS 21-12-2009 (Rc 1099/09)** se ocupa de la calificación que merece el ejercicio de **funciones de vigilancia**. Y al respecto, se dice, que la complicidad en sentido estricto, incluye los casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se consideran "favorecimiento del favorecedor", optando la Sala por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, la aplicación de tal art 29 con la consiguiente rebaja de la pena en un grado prevista en el art. 63. Tal ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar. (SSTS 2459/2001, 1991/2002, 11/2005 y 198/2006, entre otras muchas).

Por eso, el comportamiento de quien no actúa en nada directamente relativo a la cocaína que estaba vendiendo otra persona, y se limitó a vigilar para avisar a este cuando viera aparecer por allí a la policía, supone una complicidad porque estaba auxiliando a la persona del autor principal en una posición subordinada a éste, favoreciendo al favorecedor.

Sobre el tan alegado **consumo compartido**, seleccionamos dos resoluciones que coinciden en que contienen un amplio desarrollo jurisprudencial y un examen muy detallado de los hechos, pero difieren en que una, la **STS 9-2-2010 (Rc 1754/09)**, estima su concurrencia y la otra, **STS 11-11-2009 (Rc 706/09)**, declara que no concurre.

También resulta de interés, la **STS 7-10-2009 (Rc 10313/09P)** sobre el concepto **posesión**.

En relación a ello, se dice:

“La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código civil para, en esta serie de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible...; En esa posesión mediata, indirecta o a distancia, sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el art. 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, telex, correos electrónicos u otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga.

Están, por tanto, incluidos quienes tienen disponibilidad sobre la droga, bien que muy limitada en ocasiones, como los transportistas y correos y los que hacen labores de guarda y custodia, pues todos ellos realizan comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar, penados en el art.368 CP”.

En cuanto al subtipo de **extrema gravedad** del **artículo 370 CP**, la **STS 18-9-2009 (Rc 10031/09P)**, recuerda la muy reciente doctrina:

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

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

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

Actualmente ya puede estimarse consolidada la doctrina expuesta y en tal sentido, se pueden citar las SSTS 808/2005; 410/2006; 298/2007;

352/2007; 789/2007; 909/2007; 1016/2007; 576/2008, o las más recientes 491/2009 y 588/2009». (F. J. 8º)

Y por último, damos cuenta de dos sentencias recaídas en relación a aspectos beneficiosos para los culpables.

En la **STS 25-9-2009 (Rc 1311/08)** se examina el **tipo privilegiado de colaboración con la justicia, (art. 376 CP)**, indicando:

«..Ciertamente, y como hemos declarado en nuestra STS 164/2009, de 13 de febrero, por razones de política criminal, la actuación tanto de arrepentidos como colaboradores, en grado de aportación de datos de importancia para la investigación judicial, debe ser “premiada” con una sustancial rebaja de la penalidad, porque supone el acogimiento de la propia culpabilidad del sujeto, la demostración de querer integrarse en el orden jurídico que ha perturbado, y sobre todo, la facilitación de la investigación, que es tanto como la prestación de medios para el total esclarecimiento de los hechos enjuiciados, dando certeza al sistema jurídico y disminuyendo los costes y recursos de la Administración de Justicia. Tal colaboración puede venir dada en estos delitos contra la salud pública, a través del art. 376 del Código penal, o bien, con carácter general, con la estimación de la concurrencia de la atenuante sexta del art. 21 del Código penal, por ser la colaboración de análoga significación y sentido atenuatorio que la propia confesión, pues aparte de ésta misma, conlleva el suministro de datos e indicios ajenos, que oportunamente corroborados, permite la facilitación de la investigación, dando certeza y posibilitando la pertinente respuesta al orden jurídico perturbado.”

Y en la **STS 20-11-2009 (Rc 10323/09 P)** se examina el **tipo privilegiado del art. 376**, declarándose su **imposibilidad de aplicación analógica**.

En efecto, se dice, : “la técnica de la aplicación analógica... prevista en el art. 21-6º del Código Penal con relación a las atenuantes de los números 1º a 5º de ese precepto, no es de aplicación el art. 376. Este precepto contempla una específica previsión legal para el tráfico de drogas, de reducción de la pena para el concreto caso previsto en él, tal y como en él se delimita para justificar por razones de política criminal un tratamiento punitivo benigno para los arrepentidos que, además de abandonar voluntariamente la actividad criminal, ofrecen informaciones valiosas en la lucha contra el delito. Si no se dan estas dos exigencias el precepto no es de aplicación, porque son esas dos, y no alguna de ellas, las que conjuntamente delimitan el supuesto en que la benevolencia legal queda justificada por el mayor beneficio que se obtiene a cambio”.

26. Tenencia ilícita de armas

En relación a las diferencias entre la tenencia y el depósito de armas, la **STS 27-1-2010 (Rc 11652/08P)**, resulta bien esclarecedora, como se desprende de su fundamentación nuclear:

«..Pues bien, este argumento no puede ser ratificado por esta Sala por cuanto conlleva una distinción entre tenencia y depósito que no está contemplada en el artículo 567 C.P., que considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, es decir, la tenencia del arma también es depósito y en el caso presente la tenencia descrita equivale al depósito. Es cierto que una tenencia fugaz o desprovista de cualquier voluntad de permanencia puede hacer decaer la aplicación de este tipo penal. Pero este no es el caso cuando el propio acusado admite la posesión del arma durante cuatro o cinco días con vocación indudable de utilización, como lo demuestra su disposición y tenencia durante los hechos enjuiciados, posesión preordenada al menos a estos fines que rebasan la idea de fugacidad o mera posesión transitoria por cuenta de otro. Por lo tanto el primer argumento del motivo, inaplicación indebida del artículo 567.1 C.P., debe ser estimado».

Y sobre la coautoría, como recordara la S.T.S. 1348/04 , se reconoce “en casos de tenencia compartida siempre que exista disponibilidad indistinta de las armas por parte de los coacusados que constituyen una asociación, aún transitoria, para la ejecución de hechos delictivos poniendo a disposición común e indistinta aquellas armas, aún cuando pertenezcan individualmente a unos de ellos, pero resultan afectadas para la perpetración de los hechos en su conjunto, dependiendo su uso individual del papel asignado a cada uno de los partícipes (ver también S.T.S. 1001/09 a propósito de tenencia fugaz y compartida a efectos de la ejecución del plan)». (F. J. 1º)

27. Terrorismo

Los delitos de terrorismo siguen generando interesantes sentencias al abordarse cuestiones de indudable trascendencia.

Así, la **STS 31-3-2010 (Rc 11475/09P)** trató el tema de la **consumación** en estos delitos, estableciendo que: “el delito de asociación terrorista –como cualquier otro de asociación ilícita- no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo han hecho.

Consecuentemente la previa declaración de ilicitud y consideración como organización terrorista a estas asociaciones es presupuesto para su disolución, conforme el art. 520 CP. o de su suspensión, art. 129 CP, pero no requisito para la aplicación al recurrente de los arts. 515.2 y 516.2”. (F. J. 3º).

Sobre el concepto de **colaboración** y su aplicación a concretos actos en los que pudiera verse o no un apoyo a **banda armada u organización terrorista**, la **STS 21-12-2009 (Rc 10931/09P)**, declaró que:

“Poseer una anagrama de una banda u organización terrorista no puede ser entendido, por sí mismo, como un acto de colaboración, sino de aceptación o aprobación, a lo sumo, de sus fines y métodos, pero en ningún caso, de apoyo logístico que se presta a la organización”, y... la mera coincidencia ideológica con los fines que intenta conseguir por la fuerza de sus actos, particularmente de terror, aspecto éste interno y perteneciente al simple pensamiento que no se encuentra tipificado por la ley penal, sin que los Tribunales del orden penal tengan que adentrarse en juicios morales sobre el arcano íntimo de las personas». (F.J. 2º)

En cuanto al **enaltecimiento** que tantos problemas plantea con los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos en los arts.16 1º y 20 1º a) CE, la **STS 3-3-2010 (Rc 1661/09)**, abordó la cuestión en los siguientes términos:

“... el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 Cpenal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH --SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía-- y también nuestro Tribunal Constitucional --STC 235/2007 de 7 de Noviembre-- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan --STC 176/1995--, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de "*democracia militante*". No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos". (F. J. 3º)

En cuanto a la calificación de organización o grupo terrorista a quienes apoyan a una banda terrorista, como ETA, la **STS 13-10-2009 (Rc 1451/08P)**, al examinar la resolución de la Audiencia Nacional que consideró como tal a **Gestoras Pro Amnistía y ASKATASUNA**, confirmó tal decisión en base a los siguientes razonamientos:

“Es indudable,... que organizaciones como ETA pueden recibir apoyo del exterior, de diferentes clases...

Pero ello no significa que, automáticamente, toda clase de apoyo pueda y deba de calificarse también como terrorismo, ni que los que lo presten deban superar la categoría de meros colaboradores con el ilícito fenómeno, a título exclusivamente particular y sin arrastrar con ello el calificativo de “terrorista” a la estructura de la que formen parte.

Para llegar a ese punto, especialmente desde las exigencias del principio de legalidad, es preciso en nuestro Derecho dar un paso más, es decir, tener la constancia, fundada en hechos debidamente acreditados, de que la organización de que se trate forma parte integrante de la actividad terrorista, involucrando en ello a sus miembros o, al menos, a los más responsables de entre ellos, porque el verdadero objetivo y la razón de ser del grupo no es otro que el de participar activamente con el resto de sujetos que forman parte del entramado terrorista, cumpliendo un papel activo y trascendente, más allá de la simple comunión ideológica, en esa actividad tan condenable.

En tal sentido, decía la STS de 22 de Mayo de 2009:

“Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

*Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, **sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya***

desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.”

Pues bien, en el caso que nos ocupa puede afirmarse, sin lugar alguno a la duda, que en efecto las dos organizaciones a las que se refiere la Resolución de instancia, GPA y ASKATASUNA, sí que tenían realmente la condición de "terroristas" de acuerdo con las previsiones del artículo 515.2 del Código Penal.

(...) En resumen, podemos concluir diciendo que GPA y ASKATASUNA forman parte de la misma estructura expandida de ETA, que ésta dirige y orienta, y representan así el papel que tienen asignado dentro del amplio haz de las actividades terroristas, apoyando y reforzando las posiciones de la banda armada en aquellos ámbitos que la estrategia general del terror les asigna, por lo que constituyen, en sí mismas, una "organización terrorista" como "asociaciones ilícitas" (art. 515 CP) que con carácter general por supuesto que son, dada la naturaleza rotundamente ilegal de las actividades que desarrollan y que se acaban de describir". (F.J.8º)

Y finalmente, en cuanto a qué puede considerarse como **actividades de dirección o jefatura**, la **STS 31-3-2010 (Rc 11475/09 P)**, dictada en el recurso contra la sentencia que declaró organizaciones terroristas a **JARRAI-HAIKA y SEGI**, dijo:

"... para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de la organización y por ello puede acontecer que personas que forman parte del equipo directivo de la asociación u organización, no reúnan la condición de auténticos directores por no poseer esa capacidad de adopción autónoma de decisiones que afecten directamente a los miembros o colaboradores de la banda.

De este modo, los "integrantes" (a los que deben ser asimilados el termino "miembros activos") de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada". (F.J.11º)

28. Violencia familiar

Concluimos esta *Crónica*, con una reseña de algunas resoluciones de cierto interés sobre el tema de la **violencia familiar o de género**, siempre presente en la casación.

En tal sentido, destacamos la **STS 4-11-2009 (Rc 566/09)** referida a una **pareja formada por hombres**.

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

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

Y, por último, la **STS 30-9-2009 (Rc 265/09)** que se ocupa del maltrato en el ámbito familiar, examinando el tema del **dolo**.

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

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

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