

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2010-2011

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

- 1.1. Principios procesales. “Non bis in idem”. Acusatorio. Publicidad
- 1.2. Autoría y ejecución del delito: coautoría, complicidad omisiva y tentativa
- 1.3. Concursos delictivos: supuestos varios
- 1.4. Competencia: Audiencia y Juzgado de lo Penal; Los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala; Conexión y Jurado; Extemporaneidad de la alegación de incompetencia. Competencia en relación a delitos cometidos en Alta Mar.
- 1.5. Prescripción: cómputo de plazos en relación a la reforma operada por la LO 5/2010 y prescripción en los delitos conexos.
- 1.6. Prueba. Doctrina general sobre: los derechos implicados en el acceso al listado de teléfonos de una agenda de teléfono móvil; prueba indiciaria; declaración del testigo menor de edad; conexión de antijuridicidad respecto a escuchas telefónicas declaradas nulas; prueba electrónica en soporte videográfico; requisitos de la confesión para sanar la invalidez de unas intervenciones telefónicas declaradas previamente ilícitas. Cuestiones puntuales: derecho a interrogar a los testigos que incriminan al acusado; captación del IPS de quien utiliza un programa P2P; acceso a la agenda electrónica; delito provocado; valor de las declaraciones prestadas en otro juicio; pericial psicológica sobre un testimonio; testigo de referencia.
- 1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia. Cuestiones varias.
- 1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Disolución del Jurado. Acuerdos del Pleno de 20 de Enero y 23 de Febrero de 2010.

2 Juicio Oral

- 2.1 Cuestiones anteriores al juicio. Derecho a un intérprete. Demencia del acusado. Acta del juicio.
- 2.2 Sentencia. Costas del proceso.
- 2.3 Penalidad. Supuestos varios. Expulsión del territorio nacional. Medidas de seguridad.
- 2.4 Responsabilidad civil. Supuestos varios de responsabilidad civil subsidiaria.

II.- DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1 Cuestiones generales

- 1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Excusa absolutoria familiar y circunstancia mixta.
- 1.2. Culpabilidad. “Actio libera in causa”. Dolo eventual.
2. Abuso sexual.
3. Agresión sexual.
4. Apropiación indebida.

5. Blanqueo de capitales
6. Coacciones
7. Delitos contra la Administración de Justicia
8. Delitos contra la Administración Pública
9. Delitos contra la Seguridad Vial
10. Delito electoral
11. Delitos societarios
12. Detención Ilegal
13. Estafa
14. Extorsión
15. Falsedades
16. Homicidio
17. Incendio
18. Lesiones
19. Pornografía infantil
20. Prevaricación
21. Salud pública
22. Tenencia ilícita de armas
23. Terrorismo
24. Torturas
25. Traición
26. Violencia familiar

En el año judicial 2010–2011, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, además de numerosas resoluciones que han ido configurando la doctrina jurisprudencial elaborada en el pasado curso judicial, ha adoptado diversos acuerdos plenarios no jurisdiccionales, con los cuales comenzamos la presente Crónica¹.

Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de **26-10-2010**:

Tema planteado: el **criterio** que debe adoptarse para el cómputo de la **prescripción de un delito que contiene** en su descripción **normativa un tipo básico y otro subtipo agravado**.

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de **27-04-2011**:

En relación con el recurso 2176/10, “**Aplicabilidad del art. 132.1, 2º inciso, a delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor**, se adoptó el siguiente:

Acuerdo: Que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento

Por otro lado, la **STS 27-01-2011 (Rc 10478/10P)**, indica que estos acuerdos son vinculantes, como se estableció, a su vez, en el Acuerdo de 18-7-2006, y que los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Ello, con la excepción de aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un

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.

derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad, como se convino en el Pleno del 20/7/2010.

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, la doctrina jurisprudencial que estimamos más interesante, establecida en el año judicial 2010-2011.

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 diversas 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. “Non bis in idem”. Acusatorio. Publicidad.

Como ya dijimos en la *Crónica* del pasado año, lo que la **STS 10-02-2010 (Rc 597/09)**, denominó “los **principios esenciales** del proceso penal que rigen el funcionamiento del juicio oral”, y que fundamentalmente –pero no únicamente- son los de publicidad, contradicción, igualdad de armas, oralidad e intermediación, siguen planteando un campo fértil de cuestiones de gran interés.

Y en efecto, en el último año judicial, no han faltado sentencias casacionales sobre los principios procesales. Nos referimos, en concreto, a los de “non bis in idem”, acusatorio y de publicidad.

Sobre el principio “**non bis in idem**”, la **STS 04-10-2010 (Rc 10212/10P)** nos recuerda su concreción en el **Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen**, en el que se exige “que la persona haya sido juzgada en *sentencia firme* por una Parte contratante y por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”. Lo cual se denomina principio de “agotamiento del procedimiento”.

En relación al **principio acusatorio**, la **STS 28-02-2011 (Rc 2276/10)** nos recuerda que la clave es la base fáctica, por lo que no existe homogeneidad alguna entre de un lado el delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal por posesión de estupefacientes destinados al consumo ajeno, de que se acusaba a la recurrente, y de otro lado el delito por el que la condena, de encubrimiento por ocultación del cuerpo y efectos del delito ajeno de tráfico de drogas. Y porque el hecho de tirar por la ventana cierta cantidad de heroína que pertenecía a otro, no estaba en la acusación formulada contra ella, y su incorporación al relato histórico de la Sentencia no es una mera precisión de la imputada posesión de droga propia, -que no se considera

probada- sino un hecho sustancialmente diferente en su propia identidad en cuanto integrador del delito distinto y heterogéneo por el que se condena, que supone una **vulneración del principio acusatorio**.

En cambio no se vulnera dicho principio cuando se acusa por **tentativa de asesinato**, y se condena sólo por **delito de lesiones con deformidad**, tal como dice la **STS 15-09-2010 (Rc 11518/09P)**, ya que, como sentaron las sentencias de 2/7/1999 y 22/11/2006- “tentativa de asesinato y lesiones con resultado de deformidad, arts. 139.1 y 150 CP, se encuentran en una misma línea de homogeneidad y no determina el cambio de calificación una incongruencia intolerable, siempre que los hechos sean en todas sus dimensiones -salvo en el mero aspecto del animus-substancialmente idéntico”, como sucedió en el caso examinado.

Por último, en cuanto al **principio de publicidad**, la **STS 01-12-2010 (Rc 10545/10 P)**, contiene un completo análisis de la problemática de la **grabación de la vista**, en la que se dice, que “no es necesaria” y que “la grabación íntegra de las vistas no significa que necesariamente deben ser visualizadas y oídas por el Tribunal al que se recurre. Su visualización y escucha supone, en principio, para los recursos extraordinarios como el de casación una innecesaria actividad que dilata injustificadamente el tiempo hábil para dictar resoluciones. Incumbe a las partes indicar, como se hace en la actualidad, cuáles son aquellos pasajes probatorios que tienen interés para la defensa de sus posiciones sin que se pueda hacer una remisión genérica a todo el contenido de la grabación”.

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

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

En la **STS 22-12-2010 (Rc 1604/10)** se contiene una amplia exposición de la doctrina sobre la **coautoría por condominio funcional del hecho**, de cuya aplicación al caso objeto del examen casacional, se concluye que quien decide cometer un hecho delictivo con otro, y lo apoya activamente con su presencia, es coautor aunque la agresión la ejecute el otro, que sabía contaba con la ayuda y la colaboración relevante del recurrente en el caso de que tuviera problemas para lograr el objetivo criminal , conjuntamente planeado.

En la **STS 16-9-2010 (Rc 1411/09)**, se analiza la denominada **complicidad omisiva**, admitida por la doctrina no sin controversia, y que comprende “aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero *aporte en el hecho*”.

La jurisprudencia de la Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto

normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

Por eso, las meras conductas de guardar silencio y pasividad ante el conocimiento de un hecho delictivo, sin que se acredite que con ello se favorece realmente el plan delictivo del autor, no puede considerarse punible. De ahí –dice la sentencia precitada- que en estos casos “se hace preciso y resulta indispensable, en todo caso, analizar en qué forma la conducta atribuida al sujeto «cooperó» realmente a la ejecución del delito, con eficacia incluso de mero favorecimiento y vinculación de causalidad con la agresión antijurídica realizada por el autor”.

Por tales razones, en el presente caso, procede la absolución del acusado de tal grado de participación.

También en la **STS 24-11-2010 (Rc 1168/10)**, se considera **impune** el mero acudir a varias tiendas con el compañero sentimental a adquirir diversos efectos abonados mediante tarjeta de crédito de ajena pertenencia, a pesar de ser “perfecta conocedora” de ello, al tratarse de “una **forma de solidaridad moralmente reprobable**” pero que “carece de trascendencia jurídico penal”.

Sobre **tentativa**, hemos seleccionado las **SSTS 22-2-2011 (Rc 10798/10P)** y **22-12-2010 (Rc 1604/10)**, la primera que se ocupa del desistimiento activo, y la segunda, de la penalidad en la tentativa.

La sentencia que resuelve el **Rc 10798/10P**, examina el **art.16 CP**, y en particular el apartado 2, que trata del **desistimiento activo**, y que dice :“ *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta*”.

A la vista de esta redacción, dice la sentencia, “hay que convenir que el vigente Código distingue un desistimiento "pasivo" y que consistiría en que voluntariamente el agente no concluye los actos de ejecución, y junto con éste, se prevé un desistimiento "activo" para aquél que ha agotado todos los actos de ejecución, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar el efecto delictivo de la acción ejecutada, por eso, se hace referencia en el art. 16-2 a la expresión “...*bien impidiendo la producción del resultado*...”. Es decir se exige un *actus contrarius* que neutralice e impida el resultado delictivo de la acción ejecutada.”

En el caso en cuestión, “(...), *cualquiera que fuera el grado alcanzado en la ejecución del hecho, lo que no puede negarse es que la causa directa de la no producción del resultado mortal, y consecuente consumación del homicidio según la misma literalidad de los hechos probados por la recurrida, no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima, por lo que el "desistimiento", en este*

caso propio u omisivo, de la ejecución ya iniciada debe operar, como con toda corrección lo entendió el Tribunal a quo, en el sentido de la exención de la responsabilidad en relación con el homicidio intentado, acompañada de la condena por las lesiones consumadas...".

Por su parte, la **STS 22-12-2010**, ya citada, se ocupa de la **individualización de la pena**, partiendo del art. 62 CP que establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas ejecutadas en fase de tentativa: el “*peligro inherente al intento*” y el “*grado de ejecución alcanzado*”, lo cual permite una gran flexibilidad de decisión a los jueces, en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.

La sentencia afirma que atendiendo pues al criterio central del peligro, que es el que proclama el Código Penal, parece que lo razonable es que la tentativa inacabada suponga una menor pena que la acabada, y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) conlleve una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos en los supuestos en que nos hallemos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un solo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos.

Y ya centrados en el supuesto que se juzgó, se concluye que “es claro que se está ante una tentativa acabada idónea. Y ello porque el acusado realizó todos los actos (tentativa acabada) que integran el tipo penal del homicidio, al contribuir con su actuación directa en la fase de ejecución a que se le propinara una gran paliza al denunciante, cuya vida corrió grave peligro debido a la ubicación y gravedad de las heridas que le ocasionaron. Y tampoco se suscitan dudas de que se trata de una tentativa idónea, ya que la acción era adecuada *ex ante* para causarle la muerte a la víctima, y además *ex post* se comprobó que generó un peligro concreto para el bien jurídico de la vida. Por todo ello, no es correcto reducir la pena en dos grados, confirmándose la reducción de la pena en uno sólo, por hallarnos ante una tentativa acabada e idónea”. (FJ. 2º).

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**, la **STS 3-11-2010 (Rc 10403/10P)**, plantea el problema de la relación entre el art.251.1 CP y el 250.1.1, que se refiere al ámbito de la estafa de viviendas.

La meritada sentencia, resuelve la cuestión, del siguiente modo:

“La solución en estos casos debe ser acudir a lo dispuesto en el art. 8.1 CP., entendiendo que el art. 250.1.1 es de preferente aplicación en virtud del principio de especialidad cuando la estafa tenga por objeto negocios jurídicos referidos a la vivienda, puesto que el fraude tipificado en el art. 251 del CP, tiene un ámbito de aplicación más general al titular tanto a las cosas inmuebles, aunque no se trate de viviendas en el sentido restrictivo propio del art. 250.1.1, como a los muebles, o en el art. 8.4 CP, resolviéndose el concurso de normas por el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras, se aplique la del precepto que imponga mayor sanción, en este caso el art. 250.1.1”. (FJ. 1º).

Y en relación al concurso de dicho artículo 251 con el delito de insolvencia punible, la **STS 21-2-2011 (Rc 1946/10)**, dispone:

«Sin perjuicio de señalar que el art. 251 CP no contiene una hipótesis particular de estafa, sino un supuesto de defraudación, y que no es necesario considerar si la cuestión ha sido introducida ex novo en el juicio, lo cierto es que, en principio, el art. 251 CP sólo concurre aparentemente (concurso llamado de normas) con el delito de insolvencia punible (art. 257 CP), dado que el contenido de ilicitud de éste está ya contenido en el primero, razón por la cual es aplicable el art. 8. 3º CP. La razón es clara: toda segunda venta de un mismo bien (sea real o aparente) determina la insolvencia (al menos parcial) del vendedor y frustra un derecho acordado al primer comprador. Por lo tanto, en la medida en la que la insolvencia es una consecuencia necesaria del delito art. 251 CP, si no existen más perjudicados que el primer comprador, la ilicitud del hecho no sufre incremento alguno que justifique apreciar un concurso ideal». (F. J. 1º)

1.4. Competencia: Audiencia y Juzgado de lo Penal. Los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala. Conexión y Jurado. Extemporaneidad de la alegación de incompetencia. Competencia en relación a delitos cometidos en Alta Mar.

En materia de competencia, los temas sobre el Jurado han sido los más frecuentes aunque no han faltado otras cuestiones.

Así en la **STS 09-12-2010 (Rc 1072/10)**, se examina la **dinámica competencial Audiencias-Juzgados de lo Penal**, recordando que:

“Esta Sala ha dicho (Cfr. STS 661/2009, de 18 de junio) “que la competencia de la Audiencia se extiende a conocer de los delitos que se le atribuyen y puede conocer, enjuiciar y fallar sobre los mismos cualesquiera que sea la pena que resulte de las calificaciones definitivas e, incluso, sobre las faltas incidentales.

Y que incluso, le corresponde a la Audiencia, velar porque la calificación, sea correcta a efectos de la conformidad, como dispone el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que exista ningún obstáculo para que, sí las partes deciden calificar correctamente y la pena es igual o inferior a cinco años de prisión, sea la Audiencia la que dicte sentencia de conformidad, resultando absolutamente disfuncional que remitiese la causa al juzgado para que siguiese este trámite abriendo la posibilidad de que éste actuase de forma distinta.

Y, si el Juez de lo Penal, por imperativo del artículo 788.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está obligado a dar por terminado el juicio y remitirlo a la Audiencia Provincial cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de su competencia, como es lógico, no está prevista la decisión inversa que suponga el envío de la causa, hacia el órgano inferior, renunciando a juzgar un caso para el que ya ha declarado su competencia que no puede verse afectada por incidencias, vicisitudes, cambios de calificación y penas, cuando es obvio que incluso tiene competencia para conocer de las faltas incidentales que se deriven en la tramitación de la causa y del juicio oral.” (FJ. 2º).

En relación al denominado “**Caso Fago**”, a efectos de determinar si era competencia del jurado o de la Audiencia provincial, la **STS 29-9-2010 (Rc 10118/10 P)**, con invocación del Acuerdo Plenario de la Sala de 18-7-2006 (“**Los acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes**”.), se indica que según el Pleno no Jurisdiccional de 20 de Enero de 2010, los Acuerdos de la Sala **no tienen vigencia retroactiva**, sino que solo se proyecta hacia los actos procesales posteriores a la fecha del acuerdo ,por lo que no procedía cambiar el órgano que enjuició ya que lo fue con anterioridad al nuevo acuerdo que modificaba los criterios seguidos hasta entonces en materia de competencia del jurado respecto a los delitos conexos.

Sobre **competencia del Tribunal del Jurado**, la **STS 05-11-2010 (Rc 337/10)**, en aplicación del **acuerdo** del pleno no jurisdiccional de la Sala de **23 de febrero de 2010**, resuelve que -situados en la hipótesis de las acusaciones-, se está ante la imputación de un delito (el continuado de estafa) que no es competencia del Tribunal del Jurado, cometido en conexión con otros que lo habrían sido con el único fin (instrumental, por tanto) de facilitar la ejecución de aquél; dándose la circunstancia de que, por la propia naturaleza de las conductas, resulta imposible su tratamiento por separado en el juicio oral, con lo que en estos casos la competencia no corresponde al Tribunal del Jurado.

Por su parte, la **STS 27-01-2011 (Rc 10478/10P)** se refiere a la doctrina aplicable al **invocar de modo extemporáneo la posible incompetencia** de un órgano judicial para enjuiciar una causa, del siguiente modo:

“En el presente caso, el ahora recurrente L. se ha ido aquietando a las sucesivas resoluciones acerca de la competencia de la Audiencia, sin aprovechar las oportunidades previstas legalmente para impugnarla, y no ha sido, sino una vez inicia las sesiones del juicio oral, cuando ha intentado provocar la destrucción del edificio procesal hasta entonces construido.

Debe aceptarse la consideración de la audiencia sobre que el planteamiento de la cuestión por la Defensa de L ha sido extemporáneo, e incluíble en el primer inciso del art. 11.1 LOPJ”.

Respecto a la **competencia en relación a delitos cometidos en Alta Mar**, la **STS 21-12-2010 (Rc 1135/10)**, tras recordar que el BOE Nº 295 de 10/12/2003 publicó el Instrumento **veintiuno de febrero de dos mil dos** por el que se ratifica el **Protocolo** contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire que complementa la **Convención** de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el **15 de noviembre de 2000**, cuyo Protocolo firmó en Palermo el Plenipotenciario de España el día 13 de diciembre de 2000, afirma la competencia del Estado español en relación, entre otros, del delito de tráfico ilícito de inmigrantes.

Conclusión que se obtiene, en aplicación del art.15.2 de la Convención, que establece que “con el debido respeto a la soberanía de los demás Estados, un **Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos** cuando: ... se cometa fuera de su territorio con **miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio**”.

1.5. Prescripción: cómputo de plazos en relación a la reforma operada por la LO 5/2010 y prescripción en los delitos conexos.

Sobre la siempre controvertida prescripción, la **STS 27-12-2010 (Rc 1177/10)** examina el **cómputo de plazos en relación a la reforma operada por la LO 5/2010**, estableciendo la siguiente doctrina:

“... esta ley modifica el apartado 2 del art. 132 del Código penal confiriendo un modo de interrumpir la prescripción que se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción. Sin embargo, la novedad reside en que, tras la modificación legal citada, se entiende dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

Sobre lo que ha de entenderse por esa “resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación”, al responsable indiciario de la infracción, en un hecho delictuoso, aunque es lo cierto que parece que tal modificación se refiere ahora a la admisión de la querrela o denuncia, en realidad en este apartado del precepto analizado no se dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse resoluciones judiciales diversas, como una intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. que han de interrumpir la prescripción porque el precepto no exige que tal resolución judicial motivada sea dictada al incoar una causa, aspecto procesal necesario en el supuesto de querrelas o denuncias iniciales,

sino en una fase posterior, que ha de comprender una previa investigación judicializada mediante tales mecanismos de investigación citados, que requieren una resolución judicial y que se dirigen a investigar un delito concreto, limitando derechos fundamentales o activando mecanismos que han de producir tal efecto de interrupción de la prescripción.

Es cierto que –después– el precepto parece partir exclusivamente de tal modo de incoación de una causa mediante los aludidos modos de denuncia o querrela, pero indudablemente la amplitud de la norma ha de significar que los actos previos de investigación judicial deben tener virtualidad interruptora.

Otra de las novedades de tal reforma la constituye la posibilidad de suspensión del plazo, institución desconocida con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Las posibilidades existentes son que, dentro de ese plazo, el órgano judicial resuelva algo, o no lo haga. Si sucede esto último, la solución legal es que se continúe el cómputo de la prescripción sin que opere de forma alguna tal suspensión por la presentación de la querrela o denuncia, sin mayores complicaciones. En cambio, si el Juzgado de Instrucción resuelve, puede serlo naturalmente en sentido positivo a la admisión o denegatoria de ésta. Y si lo fuera en sentido positivo, “la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia”.

No resuelve, sin embargo, el legislador el problema de que dentro del plazo de los seis o los dos meses, el Juzgado de Instrucción rechace la admisión a trámite de la querrela o denuncia y por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoque tal decisión judicial y admita la querrela, desautorizando así el criterio del Instructor.” (FJ. 3º).

Y en cuanto a la **prescripción de delitos conexos**, la **STS 11-10-2010 (Rc 11437/09)**, también con comentario a la reforma, se refiere al caso de paralización de un procedimiento por más de tres años, ocasionada la fuga del recurrente.

En ella -se dice- “no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos *y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado*, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas

aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 de febrero 2000 o 3 de julio de 2002, 31 de octubre de 2002)”.

Este criterio jurisprudencial es confirmado en la reciente LO 5/2010, cuyo apartado 5 del art. 131 del Código penal, dispone: “En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”. Como se ve –concluye la resolución- es traslación legislativa de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos conexos.

1.6. Prueba. Doctrina general sobre: los derechos implicados en el acceso al listado de teléfonos de una agenda de teléfono móvil; prueba indiciaria; declaración del testigo menor de edad; conexión de antijuridicidad respecto a escuchas telefónicas declaradas nulas; prueba electrónica en soporte videográfico; requisitos de la confesión para sanar la invalidez de unas intervenciones telefónicas declaradas previamente ilícitas. Cuestiones puntuales: derecho a interrogar a los testigos que incriminan al acusado; captación del IPS de quien utiliza un programa P2P; acceso a la agenda electrónica; delito provocado; valor de las declaraciones prestadas en otro juicio; pericial psicológica sobre un testimonio; testigo de referencia.

Sobre el derecho a la prueba, recogido en el art. 24.2 CE, y que configura uno de los elementos esenciales no sólo del proceso sino, muy especialmente, de la sentencia, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo ha ido plasmando en las numerosas sentencias que ha dictado el pasado año judicial, una doctrina de gran relevancia.

Dada su extensión, clasificamos este apartado en dos grupos :a) sentencias que recogen una doctrina completa o al menos muy amplia, sobre una concreta cuestión probatoria y b) aquellas que tratan de modo más específico, una cuestión puntual.

En el primer grupo, citamos la **STS 12-12-2010 (Rc 1514/10)** que incluye una extensa **doctrina sobre los derechos implicados en el acceso al listado de teléfonos de una agenda de teléfono móvil; STS 22-2-2011 (Rc 1421/10)** sobre **prueba indiciaria** y **STS 10-11-2010 (Rc 941/10)** respecto a la **declaración del testigo menor de edad**, en al cual se dice: “El menor tiende a recordar los aspectos más llamativos del hecho que presencia, lo que no quiere decir que sean los más relevantes o destacados de la escena que perciben. Los niños son propensos también a dar respuestas positivas cuando son interrogados por adultos o por personas que aparecen revestidas de cierta autoridad, debido a que por su escasa edad son más sugestionables, especialmente a una edad de cuatro o cinco años. Resulta, pues, muy fácil para un adulto inducir las respuestas de un menor dada la tendencia de los niños a complacer con sus contestaciones a la persona adulta que los interroga”.

También dentro de este grupo, merece ser citada la **STS 11-11-2010 (Rc 11279/09)** sobre la problemática de la **conexión de antijuridicidad respecto a escuchas telefónicas declaradas nulas**; la **STS 12-1-2011 (Rc 1315/10)**, que contiene una amplia y detallada doctrina sobre la **prueba electrónica en soporte videográfico** y, finalmente, la **STS 18-2-2011 (Rc 1988/10)**, que nos recuerda los **requisitos de la confesión para sanar la invalidez de unas intervenciones telefónicas declaradas previamente ilícitas**.

En cuanto a resoluciones que han dado respuestas puntuales a cuestiones muy concretas, seleccionamos las siguientes:

STS 18-2-2011 (Rc 982/10), en la que en relación al **derecho a interrogar a los testigos que incriminan al acusado**, se dice: *“... hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 e)].*

STS 07-10-2010 (Rc 486/10) que sienta la doctrina de que **la captación del IPS de quien utiliza un programa P2P, no precisa autorización**.

SSTS 18-03-2011 (Rc 1964/10) y 12-12-2010 (Rc 1514/10) sobre el **acceso a la agenda electrónica**.

STS 27-12-2010 (Rc 1365/10) que reitera la doctrina jurisprudencial sobre el **delito provocado**, diciendo que:

“El delito provocado, que conlleva la impunidad de la acción típica, es aquél que sólo llega a realizarse en virtud de la inducción eficaz de un agente (el agente provocador) que, ha generado con su actuación engañosa la idea delictiva del autor, anteriormente inexistente, y la ejecución de la conducta ilícita, considerándose que en estos casos la infracción es impune porque carece de realidad, es pura ficción, ya que es el representante de la Autoridad el que quiso que la norma penal fuera conculcada y su actuación fue esencial, determinante y decisiva para ello”.

STS 21-12-2010 (Rc 10827/10P) que estima la **imposibilidad de tomar en consideración las declaraciones prestadas en otro juicio, no sometidas al principio de contradicción en el juicio posterior**.

STS 21-10-2010 (Rc 2791/09) que considera perfectamente válida la **pericial psicológica sobre un testimonio**, al revelarse como “una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de una menor, víctima de un delito de naturaleza sexual (SSTS. 715/2003 de 16.5, 224/2005 de 24.2, 1313/2005 de 9.11, 1031/2006 de 31.11)”.

Y finalmente, la **STS 21-10-2010 (Rc 2791/09)** que concreta las posibilidades probatorias del **testigo de referencia**, concretadas en su valor para “reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios... cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical –lo que ocurrió en el caso de autos en el que la menor y su madre no estaban localizadas y no habían podido ser citadas”. (F. J. 1º)

1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia. Cuestiones varias.

El derecho a los recursos, una de las manifestaciones más importantes del derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido objeto específico de algunos recursos de casación, tanto en relación al cuestionamiento de la doble instancia existente en nuestro ordenamiento penal como, de forma indirecta, al plantearse otras cuestiones de orden procesal más específicas.

En cuanto a la primera cuestión, la **STS 29-10-2010 (Rc 1054/10)**, responde a la denuncia de inconstitucionalidad de la configuración actual del recurso de casación, de modo modélico al exponer la amplia doctrina existente sobre la **doble instancia penal**.

Y en concreto, tras reconocer que su generalización “constituye un *desideratum* hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal”, finaliza con que “de acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP”.

Respecto a cuestiones más específicas, la **STS 14-03-2011 (Rc 2278/10)**, tras un amplio estudio de las normas de la LOPJ, LECiv y LECrim oportunas, expresa la doctrina de que **no cabe recurso de casación contra Auto citado en pieza separada de responsabilidad civil de Procedimiento Abreviado**. Ni tampoco cabe formalizarlo como recurso de casación civil.

Por su parte, la **STS 08-10-2010 (Rc 10329/10P)**, examina el llamado **recurso supeditado de la Ley del Jurado**, que de conformidad con el art. 846 bis b) de la LECrim queda subordinado a que el apelante principal mantenga el suyo, y respecto al cual se dice:

“8.- El artículo 846 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro y terminante en cuanto que el *recurso supeditado de apelación quedará supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo*. Esto indica, como se ha dicho, que el apelante supeditado no adquiere ninguna obligación procesal, ya que si comparece en término y desiste el principal se quedará sin recurso, lo que indica que la comparecencia fuera de plazo o incluso en el momento de la vista del recurso, cuando los apelantes principales han tenido la oportunidad, como sucede en el caso presente de instruirse de su contenido, mantiene su

posición procesal ya que se trata, en todo caso, de un requisito superfluo y, en todo caso, subsanable.

9.- En cualquier caso, no hay duda de que mantiene intacta la posibilidad de interponer recurso de casación frente a una decisión que agrava notoriamente la condena inicial. La admisión de este motivo no lleva aparejada consecuencia alguna sobre lo tramitado, que por razón de la conservación de los actos procesales, sigue adelante y da lugar a que se entre en el examen de los motivos de casación que coinciden sustancialmente con los del recurso supeditado de apelación” (FJ.1º).

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Disolución del Jurado. Acuerdos del Pleno de 20 de Enero y 23 de Febrero de 2010.

En el presente año judicial, la Sala ha seguido aplicando, en materia de la LOTJ 5/1995, su doctrina aprobada por el Pleno no jurisdiccional, en reuniones de 20-1-2010 y 23-2-2010.

Además, se han abordado algunos otros temas, como el de la **disolución del Jurado**.

En cuanto al primer tema, de entre las diversas resoluciones dictadas en aplicación de los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala de las sesiones de 20 de Enero y 23 de Febrero del pasado año, destacamos la **STS 5-11-2010 (Rc 10551/10 P)** que aborda la doctrina actual en materia de **conexividad delictiva**.

Sobre la específica cuestión de la **disolución del Jurado, la STS 11-11-2010 (Rc 906/10)**, estudia tal posibilidad, teniendo en cuenta los supuestos que la permiten, y recuerda que la aplicación del artículo 49, tanto cuando se decide la disolución del Jurado, como cuando se deniega, la previsión legislativa abre el cauce de específicos motivos del recurso de apelación contra la decisión jurisdiccional del Magistrado Presidente. Y es que –se dice- la decisión de constatar si la prueba satisface las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia, sólo corresponde al Magistrado Presidente, por venirle atribuida tal competencia por el artículo 49 de la ley reguladora del procedimiento. “Cualquiera –concluye la sentencia- que sea el acierto o desacierto en tal decisión, y subsiguiente justificación, es obvio que aquélla es siempre de su competencia. Por ello al resolver sobre la misma en ningún caso puede estimarse vulnerada la garantía del juez ordinario que se alude en el recurso de las acusaciones”, sino, en su caso, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, si no se cumplieran los estándares que al respecto, tiene fijada la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala.

2. Juicio Oral

2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Derecho a un intérprete. Demencia del acusado. Acta del juicio.

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.

En relación al **derecho a un intérprete, ex art. 520.2 LECrim**, la **STS 17-2-2011 (Rc 11073/10P)**, contiene una completísima doctrina sobre la cuestión y tras su exposición, aborda el caso en el que se indica que el recurrente al ser detenido por la Policía, fue informado de sus derechos, sin letrado y sin intérprete, a pesar de que en el acta que se levantó consta que lo solicitó, informando el Consulado que lo necesitaba porque ignoraba el idioma en que se le hablaba.

La resolución, se adentra después, en las consecuencias de la falta de información de derechos que “puede suponer la nulidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas, la incoación de un procedimiento de habeas corpus para solicitar la puesta a disposición del detenido, la denuncia de posibles infracciones disciplinarias o periciales e inclusive interponer recursos ante los órganos jurisdiccionales y ante el Tribunal Constitucional en amparo.” Pero puede producirse una desconexión de la ilicitud producida –lo que ocurre en el caso- y en consecuencia, el efecto indirecto no es predicable cuando sea posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás, obrantes en la causa, ya que no se vicia las restantes pruebas si es posible la desconexión causal entre la ilegítimamente obtenida y las otras.

Otras resoluciones examinan otras cuestiones anteriores al juicio oral, como la **STS 02-11-2010 (Rc 1405/10)** relativa al estado de **demencia del acusado**, y cómo interpretar el **art.383 LECrim**, a cuyo tenor “si la demencia sobreviniera después de cometidos el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia”.

Examinada la decisión adoptada en su día, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo expresa la doctrina que ha de seguirse al respecto, estableciendo que cuando se constata la demencia del acusado antes del juicio oral: *"procede acordar la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones para afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá éste ser celebrado....Caso contrario, si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado... para evitar un nuevo*

comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación". (FJ. 1º).

En la **STS 02-12-2010 (Rc 10155/10P)** se resuelve un recurso en el que se alegaban supuestas deficiencias del **acta del juicio**. Y si bien se afirma que "la legibilidad del acta no es cuestión baladí y ya fue puesta de relieve por la STS. de 31 de enero de 1992, señalando al respecto la trascendencia de su legibilidad con relación al tema de la presunción de inocencia y su examen casacional, añadiendo el deber de los elementos de instancia de cuidar que se realice y elevar con el testimonio de la resolución recurrida en casación copia fehacientemente extendida por un medio mecánico de reproducción (ATS. 20.3.97)", no es menos cierto que "sólo en aquellos casos en que en el acta se revelen hechos absolutamente incompatibles con lo expresado por los Magistrados podrá suscitarse en rigor cuestión acerca de su veracidad (STS. 140/2003 de 29.10)... Por tal razón, que "una frase puntual y concreta, intercalada en la respuesta dada por el recurrente al interrogatorio del Ministerio Fiscal, sea ilegible, no tiene trascendencia invalidante alguna".

2.2. Sentencia. Costas del proceso.

Sobre un aspecto de gran importancia, relacionada, con la sentencia, como es el pago de las **costas procesales**, seleccionamos la **STS 27-9-2010 (Rc 147/10 P)** que sienta el criterio de que no procede imponer las costas de la acusación particular cuando el acusado, consignó con carácter previo al juicio, una cantidad muy superior a la indemnización a abonar a la víctima, que el Juzgado omitió hacer efectivo antes de dicho trámite, lo que supuso la intervención e la vista de la aseguradora-acusadora particular que no debió producirse.

Y también es reseñable, la **STS 21-12-2010 (Rc 10782/10P)** que de la mano del art. 240 LECrim recuerda que las costas sólo pueden ser impuestas a los acusados o bien al querellante particular o al actor civil, nunca al responsable civil subsidiario. Criterio reforzado por el art.123 CP del que se desprende que "las costas en principio deben ser impuestas al criminalmente responsable de un delito. En su caso, pueden ser imputadas al querellante o al actor civil. Como responsable civil solo se puede responder de los daños y perjuicios directos ocasionados por los hechos delictivos y de forma subsidiaria cuando concurren todos los elementos necesarios para declarar esta responsabilidad civil subsidiaria como se verá en los motivos siguientes, y nunca al pago de las costas"

2.3. Penalidad. Supuestos varios. Expulsión del territorio nacional. Medidas de seguridad.

En materia de imposición de penas, destacamos: **STS 14-10-2010 (Rc 11501/09 P)**, **STS 1-2-2011 (Rc 1803/10)** y **STS 15-12-2010 (Rc 10315/10 P)**.

En las dos primeras se trata el tema de los **criterios para la individualización de la pena, en función de la gravedad del hecho concretados en la STS 1-2-2011**, tras afirmarse que “la gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito”, en los siguientes aspectos:”

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.”

Las STS que examinó el **Rc 10315/10P**, se ocupó de la cuestión de la **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad**, señalando que dado el carácter facultativo de su imposición, como se desprende del art. 46 CP, y siendo la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena, “es necesario exigir una prueba -pericial o de otro tipo- a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena”.

En cuanto a la medida sustitutoria de prisión, prevista en el art. 89 CP, de **expulsión del territorio nacional**, las **SSTS 29-12-2010 (Rc 683/10) y 01-02-2011 (Rc 10641/10P)**, han examinado la reforma del precepto, operada por la LO 5/2010.

En la primera, se dice que “el único extremo del nuevo precepto que podría tener relevancia en el presente caso es el relativo a la extensión del periodo de expulsión. A partir de ahora se fija en una horquilla que comprende desde los cinco a los diez años, atendiendo para individualizarlo a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado; en cambio, la norma derogada lo establecía imperativamente en los diez años, que fue el

periodo impuesto en la sentencia recurrida”. Y como “ la pena a imponer al acusado es inferior a un año y que no cabe tampoco descartar que en un futuro rehaga su situación familiar, se establece como nuevo periodo de duración de la expulsión el límite mínimo que señala el texto legal, es decir, el de cinco años.”, estimándose de ese modo, parcialmente, este motivo de impugnación.

Y en la segunda sentencia, en relación al caso, se indica que con la reforma “no ha variado el contenido de la medida ni las garantías de su imposición, pero sí el plazo de la medida. Frente a una prisión anterior de 10 años de extensión del período de expulsión, la nueva norma fija una horquilla de cinco a diez años, fijando como criterio a tener en cuenta la duración de la pena impuesta y las circunstancias personales del penado. Por ello, en atención a la pena impuesta, 3 años de prisión procede imponer la medida de expulsión con una duración que entendemos procedente en cinco años.

Por último, sobre **medidas de seguridad**, destacamos la **STS 02-02-2011 (Rc 1972/10)** que contiene un completo estudio de los requisitos para su aplicabilidad, indicando que son requisitos ineludibles para la imposición de la medida: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104). Y que a la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, operando el juicio sobre la peligrosidad del sujeto en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del C. Penal.

2.4. Responsabilidad civil. Supuestos varios de responsabilidad civil subsidiaria.

Diversas han sido las sentencias que se han ocupado de la responsabilidad civil subsidiaria, relacionadas con hechos producidos en el ámbito público.

Y así, la **STS 27-11-2010 (Rc 10822/09P)**, considera la **inexistencia de responsabilidad subsidiaria de la Administración en motín sobrevenido, espontáneo e impredecible** ya que en el caso “no se ha aportado prueba alguna del incumplimiento de preceptos legales o reglamentarios que pudiera

servir de base para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña”.

En la **STS 21-10-2010 (Rc 10391/10 P)**, tampoco se declara la responsabilidad civil **subsidiaria de Ayuntamiento en relación al llamado “botellón”**, sobre la base del siguiente razonamiento : “Si... se trata de un espacio abierto cuyo acceso no es por ello objeto de control individual de las personas que allí acuden, y que está destinado al esparcimiento consistente en el llamado “*botellón*”, por lo que no está prohibido el consumo de bebidas alcohólicas y por ello no es posible la requisa de sus envases, tendremos que llegar a la conclusión que la acción de las autoridades competentes en materia de seguridad no puede trasladarse a prevenir conductas individuales y puntuales sino que deberá versar sobre la prevención de los riesgos derivados de las aglomeraciones de personas, como puede suceder si se da una sobresaturación del espacio, incluso concurrencia de tumultos o enfrentamientos entre bandas rivales conocidas o insuficiencia de los accesos o de las medidas generales de seguridad e higiene, pero lo que no es posible es prevenir acciones individuales como las descritas en el “*factum*”.

Por último en la **STS 30-12-2010 (Rc 2571/09)**, se recuerda la responsabilidad en materia de **Instituciones penitenciarias**, ya que “la jurisprudencia viene extendiendo la responsabilidad al Estado por delitos y faltas cometidos en los establecimientos penitenciarios, cuando haya habido omisión o ejecución de las medidas precisas sin la debida diligencia, primero para evitar que los internos posean, confeccionen o porten armas blancas en dicho establecimiento por el riesgo que puede suponer para la vida e integridad de las personas encomendadas a su custodia” Y en el caso de luchas o reyertas entre reclusos o internos, la jurisprudencia es clara en “atribuir la responsabilidad civil subsidiaria al Estado cuando se emplean armas blancas no suficientemente controladas, en el supuesto enjuiciado, pero afectante a funcionarios de prisiones, su protección no puede ser menor”, y ello cuando, como sucedió en el caso, no existe ningún elemento para declarar que esa falta de control o vigilancia les es imputable a título individual (a los lesionados ni al secuestrado).

II DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. ***Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Excusa absolutoria familiar y 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, dicha cuestión.

Empezando por las **agravantes**, la **STS 22-12-2010 (Rc 1604/10)** estima compatible la agravante de **alevosía** en un asesinato cometido con dolo

eventual en base a este certero razonamiento “puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima”.

Y ello es lo que sucedió en el caso, toda vez que los acusados planificaron una acción agresora mediante la que eliminaban la reacción defensiva de la víctima y aseguraban al mismo tiempo la agresión sin riesgo para sus personas.

En cuanto a las **atenuantes**, resulta digna de mención la **STS 10-11-2010 (Rc 10619/10 P)** que se ocupa de las atenuantes de **arrebató y obcecación**, exponiendo con amplitud los criterios manejados para su no siempre fácil diferenciación.

En la sentencia se destaca, para su estimación, el elemento temporal, ya que la jurisprudencia ha exigido una cierta cercanía temporal entre la causa o estímulo desencadenante y la reacción pasional, haciendo desaparecer todo vestigio de venganza que comprometa la perturbación atenuadora. Y, por otro lado, se considera que “una escasa tolerancia a la frustración, subyaciendo problemas de celos con ideación celotípica de la realidad”, no permite apreciar una alteración de las condiciones de imputabilidad, al basarse en una situación que contradice principios básicos de la convivencia.

También se han dictado diversas resoluciones sobre la posible existencia de **dilaciones indebidas**, atenuante que tras la reciente reforma operada por la **LO 5/2010)** se acoge ya de modo explícito.

De todas ellas, extraemos dos ideas principales: una, la necesidad de exponer y describir con detalle las vicisitudes procesales a fin de evaluar si se está ante una realidad singular y extraordinaria que justifique tal singular valoración atenuatoria y, de otro lado, como señala la **STS 17-02-2011 (Rc 11073/10P)** que se esté ante “retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3 y 17.3.2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente”

En cuanto a las **eximentes**, se han dictado resoluciones de interés sobre el **estado de necesidad (STS 21-10-2010, Rc 1028/10), enajenación mental (SSTS 2-11-2010, Rc 589/10 y 21-12-2010, Rc 10639/10 P)** y, en especial, sobre la de **legítima defensa**, a la que nos referiremos seguidamente.

En la **STS 23-10-2010 (Rc 2597/09)**, se examina la cuestión de la **necesidad racional del medio empleado**, afirmándose, con criterio flexible que se trata de una cuestión que “dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir friamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto

cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión”.

En la **STS 28-12-2010 , Rc 1575/10**, se estima **no concurre la legítima defensa** al producirse una reacción violentísima o brutal por el mero hecho de agarrar por la parte posterior del cuello y de una muñeca a quien se excedió en su defensa.

Y finalmente, en la **STS 21-11-2010, Rc 81/10** se estima concurre un supuesto de **eximente completa**, tras indicarse que “ ha de encontrarse el exacto punto de inflexión para interpretar la racionalidad de los medios con que defenderse, lo que exige la elaboración de un juicio de valor que ha de adaptarse necesariamente a las variables del caso”, como sucedió en el caso enjuiciado en el que :

“ la primera reacción defensiva de la víctima de los ataques que le propiciaba su compañero sentimental es marcharse inmediatamente de ese lugar – el aludido dormitorio en donde sucedían los hechos–, con intención de avisar a la policía. Hasta ahí, nada más se puede exigir a S. Cuando sale del dormitorio con dirección a la puerta de la casa, y ha de pasar necesariamente por la cocina, es interceptada por el agresor, el cual la agarra por el pelo para detenerla, de forma que la injusta agresión continúa en tal dependencia, sin que este dato espacial lo haya buscado de propósito la que se encuentra siendo brutalmente golpeada. Y a partir de ahí, la contundencia de la agresión es de tal envergadura, que la “cascada de puñetazos” (en el rostro de la víctima), llega a producirle la rotura de los huesos de la nariz, lo que supone que “se estaba poniendo en serio peligro la integridad física de la mujer”; ante tal “serio peligro”, naturalmente sobre su integridad física, toma del fregadero de la cocina, que se encuentra a su alcance, un cuchillo, y con él, asesta una puñalada a H. “para zafarse de los golpes que estaba recibiendo” y “se lo clavó en el pecho a la altura del corazón”. Así, pues, ni pudo avisar a los moradores de la vivienda, los cuales sin embargo escucharon los gritos y los golpes, porque lo primero que quiso hacer fue avisar precisamente a la policía. Y cuando se le impide violentamente la salida a la calle, es objeto de una cascada de puñetazos en la cara que ponen en serio peligro su vida y reacciona tomando para defenderse lo que se encuentra a su mano, un cuchillo, y con tal instrumento realiza una actividad defensiva, clavándoselo a su agresor a la altura del pecho, sin que podamos exigir a la víctima que calcule racionalmente el lugar que ha de juzgarse menos lesivo, como los brazos o las piernas, porque tal situación anímica, de terror y pánico, impide que puedan tomarse serenamente decisiones que no son posibles cuando la tragedia acecha sobre el espíritu de quien se defiende, precisamente ante situaciones que hacen temer razonablemente por la vida o integridad física del acometido” (F. J. 2º)

Aunque no es propiamente una eximente, la **excusa absolutoria prevista en el art.268 CP**, es examinada en la **STS 22-10-2010 (Rc 834/10)**, indicándose que no concurre cuando el delito patrimonial ocurre cuando ya existía un procedimiento judicial de divorcio promovido por la mujer del acusado.

Respecto a la **circunstancia mixta de parentesco**, prevista en el art.23 CP, la **STS 19-10-2010 (Rc 10526/10 P)**, tras un amplio recorrido jurisprudencial de la cuestión ,concluye recordando que en la actualidad deberá concurrir, cuando se trata de parejas casadas o de hecho, los dos criterios siguientes, como imprescindibles para la estimación de la circunstancia:

a) El dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada.

b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida a que se refiere la circunstancia anterior.

Y como en el caso, el primer punto no se discutía , se trataba de ver el tipo de delito cometido, que fue un delito de violencia física o psíquica habitual dentro del ámbito doméstico y un delito de homicidio cometido en la persona de la esposa, lo cual “revela que el delito no se habría cometido al margen de los lazos que ligaban a los cónyuges”. Y de ese modo, se aplica el mencionado artículo con el carácter de agravante, conforme a una conocida doctrina jurisprudencial.

1.2 Culpabilidad. “Actio libera in causa”. Dolo eventual.

En materia de culpabilidad, uno de los elementos esenciales de todo delito, examinaremos una resolución que trata del infrecuente tema de la **actio libera in causa** y otra sobre el **dolo eventual**.

En la **STS 2-11-2010, Rc 589/10** se expone de modo amplio la doctrina la doctrina sobre la “**actio libera in causa**”, en la que el sujeto, previendo su falta de valor para cometer el hecho que pretende, o suponiendo que fruto de su estado mental, será incapaz de alcanzar a comprender el sentido de la norma, realiza los actos conducentes a la puesta de un estado mental que no podrá controlar, de manera que el sujeto es consciente, previamente, que si se hubiera conducido de forma diferente, no se podría cometer el hecho criminal, que por otro lado desea, o admite como posible. Y que se encuentra prevista en el párrafo segundo del apartado 1º del art. 20 del Código penal el cual dispone que “el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”. Y de igual forma, se disciplina en su número 2º, en el sentido de que se encuentra igualmente exento de responsabilidad penal “el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión...”

Por otro lado, en la sentencia en cuestión se diferencia entre la *actio libera in causa* de los supuestos de inimputabilidad sobrevenida (esto es, sin la intervención culpable del autor). En tales casos, como ha señalado nuestra jurisprudencia, no se aplican los principios de la *actio libera in causa*, dado que el autor no se ha utilizado a sí mismo como instrumento de su «propia autoría

mediata». Se trata de supuestos en los que la doctrina dominante ha entendido que el autor será punible por el delito consumado, siempre y cuando no haya tenido lugar una desviación esencial del nexo causal y haya dado comienzo a la ejecución siendo capaz de culpabilidad. Como se ha puesto de manifiesto por prestigiosos autores, «el que decide matar a otro y ya durante la preparación sufre un ataque epiléptico que excluye la culpabilidad, si comete el hecho en este estado no habrá obrado dolosamente pues en tal caso no se puede apreciar una realización responsable de su plan».

Concluyéndose que la teoría de la *actio libera in causa* parte de una previa capacidad de culpabilidad del sujeto que pierde conscientemente para cometer el hecho, bien por falta de valor para ejecutarlo, bien como consecuencia de ponerse a cubierto de una posible responsabilidad criminal por su estado de incapacidad mental, buscándose, como dice el Código penal italiano, “una excusa”, por lo cual, no puede ser aplicada a situaciones de alteraciones o anomalías mentales *permanentes*, es decir, enfermedades mentales crónicas o muy cronificables, pues en tales supuestos el sujeto es inimputable con anterioridad a dar comienzo a la ejecución del hecho, sin que pueda controlar, o no, su disposición a liberar una causa de excepción a su responsabilidad criminal, lo que no sucede, por el contrario, ni en el propio trastorno mental transitorio, ni en la drogadicción o en sustancias de efectos análogos, razón por la cual el sistema legal responde a una explicación científica, y por ende, el motivo no puede ser estimado». (F. J. 2º)

En la **STS 18-11-2010 (Rc 1406/10)**, se considera la no concurrencia de **dolo eventual**, en un caso en el que lo que el relato muestra es que un lanzamiento de un vaso a “cierta distancia”. Ello, atendido que el proyectil no era una bala o elemento semejante y que el mecanismo de impulso no era un arma o instrumento similar, determinaba que el riesgo creado ofrecía alternativas muy diversas de intensidad lesiva en relación con el punto y la fuerza del impacto. Por ello, el pronóstico concreto atribuible al movimiento corporal querido por S. no tenía porque encerrar una alta probabilidad de que el vaso impactara en el ojo de T. con grave lesión.

En consecuencia y aunque ciertamente el art. 149 CP no exige actualmente un dolo directo y bastaría para aplicarlo un dolo eventual, esa última clase de dolo tampoco se desprende del *factum* y la Audiencia aplicó correctamente el art. 152: lesiones por imprudencia grave con referencia al art. 149.

2. Abuso sexual.

Entre las sentencias que se han ocupado de esta modalidad de delito contra la libertad sexual, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo ha ratificado su criterio en relación a cuestiones consideradas conflictivas.

Así, la **STS 27-10-2011 (Rc 641/10)** recuerda que **acceso carnal** incluye acceder y hacerse acceder; la **STS 9-2-2011 (Rc 1378/10)**, se refiere a que los **tocamientos** que afectan a zonas erógenas o a sus proximidades con

inequívoca significación lúbrica, integran el delito de abuso sexual y la **STS 08-11-2010 (Rc 1101/10)** considera inexistente la agravante de superioridad por el mero hecho de existir 13 años de diferencia, entre agresor y víctimas, a pesar de tratarse del profesor de baile y ser éstas unas jóvenes de poco más de catorce años, pues para su estimación “hubiera sido necesario que se precisara el alcance y significación de esa “mayor experiencia vital” a que se alude –por el recurrente- de forma tan vaga”.

3. Agresión sexual.

En relación al delito de agresión sexual, algunas de las sentencias de mayor interés han sido las que han abordado aspectos no estrictamente sustantivos sino relacionados con cuestiones como la autoría o los concursos delictivos.

En concreto, la **STS 30-09-2010 (Rc 953/10)** considera que la responsabilidad del acompañante, en relación al supuesto agravado de actuación conjunta de dos o más personas, prevista en el **artículo 180 1. 2ª** CP, no le hace merecedor de la aplicación de tal subtipo agravado cuando es cooperador necesario de la agresión sexual ejecutada por otro.

Y la **STS 07-12-2010 (Rc 617/10)** considera que no es aplicable la doctrina general del concurso con las lesiones, cuando la violencia ejercida se limitó a sujetar fuertemente las muñecas de la víctima o producirle una contusión en la mano, por la que ni siquiera se reclamó.

4. Apropiación indebida

Previsto en los artículos 252 a 254 CP, el delito de apropiación indebida ha originado en el pasado año judicial, algunas resoluciones dignas de traerse a esta *Crónica*.

Así, la **STS 19-10-2010 (Rc 647/10)**, trata del caso de la **disposición de dinero en cuenta bancaria de titularidad indistinta** en un caso en que había dos propietarios, el acusado y la denunciante que habían depositado el dinero en una cuenta corriente conjunta. La sentencia considera que el acusado no tenía derecho a disponer de todo el dinero depositado en la cuenta corriente, al margen de que hubiera incumplido los fines para los cuales el padre de su novia había prestado su consentimiento a avalar el préstamo. Es decir, la mitad de dicha suma era propiedad del acusado y podía disponer sin sanción penal de la misma. Pero no la otra mitad. Esa mitad era de la denunciante, a pesar de que estaba en una cuenta corriente de la cual el acusado podía disponer.

Y por su parte, la **STS 22-09-2010 (Rc 283/10)** se refiere a un supuesto de **venta de inmueble sin recepción del precio por su propietaria**, realizada en virtud de un apoderamiento existente, lícito y regular, en el que, por tanto, hubo una apropiación de un activo patrimonial, esto es, del precio de la venta del inmueble efectivamente dispuesto con el poder vigente al tiempo de la actuación de las facultades de disposición no revocadas.

Lo más interesante de la resolución son las consecuencias de la venta. Esta es lícita y válida jurídicamente pero dada la connivencia entre el comprador y vendedor, ambos condenados como cooperador y autor, respectivamente, no cabe dar por válido el valor, 42070 euros, del activo patrimonial objeto de la apropiación y deberá determinarse su verdadero valor en ejecutoria de sentencia, y en esa cantidad deberá ser indemnizada la perjudicada o, con carácter preferente, si las partes del contrato así lo convienen, en el mismo inmueble mediante la retroacción del contrato. En caso de seguirse la primera opción, esa cantidad deberá incrementarse con los intereses procedentes desde la fecha de la enajenación.

5. Blanqueo de capitales.

Sobre el delito de **blanqueo de capitales**, se han dictado diversas resoluciones sobre cuestiones de interés, tales como: la organización en estos delitos, **STS 10-03-2011 (Rc 2004/10)**, el elemento finalístico, **STS 6-10-2010 (Rc 10825/09 P)** o la acreditación del delito por medio de la prueba indiciaria **STS 23-09-2010 (Rc 10035/10 P)**. De ellas, destacamos las dos últimas.

La **STS 6-10-2010** recuerda que el tipo previsto en el **art.301 CP** requiere:

*“realizar cualquiera tipo de acto que tenga alguna de las **finalidades típicas** consistentes en ocultar o encubrir aquel origen o -como modalidad de encubrimiento-, procurar que quien participó en la infracción no eluda las consecuencias de su responsabilidad penal respecto de dichos bienes.”*

Por tal razón, si “los hechos probados no proclaman que la entrega de dinero que atribuye a la recurrente tuviera esa finalidad, (pues) expresamente se proclama muy diversamente que el objetivo era lograr ciertos comportamientos de los otros tres coacusados”, es obvio que no puede concurrir el delito aunque se entendiera que también de esa forma se introducía en el mercado dinero de ilícita procedencia, ya que la especificidad del caso en cuestión deriva de que esa entrega ya se erige en el comportamiento que se valora constitutivo de cohecho e inducción al falso testimonio.

Y en cuanto a la **STS 23-09-2010** sobre acreditación del delito por **prueba indiciaria**, se recuerda la doctrina en la materia que recoge como **indicios más habituales**, los siguientes:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.

d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.

e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.

f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.

g) La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas". (F. J. 18º)

6. Coacciones.

En cuanto al delito básico de los que atentan a la libertad de autodeterminación, la **STS 27-01-2011 (Rc 10755/10P)**, recuerda de modo preciso y completo, los elementos del delito de coacciones: "1º) una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2º) cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3º) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta (art. 620 C.P.); la STS 1181/97, de 3 de octubre, insiste en la intensidad de la violencia como nota diferencial; 4º) que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler; y 5º) una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente (SS.T.S. 1382/99, de 29 de septiembre; 1893/2001, de 23 de octubre; y 1367/2002, de 18 de julio). El cual (el agente del hecho) no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (SS.T.S. 1379/97, de 17 de noviembre; 427/2000, de 18 de marzo; y 131/2000, de 2 de febrero)". (FJ. 5º).

7. Delitos contra la Administración de Justicia.

En relación a los delitos contemplados en el Título XX del Libro II del CP, denominados "Delitos contra la Administración de Justicia", merece destacarse el **delito de realización arbitraria del propio derecho**, previsto en el art. 455 CP, tratado por la **STS 1-2-2001 (Rc 1739/10)**, respecto al clásico tema del **cambio de cerradura** por el propietario que tiene arrendada la vivienda, en cuanto se le absuelve de tal delito.

Y así, tras recordarse los elementos del tipo, se examina el caso concreto, considerando inexistente el delito, ya que : "cuando el propietario realiza la entrada y el posterior cambio de la cerradura la vivienda que había sido entregado para uso de los compradores durante el tiempo de la construcción de la que se adquiriría en el contrato, había sido abandonada de

ese uso un año antes y desde esa fecha había sido convertida en almacén, es decir, para un destino distinto de aquél para el que fue entregada”.

En consecuencia, no resulta acreditado el contenido del injusto típico de la realización arbitraria del derecho a la medida en que el apartamento sobre el que se actúa había sido abandonado como vivienda, no se gozaba de servicios de luz y agua, por lo que la entrega pactada para vivienda ya no existía.

Por ello, “no resulta acreditado que el acusado tratara de realizar un derecho propio fuera de los cauces previstos en la ley, pues razonablemente puede tratarse de un supuesto de extinción de la relación contractual para la que se entregó el goce del apartamento, para vivienda no para almacén, y ese abandono de la finalidad del contrato aparece documentado en la causa mediante el cese en el pago de los compromisos adquiridos, lo que implicaba un abandono del contrato”. Además, concluye la resolución, “no se emplearon en el hecho las formas de actuación típica del art. 455 del Código penal”. (FJ. Único).

8. Delitos contra la Administración Pública.

Los intereses públicos, protegidos por los delitos contra la Administración Pública, han encontrado en el pasado año judicial, la debida tutela por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo, como queda de manifiesto en las dos sentencias a que hacemos, seguidamente referencia:

En la **STS 10-11-2010 (Rc 305/10)** se examina el **delito de abuso en el ejercicio de sus funciones, consistente en solicitud sexual por parte de funcionario de prisiones, previsto en el art.443.2 CP**, respecto al cual, la Sala afirma: “ La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2º del Código Penal castiga al funcionario de Instituciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda”

Seguidamente se entra a analizar si en el caso existió o no “solicitud sexual”, indicándose: “Según el diccionario de María Moliner, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona”.

Posteriormente, se dice: “es evidente la acción típica consistente en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad”, a lo que se añade que “Las referencias explícitas al impacto que le producían sus ojos y que tenía una boca para besar, van seguidas de un inequívoco propósito de solicitar sus favores sexuales, conminándola con amenazas que, si siempre

son intolerables mucho más para un funcionario de prisiones respecto de las personas de las que tiene encomendada su custodia”.

Por todo ello se concluye: “El reproche penal y social deben ser incuestionables, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y su marido». (FJ. 1º).

Por su parte, en la **STS 28-02-2011 (Rc 2253/10)** se examina un caso de **infidelidad en la custodia de documentos**, en la que se cuestionaba el grado de ejecución del delito.

Y así, con apoyo en la STS 311/2003 se sostiene que "no puede excluirse apriorística y generalizadamente, por la propia naturaleza de la figura, la posibilidad de formas imperfectas de su ejecución". Ello, porque en términos generales la posibilidad de la tentativa no ha sido cuestionada cuando el tipo del delito está estructurado sobre la base una acción que debe producir una modificación en el mundo exterior, como sucede en el caso del art. 413 CP, dado que la destrucción, el ocultamiento y la inutilización del documento implican claramente una modificación en el mundo exterior.

En el supuesto de la sustracción de documentos, que en el presente caso es el paso previo a la destrucción que habrían sufrido junto con el resto del contenido del contenedor de la basura, cabe hablar de un delito consumado ya que **la sustracción de los documentos se consuma cuando la cosa es sacada del ámbito de custodia de su titular y se constituye sobre ella un nuevo ámbito de custodia del autor**. Consecuentemente, en el presente caso el delito está consumado, dado que el acusado sacó los documentos del ámbito de custodia en el que se encontraban, el Juzgado, y constituyó sobre ellos, en forma contraria al deber que le incumbía, su propio ámbito de custodia, lo que le permitió decidir sobre el destino a darles.

En consecuencia no puede ofrecer ninguna duda, dado que “la propia ley admite que quien tiene un deber especial de custodia puede cometer el delito de infidelidad en la custodia de documentos”. (FJ. 2º).

9. Delitos contra la Seguridad Vial.

A pesar de la voluntad legislativa de configurar estos delitos como tipos predominantemente objetivos, los aspectos culpabilísticos no pueden faltar y son, éstos, precisamente, los supuestos que originan las sentencias de mayor interés.

Así, la **STS 08-10-2010 (Rc 10312/10P)** se ocupó del **dolo eventual homicida** en un caso en que el conductor de un vehículo circuló por una carretera en sentido contrario a lo largo de 12,850 Km, chocando con dos automóviles y una motocicleta, produciéndose a resultas de tales hechos dos muertos y dos heridos.

En la resolución, se afirma la presencia de dolo eventual, en base a estos argumentos:

“En el supuesto enjuiciado no sólo cabe hablar de dolo de peligro concreto como señala la defensa, sino también de dolo eventual de lesión. Y es que al conocer el acusado la gravedad del peligro concreto, escenificado en los coches que casi lo rozaban al pasar y en las maniobras que tenían que hacer para esquivarlo, tenía la obligación de tomarse en serio ese peligro y abstenerse de conducir en dirección contraria por una carretera de circulación densa y rápida. Máxime cuando no concurrían elementos objetivables que neutralizaran el riesgo ya que en ningún momento se hizo referencia a ellos.

Al conocer el grado muy elevado de peligro concreto que estaba generando, tuvo que captar *-ex ante-* necesariamente el eventual resultado (“iba cagado de miedo”, según sus propias palabras). Y si lo percibió y no desistió de su comportamiento arriesgado, sólo cabe concluir que, en contra de lo que alega la parte recurrente, sí estaba asumiendo o aceptando ese resultado muy probable en que acabó materializándose el riesgo.

Por consiguiente, ha de concluirse que el autor actuó con dolo eventual homicida. E igualmente, y por los mismos argumentos, ha de hablarse de dolo eventual de lesión y no de culpa consciente con respecto a las víctimas que viajaban en la motocicleta, que resultaron con graves lesiones” (FJ 1º)

Y en la **STS 08-10-2010 (Rc 10312/10P)**, se examina la capacidad de quien padecía un **trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar** para concluir que

“Aun partiendo de la circunstancia de que el acusado tuvo conocimiento del riesgo que generaba con su temeraria conducción y también de la antisocialidad de su conducta, tal componente cognoscitivo no era suficiente para que ajustara su comportamiento a las exigencias del mensaje normativo, porque en ese momento estaba siendo víctima de un delirio propio de su enfermedad que le impedía atender al mandato legal y le obligaba a orientarse por el objetivo patológico e irracional que le marcaba la idea delirante. En vista de lo cual, difícilmente puede concluirse que tenía una capacidad parcial para ajustar su conducta a los imperativos legales.

Por consiguiente, aunque se aceptan los presupuestos que expresa la Audiencia en su sentencia sobre el estado psíquico del acusado (que padece un trastorno esquizoafectivo tipo bipolar y que se hallaba cuando ejecutó los hechos en fase maníaca con ideas delirantes de control e influencia), no puede admitirse en cambio su inferencia de que tenía capacidad parcial para ajustar su conducta a las exigencias normativas. Por el contrario, se considera que tal capacidad se hallaba anulada en el presente caso por el nuevo hecho que percibió debido al delirio y por el impulso patológico que sentía en orden a cumplimentar el deber que le imponía el proyecto delirante”. (FJ. 2º).

10. Delito electoral.

Tampoco han faltado sentencias que hayan abordado el delito electoral, uno de los escasos delitos que se regulan en una ley especial, cual es la LOREG, Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio.

En tal sentido, damos cuenta de estas dos: **STS 25-03-2011 (Rc 2349/10)** y **STS 18-11-2010 (Rc 307/10)**.

En la primera, con revocación de lo dispuesto por la Audiencia, se condena a quienes habían participado en una manifestación a favor de votar no en el **referéndum consultivo sobre la Constitución Europea**, celebrado el 20 de febrero de 2005, celebrada durante la jornada de reflexión de la víspera por entender que el procedimiento de referéndum debe considerarse incluido en la expresión "régimen electoral general", del que forma parte el Cap. VIII de la LO 5/1985 de Régimen Electoral General, donde se describen las conductas constitutivas de delito electoral, en postura que cuenta con diversas sentencias en dicho sentido, como son las n° 1095/2007, de 28 de diciembre; 246/2007, de 15 de marzo; y 22/2007, de 22 de enero, entre otras, en las que se habían considerado delitos electorales del art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General, conductas de falta asistencia a la formación de las mesas electorales de censados designados al efecto.

Y en la segunda, se parte de la naturaleza del delito electoral, «Estamos ante un delito de omisión... de los denominados de *omisión propia*», en los que, conforme a la muy reiterada doctrina, debemos contemplar la concurrencia de los siguientes tres elementos: a) existencia de una situación prevista en la ley y, por ello, típica; b) la ausencia del comportamiento que era impuesto según la norma y c) que el sujeto tenga la capacidad para realizar ese comportamiento. A lo que ha de añadirse el elemento subjetivo con sus componentes cognitivo y volitivo.

Y se analiza la posible **causa de justificación** del cumplimiento de lo prescrito en el art. 80 de la LOREG que establece que *"El Presidente, los dos Vocales de cada Mesa Electoral y los respectivos suplentes, si los hubiera, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente"*. Concluyéndose que la no realización de ese comportamiento, sustituido por el de permanecer en otro lugar, para que pueda ser considerado causa de justificación, debe ser acreditada por el sujeto activo de la acción omisiva típica, no por parte de la acusación, a la que no se le puede exigir la carga de una prueba negativa ("probatio diabólica") como es la acreditación de la inexistencia de la causa justificativa del incumplimiento del deber cívico que impone -y sanciona- la norma». (FJ. 2º).

11. Delitos societarios.

En cuanto a sentencias sobre delitos societarios, cuyas conductas se recogen en los artículos 290 a 295, ambos inclusive, del CP, en el pasado año

judicial se ha dictado una interesante sentencia sobre la **interpretación del art. 293 CP**, que, como se sabe, dice:

“Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

En efecto, la **STS 29-10-2010 (Rc 462/10)**, con cita de la jurisprudencia en la materia (**SSTS 1351/2009, de 2 de diciembre, 42/2006 de 27 de enero y 796/2006, de 14 de julio**), considera cumplidos los requisitos del precitado artículo en un caso en que “El Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico tercero, se refiere a los requerimientos notariales hechos al acusado, en su condición de administrador único de la entidad A P, S.L., en relación a la Junta General extraordinaria convocada para el día 25 de junio de 2002, para que les facilitara documentación relativa a los puntos del orden del día incluidos en esa Junta, sin que facilitara los datos requeridos ni antes ni en el acto de su celebración, especialmente en lo que se refería a la aprobación social de la administración que ejercía el acusado, señalando el comportamiento reiterado y persistencia del acusado en negarse a dar cuenta de su gestión hasta el punto que desobedeció los diversos mandamientos judiciales en ese sentido tanto en procedimientos civiles seguidos contra él por los socios oponentes como en esta causa, actitud obstruccionista que se mantuvo hasta la presentación del escrito de conclusiones provisionales de su defensa. “

Por eso, se dice, esos elementos y los que describen las sentencias de esta Sala a las que se ha hecho mención se pueden apreciar en la conducta del acusado que, como se razona por el Tribunal de instancia, **negó la información requerida, cuyo objeto era el ejercicio del derecho de información por parte de los socios y sin que concurriera causa legal que justificara la negativa**. Asimismo pone de manifiesto la sentencia recurrida el **comportamiento impeditivo persistente y reiterado del acusado a rendir cuentas de su gestión** y concretado en relación a la Junta de 25 de octubre de 2002». (FJ. 2º).

Por otro lado, la **STS 30-3-2011 (Rc 2209/10)**, decide que no supone el **delito previsto en el art.295 CP**, por faltar el elemento típico consistente en la causación de un perjuicio económicamente evaluable, en el caso que se examina.

Se trataba de una opción de compra sobre un inmueble, lo cual, dice la resolución “implica la atribución de unos determinados derechos al titular, suponiendo al tiempo una limitación de las facultades dominicales del propietario, siquiera sea en cuanto a la imposibilidad de retener en su poder el bien afectado si el titular de la opción decide ejecutarla, y en cuanto al precio, en ese caso, ya convenido de antemano. La Sala Civil del Tribunal Supremo ha señalado en la STS nº 607/2009 (Civil), que “...la opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del

vendedor de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado de modo que, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho...”. Es claro que tal atribución de derechos a una parte y correlativa limitación de facultades a la otra tienen un contenido económico, que ordinariamente se traduce en la contraprestación que corresponde aportar a quien resulta beneficiado como titular de la opción”.

Pero como en el caso en cuestión existía contraprestación, la inexistencia de perjuicio desde el punto de vista penal, impide la aplicación del delito, sin perjuicio de que si existieran diferencias sobre el contrato, se sustanciaran en vía civil.

12. Detención ilegal.

Sobre uno de los delitos clásicos, por antonomasia, el de detención ilegal, la **STS 23-2-2011 (Rc 10647/10 P)**, examina la siempre vidriosa cuestión del **concurso con el delito de robo** y la concurrencia del **subtipo agravado previsto en el art.165 CP**.

Sobre la primera cuestión, se dice: “En reiterados precedentes jurisprudenciales hemos entendido que la privación de libertad queda absorbida en la dinámica propia del robo, cuando el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SS. de 28-9-1989, 3-5-1990, 21-10-1991, 22-11-1991, 24-11-1992, 1018/1993, de 3-5, 1122/1993, de 18-5, 1354/1993, de 4-6, 1959/1993, de 10-9, 745/1994, de 7-4, 23-5-1996, 6-7-1998, 11-9-1998, 27-12-1999, 408/2000, de 13-3 y 157/2001, de 9-2).

No es este el supuesto en el que los acusados, conscientemente, privan de libertad a las víctimas con una finalidad propia de la privación de libertad y en esa situación es cuando surge, en un momento posterior, la idea de sustracción de efectos, que no ha sido objeto de acusación y que de haberlos sido, hubieran concurrido en régimen de concurso real”. (FJ. 10º).

Y “Con respecto a las agravaciones del art. 165 del Código penal –se concluye- debe ser estimada la que resulta de la realización del delito sobre menores de edad, en los términos que señalamos en el primer fundamento de esta Sentencia. En lo referente a la realización del hecho simulando ser autoridad o sus agentes, resulta del hecho probado que uno de los autores de la acción delictiva, que actuaba de común acuerdo con los otros tres, simuló ser funcionario policial, llevando una placa identificativa y pistolas, que luego resultaron ser inauténticas, y grilletes policiales, haciendo seguir en el vehículo

a la mujer e hijos del detenido, afirmando dirigirse a la central, en clara referencia a una dependencia policial. La simulación es clara y su comunicabilidad a los intervinientes patente, en la medida en que se trata de una circunstancia que incide en la dinámica comisiva del hecho”. (FJ. 9º).

13. Estafa.

Uno de los delitos que cuenta con más resoluciones casacionales, es la estafa, en sus diversas modalidades.

Así, la **estafa procesal**, aparece bien representada por las **SSTS 28-02-2011 (Rc 1846/10) y 24-2-2011 (Rc 805/10)**.

En la primera, se recuerdan sus elementos:

1º. Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial;

2º. Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el juez o tribunal que ha de conocer del proceso;

3º. El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses;

4º. Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (en el mismo sentido la STS. 1980/2002 de 9 de enero).

Y se considera concurrente el delito al declararse probado, “que el ahora recurrente, concertado con el también acusado Sr. C. han provocado error, mediante la presentación de una escritura de cesión de usufructo que no respondía a la realidad, en el Juez que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria y del procedimiento de menor cuantía, y consiguieron mediante ese engaño que se dictasen resoluciones judiciales” que perjudicaron los intereses económicos de la otra parte.

Y en la segunda, se estima no concurre el delito ya que la acción desplegada no resultó eficaz por lo que se considera inidóneo el engaño, pues –dice la resolución– en el presente caso “ no existía ninguna posibilidad real de que la puesta en escena que origina la incoación de las diligencias pudiera sobrepasar la fase intermedia, de forma que puede concluirse que el engaño nunca fue idóneo para inducir a error al órgano jurisdiccional que podía resolver incorporando un acto de

disposición causante del perjuicio, por lo que desde el inicio no se cumplían las exigencias de la estafa”. (FJ. 21º).

En la **STS 3-11-2010 (Rc 10403/10P)**, se examina quién sea el **perjudicado** de una posible estafa en un contrato de **leasing**, diciéndose que:

“(…) Este contrato cumple una función económica social consistente en transmitir el uso con opción de compra al concesionario a través de una operación financiera que no queda en la esfera externa del contrato sino que por el contrario, se incrusta en el mismo núcleo de la causa del contrato. Es precisamente esto último lo que individualiza el leasing frente a los contratos tradicionales de transmisión de bienes en los que, o bien no existía una operación financiera, como es el caso de arrendamiento o si existía, caso de la compraventa, no formaba parte del contrato ni se incorporaba a su causa, en el leasing hay un contrato con causa única y compleja constitutiva de un único contrato y no ante una pluralidad de causas, que llevaría a afirmar la pluralidad de contratos.

Partiendo, por tanto de esa naturaleza del arrendamiento financiero, constando que la entidad recurrente suscribió un contrato de esta naturaleza con la persona a quien la sentencia impugnada considera perjudicada, para la obtención de un vehículo, efectuando aquella una transferencia bancaria a favor de la sociedad de los acusados por un importe de 58.000 E, precio del vehículo, dentro del esquema tripartito del leasing no puede negarse la condición de perjudicado”.

Sobre la modalidad de estafa prevista en el **art. 251 CP.**, el cual dispone: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero”, la **STS 01-02-2011 (Rc 1643/10)** lo aplica en un caso en que “el intento de adquirir la parcela en donde se pretendía construir el edificio, es decir, convertir en una verdad *future* lo relatado como apócrifo, no transmuta la mentira en verdad. Y ello porque cuando se afirmó que la parcela era propiedad de la empresa vendedora, era rigurosamente inexacto, o dicho de otra manera, mendaz. De otro lado, y como bien argumentan los jueces “a quibus”, pudo el acusado tener intención de adquirirla más adelante, pero es lo cierto que no lo hizo, porque comparecieron los propietarios de la parcela al juicio oral explicando “no haber vendido nunca el terreno a R. N, S.L.”, y lo corroboró otro testigo que sí adquirió tales terrenos, quien dijo se lo ofreció al acusado, concediéndole una opción de compra que “jamás llegó a ejercitarse”, al faltarle “los fondos necesarios para la compra”. De manera que en el momento del contrato criminalizado, ni la entidad representada por el acusado era propietaria de tal finca registral, ni la adquirió después”.

Y del mismo modo, la **STS 29-10-2010 (Rc 462/10)** considera aplicable dicho precepto en un caso en el que consta “cuantos elementos tipifican esta conducta en cuanto el acusado se atribuyó unas facultades de disposición de las que carecía sobre unas participaciones sociales de la entidad de la que era administrador que pertenecían a la sociedad C. R., S.L., participaciones que se

adjudicó a su favor a los efectos de aumentar su porcentaje en la sociedad, ocasionando con ello el consiguiente perjuicio a la entidad perjudicada que vio muy reducida su real participación en la sociedad, hechos que se declaran probados y que deben permanecer inalterables, dado el cauce procesal esgrimido”.

14. Extorsión.

Dentro de los delitos contra el patrimonio, el capítulo III del Título XIII, contiene, en solitario, el delito de extorsión, regulado en el art. 243 CP, mediante el cual se castiga a quien “con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero”.

Elemento esencial, como se comprueba, es el elemento subjetivo del tipo, cuestión tratada en la **STS 27-01-2011 (Rc 10755/10P)**, del siguiente modo:

“El delito de extorsión requiere como elemento del tipo subjetivo la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La jurisprudencia ha entendido (entre otras STS nº 712/2005, de 8 de junio) que por ánimo de lucro debe entenderse “cualquier provecho o utilidad que pretenda obtener el sujeto activo de la infracción, tanto sea para sí mismo como para un tercero”. (FJ. 6º).

15. Falsedades.

De las diversas resoluciones que han examinado cuestiones relativas a los delitos de falsedad documental, seleccionamos dos que consideramos interesantes.

La **STS 27-10-2010 (Rc 321/10)** que considera materia idónea de falsedad, la **fe pública notarial** pues “es el más acreditado contraste de veracidad que existe en las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas, singularmente en el campo de los contratos y de los negocios, por ello –dice la STS. 3.4.2002- la intervención del Notario en cualquier negocio jurídico es sinónimo de veracidad de lo ante él expresado, y por ello cuando quiebra tal presunción de veracidad, sufre y se quiebra la seguridad jurídica y la autenticidad del tráfico jurídico por este solo hecho”, aunque luego absolviera a los acusados en el caso.

Y la **STS 31-01-11 (Rc 1546/10)**, que se refiere al **aval incorporado a un negocio jurídico** que considera falsedad en documento mercantil dado que “Queda fuera de toda cuestión que el aval presentado tenía apariencia de veracidad, como lo evidencia el que los compradores accedieran a otorgar el contrato convencidos de la garantía que representaba el aval, como igualmente accedieron al aplazamiento tras la entrega del segundo de los avales, y esa apariencia de veracidad viene corroborada por el dictamen pericial emitido, no respondiendo a la realidad lo esgrimido por los acusados acerca de que la falsedad no tuviera entidad para alterar el tráfico jurídico”.

16. Homicidio.

El delito número uno de los que recoge el Código Penal, es sin duda el de homicidio, no sólo por afectar al derecho básico y más importante de toda persona sino por ser, además, el que encabeza el contenido de los delitos albergados en el Libro II del CP., donde se recogen las conductas calificadas de delito en nuestro ordenamiento penal.

Pues bien, entre las sentencias dictadas sobre el art.138 CP (“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”, escogemos las **SSTS 26-01-2011 (Rc 10522/10P)** y **26-11-2010 (Rc 592/10)**.

La **STS 26-01-2011**, analiza el caso de la conducta realizada por quien asfixia a una persona que padecía cáncer de laringe. En ella se plantea el significado y eficacia de la doctrina de la **imputación objetiva**.

Y así, aunque los agresores no conocían dicho extremo, se recuerda que “una determinada enfermedad de la víctima, [ello] no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva” (STS nº 266/2006, de 7 de marzo). De esta forma, la existencia de otros elementos causales concurrentes desde el punto de vista de la causalidad natural no impiden la imputación objetiva del resultado, siempre que pueda afirmarse que la conducta imputada ha sido creadora de un riesgo, jurídicamente desaprobado, en cuyo marco se ha producido la concreción de aquel resultado.

En el caso, los hechos ponen de manifiesto cómo “ambos recurrentes atacaron a la víctima conjuntamente, echándole una manta por encima, rodeándole el tronco con un cable y golpeándolo y presionándole el cuello para inmovilizarle, hasta que dejó de moverse según se precisa en la fundamentación jurídica, dejándolo tirado en el suelo, con una segunda manta y un jersey colocados sobre su cabeza. La presión en el cuello tuvo la intensidad suficiente para provocar una extravasación sanguínea en el músculo tiroideo derecho”.

Pero, según el informe de autopsia, a la asfixia contribuyó la existencia de un tumor laríngeo que ocluía parcialmente las vías respiratorias. Pues bien – dice la sentencia de nuestro más Alto Tribunal–“Objetivamente... la compresión en el cuello es apta para causar la muerte por asfixia, si se mantiene durante el tiempo necesario con una mínima intensidad. Es, pues, una conducta que ordinariamente crea un alto riesgo para la vida, dependiendo la concreción de los parámetros antes aludidos, relativos a la intensidad y al tiempo, de las circunstancias del caso concreto, entre ellas, las relativas a las condiciones físicas de la víctima. “

Consecuencia de ello, es que “**la existencia de otro elemento causal**, en el caso el mencionado tumor en la laringe, aunque facilite el resultado en el sentido de que la presión sobre el cuello no precisa ni tanta intensidad ni tanto tiempo, según se menciona en la sentencia, **no disminuye la relevancia de la**

acción de los recurrentes en orden a la creación del peligro para la vida, pues dicha forma de agredir a la víctima, dado el lugar y la fuerza empleada, suponía, de todos modos, una alta probabilidad de obstruir las vías respiratorias y, en consecuencia, implicaba un alto riesgo para su vida, que además objetivamente se incrementaba al dejar a la víctima con la cabeza tapada por una manta y un jersey.”

Por lo tanto, se concluye, establecido, de un lado, que la conducta es adecuada para la creación de un alto riesgo de producción del resultado y que éste se produjo dentro del marco del riesgo creado, y, de otro, que la idoneidad de la acción en el sentido expuesto era conocida por los acusados que, pese a ello, la ejecutaron, **nada impide la imputación del resultado en el dolo eventual.**

La **STS 26-11-2010**, por su parte, analiza el **dolo de muerte**, en un caso en que dicho resultado no se produjo si bien “alcanzó la pleura y el cuello de una de las víctimas y se dirigió al pecho del otro agredido”.

El minucioso examen de los hechos declarados probados, lleva a la Sala a afirmar que nos encontramos ante un supuesto de tentativa de homicidio, en base a dos razones fundamentales: a) que el autor tuvo que saber que con el arma empleada –una navaja- era posible, en ciertas circunstancias, alcanzar un órgano vital como el corazón; y b) que el hecho de no conseguir el resultado, por haberse cubierto con una mano la víctima, no impide la conclusión alcanzada pues, como en todas las tentativas, lo decisivo es lo que el autor se proponía hacer y comenzó a hacer, no lo que logró, pues es de la naturaleza jurídica de la tentativa que el dolo del autor no se haya concretado en el resultado.

17. Incendio.

La **STS 04-10-2010 (Rc 10293/10P)**, se ocupó del **delito de incendio con riesgo para las personas, previsto en el art.351 CP.**

En efecto, se indica, como afirmara la STS núm. 1263/2003, de 7 de octubre, "en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino **un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido**, (por lo que) ...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”.

Y “la consumación del delito únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas”, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas, si bien, en los casos en que la entidad del peligro sea menor, atendidas las demás

circunstancias del hecho, se concede a los Jueces o Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a la prevista en el inciso primero del artículo citado que es lo que decidió el Tribunal a quo.

Es claro –se concluye- que en el caso presente , la concurrencia del delito es patente, ya que la acción del acusado -ejecutada de modo consciente y deliberado- produjo un incendio de considerables dimensiones llegando las llamas hasta la tercera planta de los edificios "cuyos pisos y escaleras de inmediato se llenaron de humo", efecto éste, por lo general, más letal que el propio fuego, lo que obligó al abandono del edificio por parte de quienes allí residían, entre los que se encontraban personas de avanzada edad, con minusvalías y limitada movilidad. Esta situación no sólo generó un peligro hipotético, potencial o abstracto, sino concreto, definido y real a tenor de las circunstancias concurrentes.

18. Lesiones.

El delito de lesiones, mucho más frecuente que el homicidio, ha originado en el último año judicial, diversas resoluciones que ha tratado cuestiones varias de cierto atractivo doctrinal.

Sobra la **diferenciación entre las lesiones dolosas e imprudentes**, que con tanta frecuencia se solventa con el recurso al dolo eventual, para considerarlas del primer tipo, la **STS 17-9-2010 (Rc 10346/10P)**, resuelve en sentido contrario a pesar de que la conducta agresiva provenía de un arma de fuego.

En efecto, los hechos, sintéticamente se resumen en que “los disparos efectuados por el acusado también alcanzaron a Jordi M. C., que se encontraba en compañía del Sr. R. R., en el antebrazo derecho y en la cadera derecha ”...sin que se especificara“ qué lugar del fútbolín ocupaba la segunda víctima, a qué distancia se hallaba de Juan José R., ni tampoco siquiera cuál fue la distancia que había entre el agresor y Jordi”.

Pero lo más relevante no es sólo la parquedad del “factum” sino que a la descripción de los hechos y de la escenificación de la agresión “la sentencia sólo dedica cinco líneas”, omitiendo cualquier clase de argumento o razonamiento relacionado con el elemento subjetivo del tipo penal.

Por eso, se expone la doctrina sobre el dolo así **SSTS 172/2008**, de 30 de abril, y **716/2009**, de 2 de julio, 1 de diciembre de 2004 e incluso la conocida de **23-4-1992** (relativa al caso conocido como del “aceite de colza” o “del síndrome tóxico”), con toda la amplitud que encierra, así “*la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado*” y que “también parece claro

que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. “

Y se concluye con que “La traslación de la doctrina precedente al caso concreto que ahora se juzga impide acoger como probado el dolo eventual como elemento subjetivo integrante del tipo penal de los arts. 147 y 148 que aplica el Tribunal de instancia, ... pues tal como anticipamos, la sentencia no especifica la ubicación del lesionado Jordi M. en el lugar de los hechos ni la distancia entre el agresor y el agredido. Sólo se dice, y ello con respecto a la víctima fallecida, que el acusado le disparó a unos tres metros, distancia muy corta que permite barruntar que *ex ante* podía controlar la dirección de los disparos dirigidos contra un sujeto concreto, Juan R., sin necesidad de alcanzar necesariamente a un tercero”.

Así las cosas, se estima el presente motivo de impugnación, se anula la condena por el delito de lesiones dolosas de los arts. 147.1 y 148.2º del C. Penal, y se sustituye por la modalidad imprudente del delito de lesiones tipificada en el art. 152.1.1º del C. Penal.”

En cuanto a la siempre difícil determinación de las **lesiones deformes**, la **STS 6-10-2010 (Rc 431/10)** expone con cierta profundidad la doctrina, recogiendo el **Acuerdo del Pleno de la Sala de de 19 de abril de 2.002**, que estableció que si bien la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 C.P. como deformidad, este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a las posibilidades de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado, aunque en todo caso el resultado será constitutivo de delito y no de falta.

Y por su parte, en aplicación de tal doctrina, la **STS 28-12-2010 (Rc 10157/10P)**, admite su concurrencia en un caso en el que se recogen como secuelas “paresias faciales por afectación de ramos del nervio trigémino e infraorbitarios. Perjuicio estético de grado medio con alteraciones fisiológicas a nivel facial y alteración postraumática de la oclusión dental con limitaciones de la articulación temporomandibular en 2,5 cm., con importantes discapacidades sobre todo para la deglución y fonación... relato fáctico congruente con los informes médicos forenses, ratificados en el plenario, en el que se afirma la existencia de varias cicatrices, una de 38 centímetros, que une las zonas periauricular, derecha e izquierda, pasando por la zona frontal. Además, el

lesionado presenta dos cicatrices lineales, de 4 y 4,5 cms. A nivel de la región infraorbitaria tanto derecha como izquierda, una cicatriz quirúrgica, a nivel de labio inferior y cicatriz de un centímetro de tipo quirúrgico, a nivel de labio superior”

En cambio, la **STS 26-10-2010 (Rc 922/10)** considera que **no** estamos ante una **deformidad** en un caso en que hubo pérdida de piezas dentarias pues quedó acreditado que “la víctima tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca y la pérdida de todas las piezas dentarias que presentaba con anterioridad al hecho, así parece confirmarlo”.

Por ello, dado que la sentencia no cuantifica la intensidad y violencia de los golpes propinados y el “factum” no refleja tampoco una agresión tan violenta a la vista de las consecuencias, procede declarar que el Tribunal sentenciador ha subsumido correctamente los hechos en el tipo básico de lesiones del art. 147 aplicado.

En cuanto a la **distinción entre delito y falta**, la **STS 26-11-2010 (Rc 1666/10)**, indica que el elemento diferenciador del delito y de la falta es un indicador de la gravedad de la lesión requerida por el delito: la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, más que el hecho de que éste haya tenido lugar o no.

Por eso, resulta posible considerar falta la **sutura con grapas** cuando fuera innecesaria, pues la herida hubiera curado sin necesidad de dicha sutura, pero para ello debe constatarse tal extremo .

Y por último, respecto al **resultado imprudente en las lesiones**, la **STS 07-10-2010 (Rc 361/10)**, partiendo de los hechos, consistente en discusión y forcejeo mutuamente aceptado por ambos contendientes, que produce a la víctima graves lesiones que le han supuesto la práctica pérdida de visión de un ojo, examina el desaparecido brocardo “*versari in re illicita*” que hacía responsable vía dolo del resultado causado a aquél que partía de un acto ilícito inicial aunque el resultado no fuera ni querido ni siquiera imaginado, atenuando las consecuencias punitivas que se derivaban de este planteamiento con la atenuante de preterintencionalidad del art. 9-4º del Cpenal 1973.

Y dado que los hechos recogen que existió un entrecruce de insultos recíprocos que desembocaron en un forcejeo entre ambos, se afirma que no existen datos en el relato que puedan dar lugar a la realidad de unas lesiones dolosas, como se sentencia en la resolución recurrida.

Por el contrario, se dice, “esa situación contemplada en los hechos probados como la única querida debe ser calificada como constitutiva de una falta del art. 617-2º como con acierto indica el Ministerio Fiscal en su informe ya que dicha falta se refiere al “... *que golpease o maltratase de obra a otro sin causarle lesiones ...*”, y en efecto, la lesión producida a Angel con el palo de la bandera, no obstante su gravedad --pérdida de un ojo-- debe ser imputable a

título de imprudencia grave, pero el arranque ilícito consentido, no supera la indicada falta dolosa.”

19. Pornografía infantil.

En cuanto a los delitos de pornografía infantil, modificados por LO 5/2010, de 22 de junio, contamos con algunas resoluciones que tratan cuestiones de cierta controversia.

Así, en la **STS 29-11-2010 (Rc 1256/10)** se examina el tema del **archivo de material pornográfico infantil para uso propio**, en la cual, a pesar de tratarse de dos archivos tan solo, se tipifican los hechos en el artículo 189.2º, que castiga la posesión para su propio uso, de material pornográfico habiéndose utilizado para su elaboración menores de edad, si bien se opta por la pena de multa frente a la de prisión que podía alcanzar el año, por estimarse “más disuasoria la pena de multa que una prisión, que puede ser suspendida... y fijarla en seis meses a razón de seis euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses de prisión”.

La **STS 15-10-2010 (Rc 275/10)**, analiza la cuestión del **dolo** en estos delitos, para concluir en una interpretación favorable al reo, que no concurre pues no es correcto deducir su existencia del mero uso del programa, sino que es preciso, tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito.

Por eso, en el caso, se absuelve cuando el acusado ni tenía conocimiento de su difusión a terceros, ni siquiera tenía constancia de los cuatro vídeos recopilados en una carpeta de más de cuatrocientos, que desde luego no se estaban difundiendo a terceros.

Finalmente, en cuanto al **subtipo agravado de utilización de menores**, **art.189 1 a) CP**, la **STS 30-9-2010 (Rc 644/10)**, lo estima concurrente cuando se utiliza a una menor para grabar imágenes, que además del componente sexual, reflejan “una situación escatológica que produce sentimientos de asco, repugnancia y es especialmente envilecedor para la menor por la sensación de humillación y sentimiento que produce”, dado el carácter particularmente degradante y vejatorio de las mismas.

20. Prevaricación.

En relación al delito previsto y penado en el art.404 CP, que contiene la denominada **prevaricación administrativa**, la **STS 02-02-2011 (Rc 1173/10)** examina el caso de un funcionario de Hacienda sin competencia legal para los concretos actos que realizó en un determinado caso.

La sentencia aludida, tras recordar la doctrina en la materia, en relación al levantamiento de actas de infracción por funcionarios legalmente habilitados para ello –Inspectores de trabajo, de hacienda, etc.- concluye que en el caso en cuestión los actos atribuidos al ahora recurrente no reúnen las características del delito de que era acusado aunque sean totalmente reprobables e indignos de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de Derecho.

*Y es que no todo acto administrativo ilegal debe ser considerado penalmente injusto, al asociarse, en el art. 404 CP, la injusticia de la resolución con la **arbitrariedad**, trasladando de este modo el acento al dato, más objetivo, del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. "Se ejerce arbitrariamente el poder -se dice en la sentencia de 2-11-99- cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. "*

Pues bien, en el presente caso aún cuando desde la perspectiva de la norma pudiera concluirse con certeza la falta de competencia para la concreta inspección llevada a cabo por el acusado, ha de convenirse que, no consta que no concurrieran datos que llevaran al acusado a considerar atribuida la competencia cuya falta se le reprocha por la sentencia recurrida. No se ha acreditado, pues que el funcionario acusado actuara *a sabiendas* de atribuirse una función que, por otro lado, *tampoco cabría calificar de atribución objetivamente arbitraria.*

21. Salud pública.

En relación con los delitos contra la salud pública, en su modalidad de narcotráfico, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo ha resuelto numerosos recursos.

Y si bien, como no puede ser de otra manera, mucha de las sentencias dictadas se refieren a cuestiones repetitivas, las hay, igualmente, que han abordado cuestiones de mayor relevancia.

A tale efecto, destacamos las siguientes:

En relación con **temas marineros**, la **STS 15-09-2010 (Rc 10072/10P)** estimó que ser miembro de la **tripulación de un barco** no puede ser considerado, sin más, como pertenencia a una organización, del subtipo agravado del **art. 369 1.2º CP**, ya que, en el caso, "su profesión, nacionalidad común y conocimiento entre sí, no parece que sean elementos suficientes para

deducir su integración en "la organización", de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente exigidos", sin que tampoco conste que ninguno de los miembros de la tripulación hubiera tenido que sustituir en momento alguno en sus funciones al capitán.

Por otro lado, la **STS 16-01-2010 (Rc 487/10)** se ocupa del **concepto de buque**, que de concurrir, integra un subtipo agravado. La sentencia, tras indicar que no son adecuados los significados semánticos ni fijarlo en base a determinadas normas de derecho privado, como el Reglamento del Registro Mercantil o de derecho fiscal, como las referidas al Impuesto del Valor añadido, concluye que se debe acudir a un concepto propio e independiente del ámbito penal que integre criterios teleológicos en su definición.

En definitiva el buque –concluye-, desde un punto de vista jurídico, es una embarcación que debe reunir las siguientes notas:

1º) Es una embarcación que tiene cubierta, cuenta con medios de propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.

2º) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.

3º) Es una embarcación que se usa como medio específico de "transporte" de la sustancia.

4º) Es una embarcación apta para realizar con mayor facilidad el transporte de la sustancia, mediante la realización de una travesía de cierta entidad, incluyéndose la utilización en vía fluvial.

5º) Es una embarcación apta para fondear a una distancia de la costa o arribar a un punto determinado de ella, eludiendo los puertos y, por tanto, los controles policiales y fiscales que en ellos se establecen.

En razón de todo ello, en el caso examinado: "no parece que embarcaciones como lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs puedan ser consideradas buques a tales efectos, porque no puedan ser consideradas como tales desde un punto de vista gramatical y no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad."

Sobre el subtipo agravado del **art. 369.1.4º CP**, de **establecimiento abierto al público**, la **STS 17-03-2011 (Rc 1397/10)** recuerda que existe un cuerpo de doctrina que señala un **criterio restrictivo** para su aplicación, por lo que como han indicado diversas sentencias, así la *STS. 1090/2003 de 21.7,* "el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación", y tampoco, *STS. 111/2004 de 29.1,* "por el hecho puntual y esporádico de que el dueño del Bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el

establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito". Criterio que se reiteró en la Sentencia de 10 de junio de 2009, manifestando que se excluye dicha agravación "cuando solo existe alguna venta episódica que tiene como escenario, pero no plataforma, el bar o establecimiento público".

La **STS 10-2-2011 (Rc 1622/10)**, se ocupa de la tan invocada **cadena de custodia**, indicando que se dirige a "garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo". Y que "exige que conste siempre en los protocolos de conservación las firmas tanto de los policías y técnicos que ocupan, trasladan, pesan, entregan en Comisaría y depositan en sanidad la sustancia incautada, como la firma de quienes en cada una de las secuencias mencionadas las reciben."

Sobre el subtipo de **menor entidad, del párrafo 2º del art.368 CP**, la **STS 17-02-2011 (Rc 1825/10)**, lo considera aplicable aunque el autor sea reincidente en el delito, pues otra interpretación –se dice– "conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior."

Y finalmente, la **STS 07-10-2010 (Rc 10754/10)**, recuerda la consolidada doctrina de que **no cabe la tentativa respecto a los subtipos agravados**.

22. Tenencia ilícita de armas.

De entre las diversas sentencias recaídas en el pasado año judicial sobre el delito de tenencia de armas, posiblemente la **STS 06-10-2010 (Rc 706/10)**, es la de mayor interés.

En efecto, la cantidad de objetos que se convierten en armas por los delincuentes plantea el problema de, en cada caso, determinar si estamos ante un arma de las que pueden integrar el delito previsto en el art. 563 CP.

En el caso, tras recordar la legislación y jurisprudencia sobre el delito, se subraya la necesidad de que las armas deben producir, desde el punto de vista material, un quebranto grande en la vida o salud,

Y tras ello, se examina el caso de "una defensa eléctrica, rectangular, de color negro, STUN MAX de 600 Voltios", sin que se haya practicado prueba pericial o informe de los equipos especializados de la Policía judicial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva".

Y como resulta que en otros casos en que se dictó sentencia condenatoria, se trataba de armas de defensa de 30.000, 50.000 o 65.000 vatios, se estima que no puede incluirse en el concepto de arma del art. 563 CP, un arma de la que solo consta un voltaje de 600 voltios, notablemente inferior al de otro tipo de defensas eléctricas. Por ello, no acreditada la

situación objetiva de riesgo y de lesión del bien jurídico, la tenencia de la referida defensa eléctrica no debe caer dentro del injusto típico previsto en el art. 563 CP.

23. Terrorismo.

Entre los asuntos relativos a terrorismo, seleccionamos dos sentencias importantes.

En la **STS 25-10-2010 (Rc 384/10)** se examina, en particular, el elemento finalístico de “**alteración de la paz pública**”, plus necesario para construir este tipo de delitos que se asientan en una conducta básica, común a los restantes delitos –homicidio, lesiones, amenazas, etc-

En concreto, en esta resolución, se recuerda que el art. 577 aplicable al caso, requiere un particular elemento subjetivo del injusto: ha de actuarse con alguna de las dos finalidades siguientes: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Y a continuación este art. 577, a guisa de ejemplo, precisa dos medios comisivos destinados a alguna de esas finalidades: a) atemorizar a los habitantes de una población, o b) atemorizar a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

Pues bien en el caso examinado se entiende concurre ya que la finalidad de “alterar gravemente la paz pública”, se deduce de las propias declaraciones de los acusados que hablan siempre de sus propósitos referidos a la propaganda política: actos de contenido violento, en lugares públicos y con posterior reivindicación. Y en cuanto a la gravedad, existe en cualquiera de los tres hechos por los que aquí se condena, el incendio de un cajero automático de Banco, el de la excavadora que trabajaba derribando las casas del barrio valenciano del Cabañal y el de la explosión de la carta-bomba dirigida a un dirigente político de un grupo contrario a la ideología anarquista y libertaria de los dos procesados, aunque explotara antes de llegar a su destino, cuando la estaban preparando en una oficina de Correos para su distribución.

Asimismo hay otro dato más en pro de la existencia de esa finalidad de alteración de la paz pública, el relativo a las fechas de los dos últimos atentados: el 25-5-2003 se celebraban elecciones municipales y tales dos atentados ocurrieron el 23 y 24 de ese mismo mes; dato ofrecido en el mencionado voto particular.

Y en la **STS 29-12-2010 (Rc 10256/10P)**, se recoge una amplia jurisprudencia en relación al concepto terrorista y pertenencia a grupo terrorista.

Expuesta la doctrina del TC en la materia, y las numerosas sentencias de la Sala que han ido jalonando la diferencia integración-colaboración en los últimos años, se concluye en que nos encontramos ante un caso de integración.

En particular, dicha conclusión, se apoya en la siguiente fundamentación:

“... el concepto de terrorismo acoge a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y dicho concepto no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, o proyectada, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye o en la que incurre una vez constituida, pero el delito de asociación terrorista –como cualquier otro de asociación ilícita- no se consuma cuando el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino 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 (STS. 290/2010 de 31.3).

En el caso presente en el factum se detalla como entre finales 2007 y principios 2008 se constituyó un grupo que decidió seguir los postulados de violencia y empleo de la yihad, preconizados por el líder talibán B M., lo que les llevó a tomar la decisión de llevar a cabo una acción violenta empleando material explosivo contra el Metro de Barcelona que pudiera provocar un numero elevado de víctimas.

Consecuentemente no nos encontramos en una mera inmersión fanática en teorías fundamentalistas y ante una predisposición genérica a luchar contra los infieles, sino que ya habían decidido o aceptado participar en la imposición de esas ideas mediante la violencia terrorista. Que todavía los materiales intervenidos no fueran suficientes para preparar los artefactos explosivos necesarios –o que éstos no hayan sido ocupados- no desvirtúa su consideración penal como grupo organizado terrorista. Que estuviesen o no “armados” es irrelevante desde el momento en que se considera probado que pretendían cometer un atentado con finalidad vinculada al yihadismo.

Siendo así la calificación de integrantes debe aplicarse a los recurrentes cuya responsabilidad individual se deriva en estos casos, precisamente, por la propia pertenencia al grupo que ilícitamente actúa y por el desempeño de las atribuciones concretas que el correspondiente “reparto de papeles” le corresponda a cada uno, dentro de la estructura funcional de la organización.

Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como terrorista del grupo de referencia, es acertada la atribución de integrante de la misma para todos aquellos que cumpliendo las existencias del conocimiento de sus fines, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que sea su cometido personal concreto, de una organización con un designio terrorista del mismo, no requerirá inicialmente una actividad determinada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracciones penales autónomas son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hechos diferentes (STS. 16.7.2004), bastando la constancia de su contribución y

sometimiento, los dirigentes de la plural actividad terrorista, si como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas.” (F.J. 13º)

24. Torturas.

Sobre la figura delictiva prevista en el **art. 174 CP**, afortunadamente de escasa presencia en el ámbito judicial, la **STS 28-2-2011 /Rc 2314/10**) examina un caso en el que se concluye que **no concurren los elementos necesarios**. Ni tampoco, el delito del art. 175 CP, contra la integridad moral, tipo menos grave que el precedente.

La sentencia comienza diciendo que la figura prevista en el art. 174 del CP, delimita su imputación a la **tortura "punitiva o de castigo"** que, junto a la "indagatoria" y a la "vindicativa" se encuentra tipificada en el texto de referencia, de modo diferenciado, conforme al elemento normativo teleológico concurrente en cada caso. Así la finalidad perseguida por el sujeto o sujetos agentes, será determinante de la posibilidad de subsunción de la conducta desplegada en cada uno de las diferentes variedades o modalidades típicas, bien se trate de obtener información, represaliar o vejar como muestra de odio, sin más. Debiéndose de concluir a *sensu contrario*, que cualquier otro ánimo concurrente en el sujeto activo, excluirá la tipicidad del hecho, no pudiéndose producir la subsunción pretendida.

En el supuesto en cuestión, sólo hubo breves golpes para reducir al detenido, aunque algunos se propinaron con los puños, cesando de inmediato en cuanto se logró la reducción por lo que *no hubo, por tanto, otro ánimo que el de la reducción, ni el empleo de otra violencia que la dirigida a conseguir tal reducción, ni durante un tiempo superior al preciso para tal logro*. En consecuencia no hubo ninguno de los ánimos que exige el tipo.

Subsidiariamente, se planteó la aplicación del tipo menos grave de atentado a la integridad moral, previsto en el art. 175 CP.

La sentencia recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), que reprobó como degradante las llamadas cinco técnicas utilizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad en el Ulster con los detenidos del IRA a los que simultáneamente se les mantenía encapuchados, situados frente a una pared, sometidos a ruidos monótonos y continuos, sin consentirles dormir y finalmente restringiéndoles severamente la dieta alimenticia.- Sentencias de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), de 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), de 7 de julio de 1989 (caso Soering), de 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros) y de 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc.-, el Tribunal Constitucional ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución (torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los

fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente". De análogo modo se expresan, también, las SSTC 137/90 y 57/94.

Seguidamente se recuerdan los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral:

a) Un acto de claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo.

b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.

c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona - víctima.

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

En el supuesto del que se ocupó la sentencia, se resuelve que no se aprecia que se diera un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, ni que el comportamiento fuera degradante o humillante, con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y en todo caso, el padecimiento físico que pudo soportar el detenido, sólo fue debido a "una extralimitación en el uso de la reducción e inmovilización del mismo que no se olvide- se hallaba preso de una gran agresividad y alteración". (FJ. 6º).

25. Traición.

Sobre el delito previsto en el art. 584 del CP, se ha producido el presente año judicial una sentencia que aporta luz al Título XXIII, "De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa Nacional", tan escaso –afortunadamente, podríamos decir- de jurisprudencia.

La resolución aludida ha sido la **STS 10-12-2010 (Rc 10251/10P)**, en la que se condenó a un ex agente del CNI por incumplir sus deberes profesionales, en materia de secreto de las informaciones y documentos que conocía por razón de su cargo, en favor de una potencia extranjera.

En la sentencia de notable amplitud, se abordan varias e interesantes cuestiones singulares como el control de dichas actividades, el **concepto de "materia secreta"**, la **figura del "testigo-perito" en el proceso penal y el principio de publicidad que el recurso estima se habría vulnerado al celebrarse el juicio "a puerta cerrada"**.

Sin embargo, y desde el punto de vista estrictamente penal, la parte más esclarecedora de la sentencia es el **análisis del art. 584 CP**, que sanciona a quien, "... con el propósito de favorecer a una potencia extranjera (...) se

procure (...) información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o la defensa nacional”.

Entre las consideraciones de mayor interés que al respecto se realizan destacamos las siguientes:

“Lo decisivo, a efectos de su protección penal, no es tanto el formato o soporte, sino la información que en él se contiene, de suerte que no sería descartable la protección penal de informaciones secretas que, sin constar por escrito o incorporadas a cualquier clase de datos u otros objetos, fueran reveladas o difundidas mediante su transmisión oral.”

“Tampoco existen dificultades derivadas de la supuesta –en palabras del recurrente- *remisión normativa en cadena*, a que obligaría la aplicación del tipo con el que la Sala de instancia ha calificado la conducta del acusado. Sin necesidad de entrar en la suficiencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 como norma de integración –alguna de cuyas implicaciones jurídicas fueron abordadas *in extenso* por la sentencia de 4 abril de 1997, dictada por el Pleno de la Sala Tercera y por la sentencia 14 diciembre de 1995, pronunciada por la Sala de Conflictos Jurisdiccionales-, lo cierto es que la Ley 11/2002, 6 de mayo, en su art. 5.1 establece que *“las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada, con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los Acuerdos internacionales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que se contemple en dicha legislación y en los mencionados Acuerdos”*. Y, como recuerdan el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, de existir cualquier duda al respecto, ésta se desvanece si se repara en el hecho de que en poder del acusado fueron hallados documentos fechados en 2003, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2002. Tratándose de un delito permanente, en el que la ofensa al bien jurídico se prolonga durante todo el tiempo de comisión, queda despejada cualquier incertidumbre sobre su capacidad para integrar el elemento normativo del tipo previsto en el art. 584 del CP.”

Además, “el acusado conocía el carácter reservado o secreto de la documentación de la que hizo acopio... (tanto por) su antigüedad como miembro del CNI y, por tanto, conocedor de las normas de custodia de esos documentos, (como por) su incuestionable valor estratégico, llegando a poner un elevado precio a su hipotética entrega. “

En cuanto a la naturaleza del delito, esencial para resolver sobre si se produjo o no, delito, la Sala sostiene que el delito previsto en el art. 584 “es un delito de peligro abstracto que, como tal, no exige la efectiva, sino la eventual puesta en peligro del bien jurídico. De ahí que las conductas en él descritas, una vez realizadas con el propósito de perjudicar la seguridad o la defensa

nacional, consuman el delito. Se trata de un tipo mixto alternativo, de forma que tanto consuma el tipo quien simplemente se hace con la información, esto es, se la *procura*, como quien la *falsea* alterando su contenido, la *inutiliza* –ya mediante su destrucción, ya de cualquier otra forma que sin destruirla impida el logro de sus fines- o la *revela* a terceros”.

De ello se deduce “que esa naturaleza de delito de peligro abstracto del art. 584 del CP, determina que procurarse información susceptible de perjudicar a la seguridad nacional y hacerlo con la intención de favorecer a un potencia extranjera, consuma el delito, por más que esa idoneidad potencial para dañar los intereses estratégicos españoles no se haya materializado en un resultado material concreto. Existió, por tanto, un riesgo de lesión del bien jurídico protegido, sin que el juicio de tipicidad formulado por la Audiencia Provincial pueda considerarse erróneo”. (FJ. 7º).

26. Violencia familiar.

Sin duda una de las sentencias de mayor importancia sobre este tema, lo representa la **STS 18-03-2011 (Rc 2125/10)** que recoge la **evolución jurisprudencial del art. 173.2 CP**, concluyendo que:

“El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008 de 3 de octubre, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).”

La descripción de hechos probados, que en este cauce procesal no cabe discutir, da cuenta, no solo de antecedentes como el ocurrido en La Haba hacia el año 2002, sino de actos mucho más recientes que configuran ese estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, cuando relata la agresión en Rota en mayo de 2007, los insultos de julio de 2008 y, más genéricamente a la proclamación como acreditados, en el tercer párrafo del apartado primero de la declaración de hechos probados, de frecuentes **"insultos gritos y humillaciones, tildándola de subnormal o hija de puta, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano (por lo general sin llegar a golpearla) y sometiendo sus gastos a un extremo control"**. Y subraya que tal situación duró **hasta** que el acusado puso fin a la convivencia en **octubre de 2007"**.

En relación a esta problemática, la **STS 01-12-2010 (Rc 10469/10P)**, abordó el **delito de quebrantamiento de medida cautelar**, examinando la cuestión de la **notificación al interesado de la prohibición de acercamiento a la víctima**.

En la sentencia de instancia se absolvió al obligado al cumplimiento de tal medida por entender se había producido un problema con la notificación

realizada por la Policía Local que "no supuso que el acusado conociera el alcance de la medida, ni las consecuencias de su incumplimiento (a pesar del contenido de la parte dispositiva al no acreditarse que se le hubiera leído la resolución), ni el tiempo de vigencia de tales medidas, porque siempre teniendo en cuenta que la policía local carecía de la fe pública, el referido agente dijo en el juicio que le explicó lo que era el alejamiento, pero no dijo que le requiriera para el cumplimiento a partir de la fecha de entrega, ni que le hiciera las advertencias legales relativas a las consecuencias del incumplimiento de las medidas".

Pero como también resulto probado que el agente de la Policía Local de S... (...) entregó copia del auto a Manuel G P y que éste firmó un 'recibí' en el que consta como fecha de recepción el día 25 de noviembre de 2008", el razonamiento en el que la Audiencia basa su decisión respecto del delito del art. 468.2 CP es claramente defectuoso. En efecto, de los defectos formales en los que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho, según su propia declaración, tuvo el acusado, de que una autoridad le entregó una resolución judicial explicándole que no debía acercarse a la víctima y de que esa resolución le imponía el alejamiento respecto de la víctima.

Por eso, y como el tipo objetivo del delito del art. 468.2 CP sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima, otra interpretación del tipo objetivo contenido en el art. 468.2 CP sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida.

Además, el tipo subjetivo, es decir el dolo, sólo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple.

De cualquier manera –continúa la sentencia de la Sala- si el Tribunal *a quo*, llegó a lo largo del proceso a la conclusión de que "el acusado no había tenido conocimiento de que había sido denunciado", debió aplicar las normas relativas al error sobre la ilicitud que prevé el art. 14.3 CP. Ello le hubiera impedido llegar a la absolución del acusado por el delito del art. 468.2 CP.

Por otra parte, el mandamiento judicial era obligatorio sin necesidad de requerimiento de su cumplimiento, dado que en sí mismo ya contenía un claro requerimiento de someterse a él, en tanto le advertía que el incumplimiento de la prohibición podía ser "constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar".

Por todas estas razones, el delito se produjo y no cabe absolver por un presunto defecto en la notificación, al suponer ello una interpretación contraria a la finalidad de la norma y basada en un formalismo que los hechos del caso han desmentido.,

En cuanto al mismo delito, esta vez, en relación al **consentimiento de la mujer**, la **STS 26-11-2010 (Rc 10151/10P)**, reitera la doctrina de su inanidad para eximir de responsabilidad criminal al quebrantador de la medida acordada, aunque reconoce que el tema “no es, desde luego, sencillo”.

Sin embargo, la clave de este tema –se dice- radica en que “el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección”.

Por tal razón se concluye, “Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento. “