

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. DERECHO PROCESAL PENAL.....	79
1. PROCESO PENAL.....	79
1.1. Principios procesales. Inmediación, acusatorio y «non bis in dem».....	79
1.2. Autoría. Complicidad y conspiración. Tentativa en el delito de agresión sexual.....	81
1.3. Competencia de los tribunales: el artículo 14.3 LECrim ..	83
1.4. Concursos delictivos: supuestos varios.....	83
1.5. Prescripción: interrupción del plazo desde el momento de presentación de la denuncia o querella	85
1.6. Prueba. Agente encubierto. Confidentes policiales. Declaración testigo-victima en instrucción. Documental. Intervenciones telefónicas. Pericial de informe de inteligencia. Rastreo informáticos.....	87
1.7. Derecho a los recursos. Doctrina del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Segunda instancia penal...	89
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Suficiencia de la motivación del veredicto.....	92
2. JUICIO ORAL.....	93
2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Acción popular.....	93
2.2. Sentencia. Cosa juzgada. Motivación de sentencia absolutoria.....	97
2.3. Penalidad. Supuestos varios.....	98
2.4. Responsabilidad civil. Subrogación a favor del Estado. Responsabilidad de centro escolar y de vigilante de seguridad. Consecuencias para la víctima, a causa de su negligencia.....	99

	<i>Página</i>
II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO	100
1. CUESTIONES GENERALES.....	100
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Las dis- tintas posibilidades de la drogadicción	100
1.2. Culpabilidad. Error	103
2. AGRESIÓN SEXUAL.....	104
3. ALZAMIENTO DE BIENES	104
4. APROPIACIÓN INDEBIDA.....	106
5. ATENTADO	106
6. BLANQUEO DE CAPITALS	109
7. CORRUPCIÓN DE MENORES	110
8. DESOBEDIENCIA.....	110
9. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.....	112
10. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS	113
11. DETENCIÓN ILEGAL.....	114
12. ESTAFA	115
13. FALSEDADES	117
14. LESIONES.....	118
15. MALVERSACIÓN.....	119
16. PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	119
17. SALUD PÚBLICA.....	121
18. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.....	122
19. TERRORISMO	124

La presente Crónica de la jurisprudencia de la Sala Segunda, correspondiente al año judicial 2007-2008, se compone de la doctrina jurisprudencial considerada más interesante y de los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala.

Los **acuerdos** aprobados, desde la anterior Crónica, han abordado las siguientes cuestiones: vigencia de la Ley de Contrabando; consecuencias de la incorporación de Rumania a la UE, en relación al delito previsto en el artículo 318 bis CP; clase de concurso entre la estafa y la falsedad en documento mercantil; penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida; solución al caso de pena omitida por la acusación pero prevista en la ley; impago de alimentos por descubrirse que el obligado no es padre biológico del beneficiario; competencia del Jurado en los casos de conexidad procesal de delitos; clase de concurso entre inmigración clandestina y determinación al ejercicio de la prostitución; y consecuencias de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción.

Así, el **Acuerdo de 29-05-2007** indicó que el **delito de contrabando** incorporado a la ley de 1982, en 1986, «no resultó derogado por la nueva ley de represión del Contrabando de 1995, a la que ha seguido complementando».

En la misma sesión de **29-05-2007**, se acordó que la entrada de Rumania en la Unión Europea, implicaba que «Las conductas que favorezcan o promuevan la **entrada de ciudadanos rumanos en España**, inclu-

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.

so para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318 bis del Código Penal».

El **Acuerdo de 18-07-2007**, sostiene la existencia de **concurso de delitos de estafa y falsedad** en la acción de «firma del ticket de compra, simulando la firma del verdadero titular de una tarjeta de crédito, (pues) no está absorbida por el delito de estafa».

Y el **Acuerdo de 30-10-2007**, en materia de **penas**, considera que el delito continuado de estafa y apropiación indebida, se sancionará siempre con la mitad superior de la pena y cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

También sobre cuestiones penológicas, relacionadas con el **principio acusatorio**, se pronunció el **Acuerdo de 27-12-2007**, en el sentido de que «cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena».

En otro orden de cosas, en la misma sesión, se adoptó un interesante acuerdo sobre la posible revisión de condena por el **delito de impago de alimentos** cuando se descubre, posteriormente, que el recurrente no era el padre biológico del beneficiario de la pensión. En esos casos, dice el Tribunal Supremo: «No cabe la revisión en aquellos casos en que el recurrente haya sido condenado por impago de alimentos fijados en una sentencia dictada en procedimiento matrimonial y, con posterioridad, sea anulada la paternidad biológica».

En cuanto al **jurado**, el **Acuerdo de 29-01-2008** resuelve el tema de la competencia en los supuestos de **conexión procesal** de delitos, indicando que «conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado.»

Sobre el favorecimiento de la **inmigración clandestina y la determinación al ejercicio de la prostitución**, el **acuerdo de 26-02-2008**,

decidió que se trataba de un concurso real de delitos, debiendo calificarse tales conductas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis 1.º CP.

En la misma sesión, se adoptó otro acuerdo en cuanto a la **prescripción**, a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-2-2008, en el llamado **«Caso de los Albertos»**, mediante el cual la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tras su análisis, dice :»ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo».

Recogidos los citados acuerdos, procede seguidamente, exponer sin más demora, los criterios jurisprudenciales que estimamos más relevantes, establecidos en el año judicial 2007-2008.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Como viene sucediendo en los últimos años, las cuestiones procesales ocupan gran parte de los recursos de casación dirigidos a la Sala, haciendo que ésta se pronuncie sobre numerosos temas de esta naturaleza. Conforme al orden seguido otros años, exponemos la doctrina más interesante, al respecto, sentada en el presente año judicial.

1.1. Principios procesales. Inmediación, acusatorio y «non bis in idem»

Los principios procesales, que nos dicen cómo ha de desenvolverse un proceso, sirven para recordar que el Estado que establece la CE 78, no

es un mero ordenamiento formal sino una estructura conformada por principios y normas que encarnan valores democráticos que deben respetar y hacer cumplir, los poderes y órganos constitucionales.

Por ello, siempre resulta positivo conocer los pronunciamientos que en esta materia, dicta la Sala Segunda de nuestro más Alto Tribunal, en relación al proceso penal.

En tal sentido, la **STS 31-10-2007 (Rc 237/07)** reitera la doctrina sobre el **principio de inmediación**, situándolo en sus justos límites:

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

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

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectividad de la prohibición de toda decisión arbitraria —art. 9-3.º CE—, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5.º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citados. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional» (FJ 2.º).

En cuanto al **principio acusatorio**, seleccionamos dos sentencias:

La primera, **STS 25-10-2007 (Rc 10.437/07 P)**, reitera, con cita de la **STS 1182/2006, de 29 de noviembre**, que lo fundamental es que el Tribunal respete «el hecho nuclear de la acusación» pues aunque no se pue-

de condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, es posible completarlos o aclararlos con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal, pues «el principio acusatorio no impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral»

Y la segunda, **STS 27-12-2007 (Rc 916/07)**, se refiere a la relación de homogeneidad que ha de existir entre el delito objeto de acusación y la condena emitida por el tribunal, recordando que la clave es que el imputado pueda defenderse «con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo».

Y por último, sobre el **principio «non bis in idem»**, cabe citar la **STS 18-10-2007 (Rc 11313/07 P)** que contestando a la alegación de que comunicar a la Administración la existencia de una sentencia, a los efectos del artículo 57.2 LO de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, supone una vulneración del referido principio, afirma que con tal proceder la Sala no impone nada a la Administración y que la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores en los supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, es posible, siempre que no suponga una reacción punitiva desproporcionada, y en su caso, se proceda a descontar en el segundo procedimiento, todo exceso al respecto.

1.2. Autoría. Complicidad y conspiración. Tentativa en el delito de agresión sexual

En materia de autoría del delito, los supuestos de participación, como cómplice o conspirador, generan respuestas de indudable interés.

Así, en la **STS 25-10-2007 (Rc 11189/06)**, tras recordarse la doctrina expresada en la **STS 790/2007, de 8 de octubre** de que «el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial», precisa que «lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido» (FJ 6.º).

Y en la **STS 2-11-2007 (Rc 10272/07 P)**, se recuerda «la doctrina científica y jurisprudencial» en la materia, para que pueda hablarse de conspiración:

«a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.

b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17-3 C.P.).

c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.

d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.

e) viabilidad del proyecto delictivo» (FJ 6.º 2).

Además, en la **STS 15-10-2007 (Rc 535/07)**, se examina la diferencia entre **tentativa** acabada e inacabada **en el delito de agresión sexual**.

En la sentencia, con cita de otras referencias jurisprudenciales sobre la cuestión **-SSTS 359/2006, de 21 de marzo, 252/2006, de 6 de marzo y 625/2004, de 14 de mayo—** se examinan las dos teorías clásicas para distinguir la tentativa acabada de la inacabada (la subjetiva, que pone el acento en el plano interno del plan del autor en relación a lo realizado, y la objetiva, que se fija más en lo que se ha exteriorizado), concluyéndose en que debe seguirse una teoría mixta, pues el plan del autor sirve para distinguir lo realizado de otros delitos y, la objetivación de la actividad desplegada, es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Y, a la vista del **artículo 62 del Código Penal**, se dice que ahora más que a la distinción indicada hay que estar al «grado de ejecución alcanzado» y al «peligro inherente al intento», con lo que se sustituye el siempre problemático examen de la progresión de la acción por el parámetro de «intensidad de la acción», de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva. (FJ 5.º).

1.3. Competencia de los tribunales: el artículo 14.3 LECrim

Una interesante controversia sobre competencia entre una Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Penal, es resuelta por la **STS 28-01-2008 (Rc 1505/07)**.

La Sala remite la causa al Juzgado y el Ministerio Fiscal recurre, en un caso en el que se debate sobre quien es el órgano objetivamente competente, en un delito de asociación ilícita, seis contra la Hacienda Pública en concurso ideal con un delito continuado de falsedad contable y otro, también continuado de falsedad en documento mercantil. E independientemente de la calificación jurídica de los hechos, lo cierto es que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal solicitan, entre otras penas, inhabilitación especial, si bien el Fiscal pide 6 años y el Abogado del Estado la pena máxima posible que es de 12 años de prisión.

Habida cuenta que el **artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** limita la competencia de los Jueces de lo Penal a penas no superiores a cinco años de prisión o penas de otra naturaleza que no excedan de diez años, se adivina el resultado del recurso.

Además el Tribunal Supremo, después de hacer un profundo análisis de la cuestión, con invocación de las diversas normas relacionadas con el caso (artículos 19 y ss, 25 y 788 5.º LECrim.,y 52 LOPJ), dice que despojarse sin fundamento de la competencia y endosársela a un Juzgado que no puede suscitar cuestión de competencia a su superior jerárquico, no lleva más a que a demorar la resolución del caso, ante la previsible invocación en el juicio de la cuestión de competencia y la evidente incompetencia de quien carece de la misma, dadas las penas que se dilucidan. Se trata, también, de una decisión que vulnera el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

1.4. Concursos delictivos: supuestos varios

Un año más se han suscitado diversos temas concursales, de entre los cuales, seleccionamos los siguientes:

Concurso de delito de **cohecho y contra la salud pública**, sobre el que recayó la **STS 27-11-2007 (Rc 1634/06)**, en la que se estima estamos ante un claro caso de «concurso real de delitos», como se desprende de la fundamentación empleada:

«..Los hechos son claros y el cohecho aflora en los mismos al no precisarse para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto prometido como contrapartida. El propio art. 419 C.P. especifica que en caso de cometerse el delito comprometido por el funcionario corrupto se castigue independientemente. Nada importa que el guardia civil estuviera de baja, ya que puede participar con el carácter de cooperador necesario, como así fue, tal como se especifica en el auto aclaratorio de la combatida, dictado el 21 de octubre de 2005.

Una cosa es la colaboración para que un funcionario incumpla los deberes de su cargo, a cambio de una compensación económica u otro estímulo con perjuicio para la causa pública y otra distinta es la introducción del hachís, como delito contra la salud pública, para cuya finalidad desplegó el recurrente la correspondiente conducta. No existe ningún «bis in idem», sino hechos perfectamente deslindables que atacan a unos bienes jurídicos diferentes» (FJ 9.º).

Concurso entre **lesiones dolosas e imprudentes**, resuelto por la **STS 29-04-2008 (Rc 945/07)**, sobre la base fáctica de un puñetazo al ojo de la víctima que produjo gravísimos resultados.

La Sala resuelve como concurso de acción dolosa e imprudente (lo querido, aun de modo eventual ha de calificarse y sancionarse, al igual que lo realmente producido) pues «la discusión se generó por la conducta del propio lesionado, alterando el orden de la cafetería propiedad del acusado, debido a que se encontraba bajo los efectos del alcohol y no cesaba en su actitud, negándose a abandonar el establecimiento, hay que entender que el imputado, hoy recurrente, de haber conocido o haberse representado ex ante un resultado de la gravedad del producido, no habría obrado como lo hizo, que es lo que hay que estimar que este segmento del mismo fue debido a imprudencia.

Consecuentemente y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones del art. 147 CP. en concurso ideal del art. 77, con otro de lesiones imprudentes del art. 152.1.2 CP» (FJ 8.º).

Y por último, **robo con intimidación y detención ilegal**, respecto al cual, la **STS 29-11-2007 (Rc 10362/07P)**, expone la siguiente doctrina:

«Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (artículo 77.1 CP) la inmovilización de la víctima como medio

para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal (artículo 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos. Por último, el concurso real entre ambos delitos se dará cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma el alcance del concurso medial (encerrar o inmovilizar a la víctima indefinidamente con independencia del tiempo empleado para perpetrar la acción de desapoderamiento)» (FJ 4.º).

1.5. Prescripción: interrupción del plazo desde el momento de presentación de la denuncia o querrela

Tampoco han faltado resoluciones en materia de prescripción pero sin duda, lo más relevante al respecto, ha sido la continuación de la polémica sobre los criterios enfrentados del Tribunal Constitucional, desde su STC 63/2005 y la Sala de lo Penal del Tribunal en relación al carácter interruptivo o no de la mera presentación de denuncia o querrela.

Por su interés, reproducimos algunos de los aspectos del debate, de la mano de la **STS 31-10-2007 (Rc 651/07)**:

«Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005 ha dicho que «la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o computo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. Continúa la sentencia rechazando la

postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

De igual modo, *«Recuerda el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada que «quien ejercita la acción penal en forma de querrela, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresa las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a tramite», si que recordando que el «ius puniendi» no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo con que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que «para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concorra un acto de intermediación judicial». Así hemos calificado a dichas actuaciones como meras solicitudes de iniciación del procedimiento judicial (por todas STS. 11/95 de 4.7) lo que implica que, en tanto, no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 LECrim. a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal».*

Sin embargo, a pesar de dicha sentencia, se recuerda en la resolución del Tribunal Supremo que examinamos, el criterio que se mantiene por el máximo órgano jurisdiccional en materia penal:

*«la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 12.5.2005, tomó el siguiente acuerdo» **La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de ga-***

rantías constitucionales», por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales», y en STS. 643/2005 de 19.5, insistió en que «condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente pleno de 25.4.2006, que aprobó el acuerdo de «mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005»» (FJ 7.º).

1.6. Prueba. Agente encubierto. Confidentes policiales. Declaración testigo-victima en instrucción. Documental. Intervenciones telefónicas. Pericial de informe de inteligencia. Rastreos informáticos

Las cuestiones probatorias han generado, como siempre, multitud de pronunciamientos. Y así, junto al examen de planteamientos repetitivos sobre las pruebas tradicionales o clásicas (confesión, testifical, documental), cabe referirse a pruebas más novedosas o menos frecuentes.

La **STS 3-10-2007 (Rc 10027/07 P)**, trata del **agente encubierto**, en el caso, un guardia civil encubierto, cuya solicitud de ilicitud probatoria se basa, en definitiva, en que provocó el delito.

La sentencia rechaza la objeción, ya que *«en nuestro caso el delito lo había cometido ya el recurrente de forma libre y espontánea respecto a otra persona, circunstancia que llegó a conocimiento del agente policial, y ese primer delito suponía que el recurrente era poseedor de material pornográfico que facilitó a un tercero.. El que en los últimos episodios delictivos fueran sugeridas por el agente policial las remesas de material pornográfico o se profundizara en los sentimientos del acusado para descubrir su pedofilia y la existencia de otros responsables, incluso el alcance y derivaciones del delito, o la captura de aquél, entra dentro de su cometido. Pero es que además, la posible carga sugestiva de ellas conversaciones o contactos no puede ponerse en entredicho, por cuanto fueron grabadas las conversaciones posteriormente transcritas y no impugnadas, en las que podía conocerse el tono de los contactos y a partir de ellos confirmar o ratificar el testimonio del agente encubierto, en armonía precisamente con el contenido grabado y que ha de operar*

como prueba lícita y legítima con las demás para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, que por cierto, el recurrente no ataca» (FJ 4.º).

Sobre el mismo medio probatorio, se pronuncia la **STS 15-11-2007 (Rc 10307/07 P)**, al cuestionarse la aplicación de la figura del «agente infiltrado», prevista en el **art. 282 bis** LECrim, por considerar «irregular» la forma de infiltrarse.

En el caso, todo se redujo a que «se ha solicitado la colaboración del denunciante, para que, bajo control judicial, realice una indicación al tenido por jefe de la organización y le sugiera la intervención de un tercero, que será precisamente el agente encubierto.» Y como de alguna manera tiene que producirse la infiltración -una puesta en escena teatral, podríamos decir-no cabe impedir «cualquier modo imaginativo» para lograr la introducción, que es el aspecto más complicado de dicha operativa policial. En consecuencia, *«respetados los derechos fundamentales en tal infiltración, cualquier otra actuación (simulación) para la penetración en la trama organizada, debe considerarse legal» (FJ 2.º).*

Otra sentencia, la **STS 17-12-2007 (Rc 1058/07)**, se ocupa del papel de los **confidentes policiales**, recordando la doctrina del TEDH, sobre su validez siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (**SS. Kostovski de 20-11-1989 y Windisch de 27-9-1990**).

Por eso, en el caso que examina, recuerda que no basta para que sirvan de prueba en el juicio, remitirse a noticias confidenciales, necesiándose **«una mínima confirmación»** después de una investigación, para solicitar una entrada y registro, por ejemplo, y obtener prueba a partir de esas otras gestiones posteriores.

En cuanto al valor a atribuir a las **declaración del testigo-victima en instrucción** que luego no acude al acto del juicio, la **STS 30-11-2007 (Rc 2453/06)**, declara insuficiente la prueba que pudiera derivarse de la misma, cuando se comprueba que su incomparecencia «era fruto de la mera superficialidad en la atención a los datos que las actuaciones reflejaban» respecto a constatar la «pretextada ignorancia del paradero».

En cuanto a la **prueba documental**, una de las cuestiones más importantes en casación, es la calificación como documento casacional. Y así, la **STS 23-10-2007 (Rc 219/07)** la niega al **soporte audiovisual en que se ha grabado el juicio**, teniendo en cambio tal condición, el **acta**

de una inspección ocular en que se refleja el dato relevante del lugar donde alcanzó un disparo.

Por otro lado, la casuística de las **intervenciones telefónicas**, ha originado una doctrina novedosa, por inexistente hasta ahora, sobre la **falta de notificación al Fiscal del auto autorizante**.

Al respecto, se han dictado las siguientes **sentencias: SSTS 26-11-2007 (Rc 475/07), 10-12-2007 (Rc 975/07), 14-11-2007 (Rc 549/07) y 17-12-2007 (Rc 1058/07)**, todas en la línea de la falta de trascendencia constitucional de tal omisión, ya que el ministerio fiscal «no necesita un acto formal de invitación para el ejercicio de su función constitucional», pues «el verdadero garante de los derechos fundamentales es el juez de instrucción» y en caso de que las escuchas se hayan producido de modo ilícito *«el resultado de las intervenciones puede ser expulsado del material probatorio válido a instancia de cualquiera de las partes desde que tengan conocimiento de las mismas en los momentos procesales adecuados para ello»*.

La **STS 1-10-2007 (Rc 10162/07 P)** contiene un amplio estudio de las notas que caracterizan a la prueba **pericial de informe de inteligencia**, destacando que su naturaleza está más próxima a la pericial que a cualquier otra sin que ello impida que el tribunal pueda apartarse de ella, cuando llegue a tal convicción «con la lectura y análisis de (tales) documentos» en que se apoya.

Por último, la **STS 9-05-2008 (Rc 1797/07)** sobre la modalidad de **prueba electrónica** consistente en **rastreo informático de llamadas telefónicas que permiten acceder a contenidos de acciones realizadas en Internet**, se considera innecesaria la autorización judicial pues *«quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso EMULE, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en internet, no se hallaban protegidos por el art.18 1.º ni por el 18 3.º CE»* (FJ 2.º).

1.7. Derecho a los recursos. Doctrina del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Segunda instancia penal

Sobre el presente aspecto procesal, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, siguen suscitándose recursos en los que se sigue

invocando la doctrina del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la insuficiencia de la configuración de la segunda instancia penal, en nuestra legislación.

De los asuntos resueltos sobre esta temática, cabe citar la **STS 16-11-2007 (Rc 11105/06P)**, en la que se recoge el **cambio de criterio** operado por el citado Comité, en relación a su postura inicial de que como el sistema de recursos de la LECr. solo prevé un recurso de casación, cuando el art. 14.5 del Pacto de New York requiere que el fallo condenatorio y la pena puedan ser sometidos a un Tribunal superior conforme a lo dispuesto por la ley, se trata de un sistema de revisión insuficiente, como dijera la Comunicación n.º 715/1996, de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Pero resulta —dice la sentencia— *«Con posterioridad a la Comunicación n.º 715/1996, de julio del 2000, el mencionado Comité consideró que la cuestión de la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto dependía de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y la valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 (en lo relativo a la revisión por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia de instancia; en lo referente a la condena impuesta por el Tribunal Supremo respecto a delitos absueltos en la instancia, el Comité considera que existió violación del Pacto por no poder someter la condena a revisión por un tribunal superior); y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006. En este sentido es de hacer notar que el te-*

nor literal del art. 14.5 del Pacto deja en manos de los Estados que lo suscriben la regulación de los recursos y que en la medida en la que el razonamiento sobre la valoración de la prueba del Tribunal de instancia, la legalidad de las pruebas y de su obtención de las pruebas es objeto de la casación por infracción de ley, al menos desde 1988, y que la medida de la pena es también un objeto admisible del recurso, por lo que no cabe sostener que el recurso de casación no cumple con las exigencias de la revisión «del fallo condenatorio» y «de la pena» que requiere el citado art. 14.5 del Pacto.» (FJ 1.º).

Y en cuanto al cuestionado alcance de la **segunda instancia penal**, la **STS 18-12-2007 (Rc1157/07)**, tras advertir de que ni siquiera el recurso de apelación garantiza la plena revisión y reestructuración del material probatorio de la primera instancia y ni siquiera la grabación videográfica del juicio permite tener un conocimiento idéntico al que se consigue con la percepción sensorial «in situ», sostiene:

«Es cierto que el Recurso de Casación, en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto, ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia.»

Pero dicho lo anterior, *«Podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual. La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 5.4 han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo. Como podrá verse a lo largo de la lectura de esta Sentencia, este proceso revisorio se ha realizado con profundidad y detalle*

La Ley Orgánica de 23 de Diciembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones» (FJ 3.º).

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Suficiencia de la motivación del veredicto

Sobre el proceso de la Ley del Jurado, una vez más se han planteado recursos en los que se examina la vidriosa cuestión de la **motivación del veredicto**, tal como se hizo en la **STS 12-12-2007 (Rc 752/07)**.

En dicha resolución, tras recordarse la cobertura legal en la materia:

«El art. 9.3 CE proclama la proscripción de la arbitrariedad y el 24 recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que confluye en que el art. 120.3 exija la motivación de las sentencias y en que el art. 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) establezca que el acta de votación deba contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

A lo que debe añadirse que el art. 70.2 LOTJ prescribe que, si el veredicto fuere de culpabilidad, la sentencia «concretará» la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia.(FJ 1.º), se indica algo que resulta evidente, tras las resoluciones dictadas en los últimos tiempos, sobre dicha cuestión:

«No existe plena estabilidad en la doctrina de esta Sala acerca del grado de intensidad que ha de revestir la argumentación de los jurados en comparación con la de los jueces profesionales; o acerca del alcance tolerable del fortalecimiento por el Magistrado Ponente, en la sentencia, de la motivación contenida en el acta de votación».

Y se remite, para su comprobación, a las sentencias de **21/1/2005**, **16/2/2005**, **14/10/2004** y **27/11/2005**.

Por eso, no puede extrañar, que en el presente caso, y cualquiera que sea la doctrina jurisprudencial que se acoja, se haga necesario un examen individualizado de la cuestión para comprobar si se entienden cumplidos los preceptos legales precitados, ya que la clave es constatar *«si en el acta de votación, se detallan, más allá de la mera enumeración, los elementos de convencimiento que se han tenido en cuenta»*. Y como tal sucede en el caso revisado, se rechaza el recurso (FJ 2.º).

2. Juicio Oral

2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Acción popular

En el apartado de cuestiones de orden procesal, que se suscitan, con anterioridad a la celebración del juicio y que tienen indudable repercusión en el mismo, contamos con diversas resoluciones, pero sin duda, el tema que mayor trascendencia ha tenido en el año judicial que examinamos, ha sido la fijación de la doctrina sobre el **alcance de la acción popular**, lo cual se ha llevado a cabo mediante dos sentencias, la primera **STS 17-12-2007 (Rc315/07)** y la segunda, **STS 8-4-2008 (Rc408/07)**, complementaria pero no contradictoria de la anterior, a pesar de las críticas recibidas en tal sentido.

Las sentencias, por su extensión y enjundia del tema abordado, son de recomendable lectura, máxime por los valiosos votos particulares que las acompañan. No obstante, recogemos algunas de las ideas más importantes, que contienen.

La primera de las resoluciones, dictada sobre el sentido de la limitación de **la acción popular en el artículo 782.1 LECrim**, sostiene:» *debemos subrayar que, sin poner en duda la institución reconocida en el art. 125 CE, las excepciones al ejercicio de la acción popular no tienen aptitud para comprometer el carácter de Estado democrático de Derecho que le atribuyen los recurrentes. Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva, pues sólo se suele reconocer el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles (p. e.: los códigos procesales italiano, [art. 74 y ss.], francés, [art. 85 y ss.], portugués [art. 71 y ss.] o permitir sólo una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal [Alemania, StPO § 395], o admitir una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal [Austria, StPO §§ 46 y ss.]). Ello es consecuencia de la atribución del ius puniendi al Estado en forma monopolista que caracteriza al derecho penal moderno.»*

9. *La premisa prevista en el art. 125 CE da lugar a dos consecuencias lógicamente indiscutibles: el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar en qué procesos puede ser ejercida, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las especies de procesos, y a establecer la forma del ejercicio allí donde la acción popular sea*

legitimada. La Constitución no dice de qué manera se debe regular el ejercicio de la acción popular, como tampoco dice si el jurado al que se refiere en el mismo art. 125 CE debe ser un jurado popular o de escabinos; tampoco exige una igualdad absoluta entre el Ministerio Fiscal y los que tengan la pretensión de ejercer la acción popular, pues mientras el Ministerio Fiscal, como órgano constitucional, es una parte esencial en todo proceso penal necesario para cumplir con las funciones que requiere un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), es decir la separación entre la acusación y el tribunal, así como las que le asigna el art. 124.1. CE, la acción popular no es parte esencial del proceso y sólo podrá ser ejercida en los procesos que la ley determine y en la forma determinada en la ley.

10. *Con respecto al significado de las expresiones «aquellos procesos que la ley determine» es evidente que, de la misma manera que nadie ha discutido la facultad constitucional del Legislador para establecer el tribunal del jurado sólo para ciertos hechos punibles, tampoco cabe discutir que el legislador haya podido prever una regulación especial de la acción popular en el procedimiento abreviado. Por lo tanto la Sala llega a una primera conclusión: el Legislador tuvo facultades para establecer límites a la acción popular en el procedimiento abreviado que pueden no haber sido establecidas para otras especies de procesos penales.*

(...)

12. *Por esta razón es claro que la acción popular puede ser regulada en el marco de las competencias generales que se le reconocen al Legislador para configurar el proceso penal y para abreviar, en su caso, la tramitación del proceso en ciertos delitos. Es decir: el Legislador está autorizado a aplicar el principio de celeridad en esta materia y, consecuentemente, pudo establecer una norma como la del art. 782.1. LECr. Esta no es una particularidad de nuestro derecho. La doctrina ha subrayado que incluso en Inglaterra, donde teóricamente la acción popular es todavía hoy el fundamento de la persecución penal, está sometida a numerosas excepciones y limitaciones.*

En este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popu-

lar un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado.

(....).

En consecuencia: no contradice la ley haber entendido que en el art. 782.1. LECr el concepto «acusador particular» no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue».

Y la segunda sentencia dictada sobre la acción popular, (**Caso «Atutxa»**), sostiene, como núcleo de su razonamiento, la siguiente doctrina:

«En definitiva, satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva. El proceso penal justifica su existencia, entre otros fines, por su carácter de institución pública para la adecuada reparación de los efectos del delito. De ahí que se aproximará más a su ideal cuando la interpretación de las reglas que disciplinan sus distintas fases, se acomode al criterio de que, en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no pue-

de tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.

Es cierto que en sus orígenes históricos, la acción popular llegó a representar el único vehículo formal posible para el ejercicio de la accusatio, superando una concepción privada del proceso penal y expresando así el interés general en la persecución de los delitos. Sin embargo, la evolución de los sistemas procesales ha determinado, de forma especialmente generosa en el nuestro, la posibilidad de una presencia plural en las partes activas y pasivas del proceso. Es, pues, constitucionalmente legítimo fijar límites que traduzcan los efectos jurídico-procesales que han de asociarse a la convergente voluntad, pública y privada, de no formular pretensión acusatoria.

No es obstáculo para este entendimiento, la idea de que el control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), siempre permitirá al Juez discernir entre aquellas acusaciones populares fundadas y aquellas otras que no lo son. Cuando el art. 782.1 de la LECrim proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado.

Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se iden-

tífica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.

Por cuanto antecede, procede rechazar la alegación suscitada por la defensa de Juan María A., Concepción B y Gorka K., acerca de la quebra de su derecho a un proceso con todas las garantías» (FJ 1.º).

2.2. Sentencia. Cosa juzgada. Motivación de sentencia absolutoria

Sobre cuestiones relativas a la sentencia «stricto sensu», una vez más la motivación ha sido objeto de especial atención, junto con algún otro tema, destacando la alegación de «cosa juzgada» a fin de evitar el juicio y posible sentencia condenatoria posterior.

En efecto, la **STS 21-01-2008 (Rc 1575/07)**, se refiere a si las conclusiones derivadas de un juicio de menores, respecto a un no juzgado en el mismo, sobre las cuales dice el juzgado «a quo» que le afectan «en alguna medida», son suficientes para estimar la excepción procesal de «cosa juzgada» en el juicio posterior ante la jurisdicción penal (de adultos).

La sentencia hace un estudio completo de la institución de la **cosa juzgada material** y concluye, que no cabe estimarla, en el caso, pues el recurrente no sufrió una dualidad de juicios sobre los mismos hechos.

Y sobre **motivación de las sentencias absolutorias**, la **STS 3-10-2007 (Rc 224/07)**, recuerda su menor exigencia que las condenatorias, «*toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela judicial efectiva se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia, de suerte que la afirmación de que el Tribunal no considera probada la realización del hecho objeto de acusación o la participación en el mismo del acusado, o la de que no ha superado la duda sobre tales extremos, en que metódicamente hubo de situarse antes del enjuiciamiento -afirmaciones que son lógico presupuesto de una sentencia absoluto-*

ria—, no estarían necesitadas, en principio, de una motivación que no fuese la mera expresión de la ausencia de prueba o la permanencia de la duda, (STS de 3 de diciembre de 2002). Ahora bien, en este último caso, la expresión de la duda, y la consecuente absolución de la imputación satisface el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del imputado, siendo exigible (simplemente)... que el tribunal exprese las razones por las que alcanza su convicción absoluta en una «motivación dirigida a explicar, de forma racional, el fundamento de la decisión adoptada» a fin de «...proscribir la arbitrariedad, como fundamento de la actuación del Estado (en este sentido STS 689/2007, de 28 de junio)» (FJ 1.º).

2.3. Penalidad. Supuestos varios

En esta materia recogemos tres resoluciones, una que trata una cuestión novedosa, cuál es la relación entre pena y beneficios penitenciarios y otras dos, sobre la pena de multa.

La **STS 4-10-2007 (Rc 10242/07P)**, considera que los **beneficios penitenciarios**, como permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo del tiempo para la libertad condicional, deben referirse a la totalidad de las penas impuestas a un interno, y no a la que resulte a cumplir, en concreto.

En cuanto a la pena de **multa**, la **STS 11-02-2008 (Rc 117/07)**, aplica la nueva doctrina fijada en el **acuerdo plenario de la Sala de 27-11-2007**, que matiza el anterior de **20-12-2006**, estimando el recurso de casación presentado, ya que si bien, en principio, «*el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*», con arreglo al criterio expresado en el **acuerdo plenario 27 de noviembre de 2007**, se matizó el anterior, que «*debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena*» (FJ 5.º).

2.4. Responsabilidad civil. Subrogación a favor del Estado. Responsabilidad de centro escolar y de vigilante de seguridad. Consecuencias para la víctima, a causa de su negligencia

Tampoco han escaseado, este último año judicial, los pronunciamientos sobre **responsabilidad civil**, imprescindibles cuando se han producido daños y perjuicios derivados de un hecho delictivo.

Y así, entre los más interesantes, podemos citar:

La **STS 3-12-2007 (Rc 518/04P)**, que se ocupa del **derecho de subrogación del Estado**, del importe adelantado, en los casos de asistencia a las víctimas de **delitos violentos y contra la libertad sexual**.

Y como en la sentencia dictada, el Tribunal omitió pronunciarse sobre la reclamación efectuada por el Abogado del Estado en el proceso penal, a pesar de haber acompañado la correspondiente documentación justificativa de su derecho, el Tribunal Supremo estima el recurso y condena al acusado al pago al Estado español de la suma reclamada.

Por su parte, la **STS 6-02-2008 (Rc 10714/07P)**, declara la improcedencia de **responsabilidad civil subsidiaria de un centro escolar**, en un caso de agresión sexual de un profesor de kárate a alumnos del centro, ya que el centro —dice la sentencia— *«se limitó a consentir que el responsable penal impartiera clases de karate en el colegio, sin que conste percibiera del Centro remuneración alguna -al parecer los alumnos le abonaban directamente el importe de las clases— a cambio de ayudar al profesor de Educación Física, conducta que en modo alguno supone citar una situación de peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, habiendo el procesado llevado a cabo los delitos contra la libertad sexual, sin ninguna relación con el desempeño de sus obligaciones y servicios en un lugar; el propio domicilio de éste, totalmente ajeno a las posibilidades de control y vigilancia del declarado responsable civil subsidiario»* (FJ 13.º).

Y sobre la misma temática, la **STS 18-10-2007 (Rc 1131/06 P)**, examina las consecuencias civiles derivadas del hecho delictivo —una agresión sexual y asesinato— llevadas a cabo por un **empleado, que tenía una relación de dependencia con una empresa** y que cometió los hechos en horario laboral.

En el caso, el responsable material de los hechos, ejercía labores de control de la entrada y salida de los vehículos de un campus universita-

rio, aprovechando su ocupación para cometer los delitos sobre una joven estudiante de derecho a la que atacó en el sótano del aparcamiento.

Ante tales hechos, procede la condena a la empresa de seguridad de la que dependía el autor de los mismos, ya que *«se encontraba en el ejercicio de sus funciones y su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar se derivan en todo caso su relación de dependencia con la empresa y se producen en su propio ámbito de actuación, en cuanto había accedido a la zona en ese momento como consecuencia de su condición de empleado encargado del mantenimiento del aparcamiento, control de acceso y salida de vehículos y apertura y cierre de sus puertas.»* Y *«la responsabilidad civil subsidiaria no procede solo en el caso de que los actos delictivos estén desconectados del ámbito de las citadas actividades y servicios (STS. 1957/2002 de 26.11)»*.

Y finalmente, la **STS 18-01-2008 (Rc595/07)**, que examina las consecuencias para la **víctima** de su participación **negligente** en la producción del hecho criminal, recordando que el artículo 114 CP, permite moderar la indemnización cuando la víctima con su negligencia, ha favorecido la comisión del delito. En el caso, se fija en un porcentaje del 50 por 100, el perjuicio a soportar por la perjudicada.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Las distintas posibilidades de la drogadicción

Uno de los capítulos habituales de las sentencias que se dictan en casación, corresponde al examen de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, a los efectos de determinar el «quantum» penológico de los hechos delictivos.

Y así, en cuanto a las **agravantes**, la **STS 29-10-2007 (Rc 10123/07-P)**, considera **alevosía** *«la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, sin ninguna clase de arma defensiva»*, dado que la seguridad de la agresión es máxima.

Respecto a **atenuantes**, tal vez las dos que han sido objeto de más pronunciamientos, han sido la de **dilaciones indebidas** y la de **reparación del daño**.

Sobre la primera, la **STS 14-11-2007 (Rc 549/07)**, contiene la doctrina en la materia, la cual sintetiza en los siguientes parámetros:

«a) *la complejidad del litigio.*

b) *los márgenes ordinarios de duración del proceso de las mismas características.*

c) *la propia conducta procesal del litigante.*

d) *el comportamiento del órgano judicial, y otros que participan como partes, entre los que debe incluirse al Ministerio Fiscal.*

e) *la exigencia de la invocación de este derecho por el interesado para que el tribunal impulse, si es posible, la tramitación paralizada» (FJ 15.º).*

La **STS 18-12-2007 (Rc 1328/07)**, recuerda «*que es preciso que quien alega su concurrencia precise los momentos en que se ha paralizado la tramitación de forma indebida o cuáles han sido las diligencias practicadas que han retrasado el trámite a pesar de que desde el primer momento era apreciable su inutilidad para la investigación. En definitiva, cuál ha sido en su opinión la causa de la dilación que la hace indebida» (FJ 3.º).*

Y la **STS 26-12-207 (Rc 275/07)**, en cuanto al inicio del cómputo, afirma que es preciso se hayan adoptado medidas contra el imputado, incluidas las cautelares.

Y en cuanto a la atenuante de **reparación del daño**, la **STS 11-10-2007 (Rc 10461/07 P)**, expone de manera amplia la doctrina, con cita de las dos tesis dominantes para justificarla, la del «*actus contrarius*» del agente y la de la «*protección objetiva de la víctima*», mientras otras dos resoluciones se ocupan de la cuestión de la **reparación moral**.

Y así, la **STS 29-01-2008 (Rc 1615/07)**, la aplica como «*muy calificada*» porque el acusado, además de entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, se disculpó por lo sucedido a satisfacción de la víctima, lo cual supone no una mera apariencia sino un reconocimiento de la vulneración del orden jurídico y del esfuerzo realizado por expresar el retorno a dicho orden jurídico.

Y en la **STS 27-12-2007 (Rc 429/07)**, se aborda la cuestión en los delitos sexuales, en el caso la víctima tenía siete años y el acusado consignó antes del juicio sólo el 25 por 100 de la cantidad peticionada por las acusaciones, indicándose que en esta clase de delitos el bien jurídico infringido «difícilmente puede repararse con una indemnización de tipo económico, que (en el caso) no resulta más que una mera ficción legal» por lo que la aplicación de la atenuante examinada, en estos casos, debe ser enormemente restringida y calibrada conforme a las concretas circunstancias el caso concreto, analizado.

Sobre circunstancias **eximentes**, la **STS 9-10-2007 (Rc 254/07)** examina la proporcionalidad en el empleo de la fuerza en la actuación policial, a fin de la aplicación de la eximente de **obrar en cumplimiento de un deber**, diciendo que resulta injustificable que cinco ertzainas, a fin de reducir a tres personas, dos de ellas mujeres desarmadas, utilizaren sus defensas con golpes directos de especial intensidad causando a una de ellas lesiones graves, cuando pudieron, simplemente, blandirlas como forma disuasoria, y en su caso, en una escalada progresiva utilizarlas de forma legítima.

Sin embargo, dice la **STS 21-11-2007 (Rc 11107/06P)**, «*si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana*»

En cuanto a la **drogadicción**, la **STS 9-10-2007 (Rc 10182/07 P)**, hace un extenso y profundo análisis de las posibilidades que brinda, y que alcanzan a su estimación como eximente, eximente incompleta o atenuante., siempre sobre la base de que para que produzca su efecto penológico beneficioso, para el condenado, debe reunir los siguientes requisitos:

«a) *requisito biopatológico. Es preciso que nos encontremos ante la presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos dos condicionamientos:*

1) *que se trate de una intoxicación grave capaz de originar el efecto exonerativo o modificativo de la responsabilidad criminal.*

2) *que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de manera instantánea, sino que re-*

quieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida.

b) requisito psicológico, que supone la repercusión de tal afectación en las facultades psíquicas del autor, de suerte que condicione o motive su comportamiento. No es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos o volitivos del agente. Tal elemento se expresa en la dicción literal de la atenuación que exige que el sujeto actúe a causa de...

c) requisito temporal o cronológico, en el sentido de que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva.

d) requisito normativo, que consiste en que la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, determinará la apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante genérica o analógica» (FJ 3.º).

1.2. Culpabilidad. Error

En materia de culpabilidad, hemos seleccionado dos sentencias sobre error.

La **STS 18-02-2008 (Rc 1965/07)** descarta el posible error sobre el comportamiento antijurídico de la autora, una detención ilegal, en base a que los hechos probados son claros y no coinciden con el relato fáctico que defiende la recurrente.

En la **STS 14-12-2007 (Rc 879/07)**, se aprecia, como **error invencible**, el hecho de mantener relaciones sexuales con una menor, derivado de que *«ha de subrayarse que el acusado acababa de entrar en el censo de criminalmente responsables apenas un mes antes de los hechos. Y la menor se encontraba a otro mes de poder consentir con efectos enervantes de responsabilidad penal cualquier relación sexual no coactiva.*

Es pues harto creíble que el sujeto activo pudiera pensar que su comportamiento era tan lícito como lo sería de reiterarse unos días más tarde que el día en que cometió el hecho que se le imputa en esta causa (FJ 2.º).

2. Agresión sexual

Sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se han dictado numerosas resoluciones, algunas de particular interés, entre las que destacamos las **SSTS 24-10-2007 (Rc 22/07)** y **18-12-2007 (Rc 251/07)**.

En la primera se aborda el significado de la felación al sujeto pasivo, afirmando que no equivale a la acción de penetrar, pues la interpretación de la acción prevista en el artículo 179 CP, excluye que la misma pudiera cometerse de otra forma que no fuese mediante la penetración del miembro viri con arreglo a las categorías elaboradas en torno al delito de violación, y de acuerdo con ellas «el acceso carnal está constituido en primer lugar por la unión de los órganos genitales del hombre y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina, y, en segundo lugar, mediante la penetración anal o bucal del miembro viril, con independencia de que el sujeto pasivo sea mujer o varón», por lo que no cabe identificar el acceso carnal o cópula con la acción del caso, consistente en chupar el pene a un menor (FJ 11.º).

Y en la segunda, respecto al delito previsto en el art. 181.1 CP, se recuerda sus características: a) la concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades —salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos—; b) que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y, c) un elemento subjetivo, el «ánimo libidinoso», o propósito de obtener una satisfacción sexual (v., por todas, STS de 6 de marzo de 2006), siendo fundamental para decidir en cada caso, «ponderar con la mayor diligencia posible el conjunto de circunstancias que definan cada conducta concreta a enjuiciar».

3. Alzamiento de bienes

Tampoco han faltado resoluciones sobre uno de los delitos claves contra el patrimonio y el orden socioeconómico, cual es el alzamiento de bienes.

Por un lado, la **STS 27-12-2007 (Rc 1404/07)** ha recordado sus **requisitos o características**:

«1.^a *Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.*

2.^a *La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.*

3.^a *Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.» (FJ 4.º).*

Concluyendo con que «producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito».

Y por otro, la **STS 9-04-2008 (Rc 1955/07)**, examina el delito previsto en el artículo 258 CP, de **insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles**, incorporado por el Código Penal de 1995, y que carece de precedente en nuestra historia penal.

«Este delito —se dice— *se consuma tan pronto como se llevan a cabo los actos de disposición o se contrajesen obligaciones que disminuyan su patrimonio, sin que sea necesario esperar a la resolución del proceso acerca del enjuiciamiento de ese «hecho delictivo», que genere la oportuna responsabilidad civil que previamente se ha tratado de burlar con la conducta del autor, siempre que concurren los demás elementos del tipo. Y ello porque este delito participa, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, esto es, se trata de un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado. De modo que basta que el autor prevea que de la comisión de aquel «hecho delictivo» se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consume, con independencia de cual sea cualquiera que sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél.*

Y aunque ha habido alguna discrepancia al respecto, se recuerda la doctrina sentada ya por **STS 739/2001 de 3 de Mayo** «que no deja lugar a dudas», consistente en:

«... que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia....» (FJ 2.º)

4. Apropiación indebida

Sobre el delito de apropiación indebida, seleccionamos la **STS 9-05-2008 (Rc 1585/07)** que trata de la aplicación del artículo 252 CP, a un caso sobre **disposición de pagos por parte de los administradores de una sociedad**.

En la sentencia, que casa la de la Audiencia, se dice:

«..El pago de deudas de una sociedad por otra, cuyos socios, al menos en parte, pertenecen a ambas, no es más que una operación mercantil, que, incluso, podría ser considerada como un préstamo entre sociedades. Por tal razón, a los efectos del tipo de la distracción de dinero del art. 252 CP, no se trata de saber si una sociedad hizo pagos correspondientes a deudas de la otra y de si esos pagos se efectuaron para compensar deudas de una sociedad respecto de la pagadora. Se trata de si los administradores tenían poder para disponer del dinero en la forma en la que lo hicieron. Esos poderes surgen por regla general -como ya lo hemos indicado— de los contratos sociales en los que establecen las facultades de los administradores o, en su caso, de los estatutos y en particular de poderes especiales que pueden haber sido otorgados para determinadas operaciones» (FJ Único).

Y de acuerdo a lo anterior, al no haberse comprobado que los administradores que dispusieron los pagos los hayan hecho excediendo del límite de sus facultades de disposición, el hecho probado, tal como aparece en el capítulo correspondiente, no es subsumible bajo el tipo del art. 252 CP.

5. Atentado

La **STS 4-12-2007 (Rc 759/07)** ha sido una de las más novedosas del año judicial, al considerar atentado, delito en el que el sujeto pasivo ha

de ser una autoridad o un funcionario público, el acometer a un **médico de un centro de asistencia primaria de la red de la sanidad pública**.

La resolución, otorga de ese modo una protección suplementaria a quienes, por su actividad profesional, se ven frecuentemente envueltos en situaciones de riesgo y estrés, que se saldan, en más de una ocasión, con agresiones por parte de los pacientes o los familiares de éstos.

La novedad de la sentencia, estriba en el desarrollo del concepto «función pública», que considera, a los efectos del delito, ampliable a aquellas funciones que suponen afectación de intereses públicos.

El razonamiento clave, a tal efecto, y partiendo del caso en cuestión, es el siguiente:

«1. En el caso, el Tribunal acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase. Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, «conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad». El Ministerio Fiscal, por el contrario, sostiene que se trata de funciones públicas y que dados los hechos el acusado conocía el carácter público de la actuación del agredido.

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

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, en cuanto a los médi-

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

2. La segunda cuestión ha de relacionarse con las particularidades del caso concreto. En el hecho probado se establece que el acusado era paciente del agredido, Médico del Centro de Asistencia Primaria, y que le había atendido extrayéndole una pieza dentaria. Los dos actos agresivos tuvieron lugar tras acudir el acusado a las inmediaciones del referido Centro y claramente en relación con la actividad sanitaria del médico prestada con anterioridad.

Por lo tanto, dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un Centro Público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actuación filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública» (FJ 2.º).

6. Blanqueo de capitales

El delito de **blanqueo de capitales** previsto en el **art. 301 CP**, aunque no con tal denominación que el Código no emplea pero se ha impuesto en la práctica, es una conducta dolosa si bien, en su punto 3 admite el tipo imprudente, al decir: «Si los hechos se realizasen por **imprudencia grave**, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo».

La **STS 23-11-2007 (Rc 2368/06)** examina este supuesto, llegando a decir que «esta clase de delitos de imprudencia grave es de difícil comisión para los particulares», y explica las razones de ello:

«Hay una ley particular en esta materia de blanqueo de capitales, la 1/1993 de 28 de diciembre y su reglamento del año de 1995 que prescriben determinadas medidas para la prevención de estos delitos y para impedir la utilización del sistema financiero y otros rectores de la vida económica en pro de estas actividades, imponiendo determinados deberes específicos en esta materia a las entidades de crédito, aseguradoras, agencia de valores, sociedades de inversión colectiva, casinos de juego, promociones inmobiliarias, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc.

La infracción de los deberes impuestos a estas personas jurídicas y físicas podrían constituir esa imprudencia grave del art. 301.3 CP. Cuando no exista vulneración de estas obligaciones específicas es difícil la comisión de esta clase de delitos; para los particulares, podemos decir -si no como regla absoluta, sí como criterio general— que no es posible la condena penal conforme a esta norma de nuestro código. En todo caso se requiere para tal condena que quede expresado en la sentencia condenatoria en qué punto concreto se produjo la infracción de ese deber de cuidado inherente siempre al concepto de imprudencia, es decir, ha de decirse qué es lo que podía haber hecho el acusado en estos casos de negligencia inexcusable, cómo podía haber alcanzado en este concreto ese conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes cuyo blanqueo se ha realizado.

La sentencia de esta sala 924/2005 de 17 de junio razona ampliamente en este sentido y absuelve a quienes venían condenados por la Audiencia Provincial porque, fuera de esos casos en que hay incumplimiento de esos deberes específicos regulados en esa Ley de 1993 y en ese reglamento de 1995, si no hay delito doloso (art. 301.1 y 301.2) es prácticamente imposible que pueda existir el cometido por imprudencia grave (art. 301.3)» (FJ 4.º).

7. Corrupción de menores

La protección de la infancia, bien jurídico de carácter genérico protegido en el delito de corrupción de menores, se examina en concreto, en la **STS 1-10-2007 (Rc 397/07)**, en un caso consistente en «convencer a una joven de tan corta edad (solamente tenía doce años) para que se exhiba delante de la web.cam de su ordenador, mostrando sus pechos y pubis», así como «conseguir también que la misma joven se masturbe ante dicha cámara, logrando así grabar tales imágenes (luego remitidas por correo electrónico a otra joven)».

Tal conducta — dice la sentencia —, constituye, sin la menor duda, una conducta exhibicionista de una menor y también una conducta de elaboración de material pornográfico, sin que la realidad social permita, en este campo, rebajar tal calificación, especialmente cuando en este tipo de conductas resultan implicadas personas menores de edad, como pone de relieve la fuerte reacción social que la divulgación de este tipo de hechos produce en la sociedad, suficientemente concienciada de la necesidad de protección a la infancia y a la juventud, hasta el punto que tanto las Naciones Unidas como la Unión Europea han promovido medidas adecuadas para proteger los derechos de ambas.

Y ello, porque *«El bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas»* (FJ 3.º).

8. Desobediencia

Otra de las sentencias más trascendentales del año judicial 07-08, fue la dictada en el «**Caso Atutxa**», como consecuencia del incumplimiento de lo resuelto por la Sala Especial del artículo 61 LOPJ.

La STS 8-04-2008 (Rc 408/07), examina con amplitud toda la problemática suscitada por un caso que suscitó un gran interés social y mediático, y tras rechazar los fundamentos en que el TSJ del País Vasco basaba la absolución de los implicados en el caso, condena por un delito de desobediencia, en base al siguiente razonamiento:

«Es claro, pues, que si la propia Sala de instancia reconoce que el requerimiento formulado por el Tribunal Supremo había sido dictado en el ámbito de las estrictas competencias que incumben a la Sala Especial del art. 61 y aparecía formalmente revestido de todos los requisitos exigidos para su eficacia, habría debido concluir que no cabe oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido.

El análisis de este concreto aspecto del recurso no puede pasar por alto la mención a sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, dictados en respuesta a los recursos de amparo promovidos por Batasuna (ATC 520/2005, 20 de diciembre), el Grupo Parlamentario Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak (STC 251/2007, 17 de diciembre) y el propio Parlamento Vasco (ATC 515/2005, 19 de diciembre). Todos estos recursos —junto a otros cuyo desenlace a esta Sala no le consta— fueron deducidos, en su día, contra resoluciones de la Sala Especial del Tribunal Supremo, íntimamente ligadas a la ejecución del auto de fecha 20 de mayo de 2003. Pues bien, todos ellos han sido, sin excepción, desestimados por el Tribunal Constitucional, denegando el amparo en los términos interesados» (FJ 2.º).

9. Delitos contra el medio ambiente

La problemática del medio ambiente sigue siendo uno de los grandes temas del Derecho de nuestra época, siendo la diferenciación de ámbitos jurídicos protectores, una de las cuestiones de mayor dificultad.

Por eso, la **STS 13-2-2008 (Rc 682/07)**, que se ocupa de la **delimitación entre los ámbitos administrativo-sancionador y penal**, resulta de gran interés, al afirmar que para aplicar el derecho penal no basta la contravención de la normativa a administrativa sino que se requiere algo más, que la conducta sea potencialmente peligrosa en cuanto a los efectos nocivos de la conducta realizada.

Tal doctrina, se explica en los siguientes razonamientos:

*«...lo cierto es que el artículo 325 exige como elemento de tipicidad, la **gravedad del peligro** a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas.*

De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas.

— Por ello lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido la STS 96/2002, de 30 de enero, dijimos que «esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)». La valoración que hace el tribunal es inmune... en lo que dependa de la inmediatez, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro».

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, se afirmó, en el mismo sentido que «el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta».

Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.» (FJ 19.º).

Siendo fundamental para determinar la gravedad de la conducta a valorar, contar con una **prueba pericial** a fin de que expertos asesoren al juez, evitando que las percepciones de éste se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal, siendo indispensable que la valoración tenga en cuenta dos elementos esenciales que integran el concepto de peligro: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. Por tanto, la gravedad se ha de deducir de ambos elementos conjuntamente, *«lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico.»*

10. Delitos contra los extranjeros

Cada vez con más frecuencia, tiene oportunidad el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre el **art. 318 bis CP**, que integra el Título XV BIS del Libro Segundo del CP, «De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», ya que la incidencia del fenómeno inmigratorio en España, está propiciando gran cantidad de causas penales sobre dicha temática.

De las sentencias dictadas al respecto, destacamos las siguientes: **SSTS 18-01-2008 (Rc 768/07)**, **18-02-2008 (Rc 10424/07 P)** y **8-04-2008 (Rc 10585/07 P)**.

La primera, materializa el **acuerdo de 29 de mayo 2007** mediante el cual se **despenaliza la entrada ilegal de ciudadanos rumanos y búlgaros**, pues al ser ciudadanos comunitarios, a todos los efectos, desde el pasado 1 de Enero de 2007, las posibles irregularidades en su entrada a un territorio comunitario distinto del de sus respectivos países, tendrá, a lo sumo, consecuencia administrativas o policiales, pero no penales.

La **STS 18-02-2008**, relativa a la **competencia de la jurisdicción española** en este tipo de delitos, reafirma la jurisdicción española, conforme a lo dispuesto en los artículos 21.1 y 23.4 h) LOPJ, en el caso de una embarcación a la deriva sin pabellón, localizada a treinta millas de la isla canaria de El Hierro.

Y por último, la **STS 8-04-2008**, reitera la **doctrina sobre el concepto de inmigración ilegal**, recordando que la clandestinidad *«no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio)»*.(FJ 4.º).

11. Detención ilegal

El delito de detención ilegal, delito clásico entre los clásicos, como lo prueba el hecho de que **el CP de 1848**, lo incluía con una fórmula idéntica a la actual: «el particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad», sigue siendo ocasión para pronunciamientos sobre cuestiones que no cesan de suscitarse.

Así sucede con la posibilidad de que, por **concurso de normas**, la conducta producida se vea absorbida por otros delitos, situación que se produce — así respecto al delito de robo violento — cuando la privación de libertad se ha extendido durante un tiempo mínimo.

Por eso, en el caso examinado por la **STS 25-10-2007 (Rc 11189/06)**, se considera que hubo detención ilegal ya que en la narración fáctica, *«consta un episodio de privación de libertad, introducción en un vehícu-*

lo, esposamiento, golpes, huída del lugar inicial, persecución policial, y finalmente, desprendimiento de la víctima, que materialmente es arrojada en marcha, con las esposas puestas, en medio de una carretera. Ni puede ser absorbido todo ese episodio en el robo, ni la construcción delictiva del concurso medial (pues no es preciso detener ilegalmente para robar, a modo de medio a fin), de manera que el concurso real no pudiera ser en modo alguno descartable, a pesar de lo razonado de forma más favorable por la Sala sentenciadora de instancia, en concurso medial, como ya hemos expresado» (FJ 3.º).

De igual modo, en la **STS 8-10-2007 (Rc1543/06)** se adentra en las diferencias entre las **coacciones y detención ilegal**, siendo, como se sabe, el delito de coacciones, un tipo básico y residual sólo aplicable cuando no se de la detención ilegal.

Pues bien, en el caso a que se refiere la sentencia precitada, el Tribunal Supremo considera existente una detención ilegal en un supuesto en que la víctima «tenía tanto miedo que decidió quedarse» con su agresor, que no le permitía abandonar la casa, esgrimiendo una navaja, y le privó de su teléfono móvil, con lo que le impedía todo contacto con el mundo exterior, acabando por hacerle una marca de res en la nalga derecha, hasta que finalmente le autorizó a abandonar el domicilio.

Por todo ello, concluye la sentencia «*se produjo un episodio de detención ilegal, al menos en su última fase, que colma las exigencias típicas del art. 163 del Código penal, que será estimado conforme lo postulado en el art. 163.2 del Código penal, a cuyo tenor «si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado».*(FJ 5.º).

12. Estafa

De nuevo, como viene sucediendo, la estafa, un año más, se ha erigido en uno de los delitos que más sentencias ha generado, entre los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

De todas las dictadas, seleccionamos las siguientes:

La **STS 20-11-2007 (Rc 407/07)**, se ocupa del **delito continuado**, resolviendo, teniendo en cuenta el **acuerdo del pleno no jurisdiccional**

de fecha 30-10-2007, respecto a la hipótesis más controvertida, «cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art.250.1.6 CP, pero sí globalmente consideradas», que la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, lo que supone aplicar dicho precepto, si bien la pena será conforme al párrafo 2.º del art.74 CP, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art.250.1 y no la del art.249 CP.

Sobre el concepto de **engaño bastante**, «el nervio» o «el alma» del delito, como ha dicho la jurisprudencia histórica, el cual debe comprobarse en cada caso, la **STS 24-04-2008 (Rc 286/07)** lo considera existente, en la presentación de unos cheques previamente falsificados y que correspondían a una cuenta de otra sucursal del banco, con importes moderados y que se cobraron en dos sucursales distintas. En ese caso, dice la sentencia *«la maquinación era constitutiva de delito, no era burda y la entidad bancaria activó mecanismos de seguridad (básicamente anotar el número del DNI de quien presentaba el talón) enmarcados en los principios de actuación eficaz y de confianza»*, que a la postre dieron con los autores de la estafa.

En cambio, la **STS 28-2-2008 (Rc 1943/07)**, consideró que no hubo engaño bastante en un caso en que se considera que fue la torpeza del querellante o de sus letrados -al no presentar documentación acreditativa del pago de la cantidad controvertida— la que causó el perjuicio patrimonial pues «omitieron una actuación que con absoluta seguridad hubiera impedido el error». Y si no hubiera sido por tal falta de autoprotección -prosigue la sentencia—, los ardidés empleados por la otra parte, nunca hubieran podido alcanzar sus objetivos, «quedando el comportamiento fraudulento de éste prácticamente en un delito imposible».

Y precisamente al **principio de autoresponsabilidad**, se refiere la **STS 16-10-2007 (Rc 1914/06)**, que sintetiza la cuestión en que en los negocios criminalizados, «se trata de un problema de distribución de riesgos», dependiendo el «ambito del riesgo permitido», de la importancia de las prestaciones de cada parte, las relaciones entre éstas, las circunstancias personales del sujeto pasivo, su capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En consecuencia, de acuerdo con este principio, la doctrina ha excluido la imputación objetiva en la estafa, en los siguientes casos:

«a) *negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo, la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante.*

b) *relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los móviles de diligencia exigidos en este caso son mayores.*

c) *utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitables con una mínima diligencia.*

d) *casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad» (FJ 10.º).*

13. Falsedades

Con reiteración, viene ocupándose la Sala Segunda de recursos sobre el delito de falsedad documental. En el presente año, la **STS 5-10-2007 (Rc 2254/06)**, abordó el supuesto de **alteración de documento**, una de las formas de realización de la falsedad documental, prevista en el artículo **390 1. 1.º CP**, sentando la doctrina de que «*la alteridad entendida como diversidad, entre el contenido documentado y la realidad, que aparece tipificada en ese ordinal no puede acoger toda falta de coincidencia, por esencial que sea, entre lo que se enuncia en el documento y la realidad. De ser así la descripción típica abarcaría toda mendacidad del contenido del documento, sin más límite que la esencialidad de la materia sobre la que tal contenido falso verse, haciendo los demás tipos inútiles.*» (FJ 1.º).

Por eso, en el caso examinado, en el que los hechos, solamente afirman:

«**a)** Que D. Julián, acusado conforme con su condena, suscribió unas notas de entrega; **b)** que en ellas se hacía constar que por la empresa C. E S.A. se entregaba a M y F S.L. unas partidas de madera. y **c)** que sobre la naturaleza de lo entregado se hizo figurar que era *contrachapa*, cuando en verdad era de *madera de cerezo*, de mucho mayor valor», es evidente —dice la sentencia precitada— que «limitándose el comporta-

miento imputado a enunciar un hecho diverso del verdadero, siendo el autor un particular, por aplicación del art. 392 del Código Penal el mismo no puede considerarse autor del delito de falsedad por el que viene condenado», pues «se está en el caso de un enunciado mendaz, emitido por particular, que no implica la total ficción o simulación del origen de la emisión del documento, ni ficción en cuanto a la autenticidad o identidad de los sujetos que se dicen intervinientes.

Por ello —concluye la resolución— no se rebasa conforme a la consolidada doctrina anteriormente expuesta, el ámbito de la falsedad ideológica y se estima el recurso, no pudiendo considerarse autor del delito de falsedad por el que viene condenado, al recurrente.

14. Lesiones

En relación a este delito, otro clásico de la jurisprudencia, seleccionamos dos sentencias: las SSTS **26-12-2007 (Rc 2134/06)** y **13-12-2007 (Rc 1006/07)** que se refieren, respectivamente, al subtipo agravado del artículo 148 1.º CP, que sanciona con mayor pena las lesiones en las que se utilizan «armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida, la salud, física o psíquica del lesionado» y, la valoración de las lesiones síquicas derivadas de un delito contra la libertad sexual.

En el primer caso, se considera aplicable el **subtipo agravado del artículo 148 1.º CP**, ya que arrojar un armario sobre un parapléjico que utilizaba silla de ruedas, causándole numerosas heridas que necesitaron 18 puntos de sutura en la cabeza, supone utilizar medios concretamente peligrosos para la integridad física del lesionado.

La segunda sentencia, por su parte, reitera la doctrina de que las agresiones o abusos sexuales conllevan como consecuencia inherente, además de las consecuencias físicas que se hubieran podido causar a la víctima, una reacción psíquica que se considera como afectación añadida a los hechos que integran la agresión sexual o el abuso. Pero para elevarlas a la categoría de delito autónomo, es preciso su debida justificación pues la **lesión síquica** es una reacción que depende de factores absolutamente incontrolables derivadas de las circunstancias personales de las víctimas, no siendo aplicable, sin más, porque la víctima sea una persona de corta edad.

15. Malversación

En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, la **STS 5-2-2008 (Rc 1208/07)**, abordó, además de la cuestión del error, a la que hemos hecho referencia en el lugar oportuno, el tema del daño agravado al servicio público, indicando que el daño al servicio público no debe ser identificado con el daño puramente patrimonial pues éste es un elemento del tipo básico del delito de malversación.

El **daño al servicio público** al que se refiere el art. 432.2. CP debe ser apreciado también «cuando se sustraen caudales públicos al control de los órganos municipales competentes para su fiscalización, es decir, cuando una parte de los fondos del ente público son manejados por un funcionario como propios y con ocultamiento a los miembros del mismo». No siendo necesario que los miembros del Ayuntamiento hayan intentado una pretensión concreta de control y que ésta haya resultado frustrada.

16. Pornografía infantil

Los delitos de pornografía infantil, realizados a través de las nuevas tecnologías propias de nuestra época, siguen produciendo resoluciones de cierto interés.

Así, en la **STS 3-10-2007 (Rc 10027/07P)** se examina la **difusión por Internet (Art. 189 Código Penal)**, en cuanto a si cabe aplicar el **delito continuado**, en un caso en que la Audiencia no aplicó el art. 74 C.P que lo regula, frente al criterio del Fiscal recurrente que sostuvo lo contrario.

En efecto, se dice que aunque la Audiencia en los hechos que declara probados afirma que se dio una sucesión de actos (en distintos momentos y dirigidos a diversas personas) de transmisión de archivos con contenidos de pornografía infantil e incluso establecer que en el momento de su detención el condenado tenía en su poder material pornográfico referido a menores de edad, destinado a su distribución, considera que dichos hechos son constitutivos de un «único» delito de corrupción de menores del artículo 189.3 a) y b) en relación con el artículo 189.1 b) del C.Penal, sin apreciar por tanto la continuidad delictiva interesada en la primera de las alternativas del escrito de calificación definitiva.

El Fiscal, por el contrario, considera que no debe suscitar problema alguno la consideración de un delito independiente, «por cada acto de difusión de pornografía infantil que se realice», y ello con independencia -desde esta perspectiva—, del número de menores a los que se refiera el material pornográfico. En consecuencia, cuando concurren los requisitos y presupuestos que el artículo 74 del C.P. establece para la figura del delito continuado, esos diversos comportamientos delictivos independientes deberán ser considerados y penados como delito continuado.

Pero la Sala entiende que precisamente en atención al bien jurídico lesionado, su carácter genérico y la estructura del tipo, se viene a configurar en él una infracción de simple actividad, como ya tuvo ocasión de calificarla una sentencia de esta Sala (S.T.S. n.º 913 de 20-09-2006, Fud. 1.º n.º 5.º).

El tipo debe construirse al modo de un delito de tráfico de drogas y el indudable mayor perjuicio o cantidad de lesión ocasionada al bien jurídico por la reiteración delictiva debe proyectarse en la determinación de la pena, en cuya función el criterio judicial individualizador permitiría elegir la adecuada.

Y por ello, serían, en principio, irrelevantes la cantidad de actividad de una u otra clase (tipo mixto alternativo) realizada por el sujeto activo, tanto en relación a la naturaleza de las conductas, menores afectados o número de ocasiones en que tales conductas se reiteran, pues en los delitos cometidos sobre menores encaminados a la consecución de material pornográfico el bien jurídico protegido es personal y la naturaleza del tipo de resultado, circunstancia que no se da en el presente caso, lo que supondría que cada conducta delictiva realizada respecto al menor integre un delito independiente, con posibilidades de estimación de la figura de la continuidad delictiva. Pero ese no es el caso.

Por otro lado, en la **STS 3-10-2007 (Rc10441/07P)** se examinan unas supuestas vulneraciones del derecho a la intimidad producida en una actuación policial para obtener el **objeto material** del delito de producción y posesión de material pornográfico relativo a menores de edad.

Para resolver dicha cuestión, se indaga sobre la habilitación legal que autorice a la policía judicial a la práctica de actos que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, concluyéndose que corresponde a la Policía Judicial la averiguación de los delitos, la identificación y aseguramiento de los

delincuentes y la identificación recogida y aseguramiento de los instrumentos y efectos del delito, conforme a la profusa legislación existente al respecto.

Y que entre las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, podrá encontrarse, según las características del caso concreto, un material consistente en una página web de claro contenido pornográfico, donde se podían encontrar alguna de las imágenes halladas en su poder, el cual puede examinarse por la policía a fin de realizar un primer análisis de las mismas que permita constatar su relevancia, siempre que ello sea necesario atendidas las circunstancias del caso, lo que ha de reconducirse a la exigencia de proporcionalidad en la medida, ya citada más arriba.

17. Salud pública

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

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

Entre los temas abordados este año, la **STS 23-10-2007 (Rc 219/07)**, se refiere a las dosis que permiten hablar de **autoconsumo impune**:

«(se) ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 (cfr.SSTS 1143/1995, 15 de diciembre y 1778/2000, 21 de noviembre). Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por la Sala Segunda, que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (cfr.SSTS 578/2006, 22 de mayo y 390/2003, 18 de marzo y 705/2005, 6 de junio)» (FJ 2.º).

Sobre los problemas del **comiso**, la **STS 18-12-2007 (Rc 1328/07)**, desmonta una condena rutinaria y automática, basada en «el hecho de que en el momento de ser detenido portando la droga el acusado estuvie-

ra desplazándose utilizando para ello el ciclomotor luego decomisado», ya que ese mero hecho no es suficiente para adoptar la medida prevista en el **art.127 CP**, ya que en la sentencia no se vincula dicho medio de transporte a la tenencia de droga con destino al tráfico «pues no se desarrolla ninguna argumentación sobre el particular... por lo tanto, no procede el decomiso acordado».

En cuanto a la **fijación de la pena de multa sin previa pericial** sobre el valor de la droga, la **STS 6-3-2008 (Rc 10712/07 P)**, la impone en función del precio de la **recompensa**, uno de los criterios que posibilita el **art. 377 CP**, y que se conocían en el caso, por lo que «ante la ausencia de otras periciales, y favoreciendo al reo, sirve de presupuesto para la determinación de la pena de multa».

Finalmente, traemos aquí la **STS 21-12-2007 (Rc 1018/07)**, una resolución impactante pues no considera incluido en el supuesto de **extrema gravedad**, la aprehensión de casi cuatro toneladas de hashisch, pues para la aplicación de dicha agravación se necesita «*la concurrencia de otras circunstancias relevantes, tales como el empleo de importantes medios organizativos, buques, etc, así como un papel relevante de los autores en la actividad delictiva y no, como en el presente caso, cuando se trate de meros transportistas subalternos que trasladan la sustancia, una vez desembarcada, en dos vehículos*» (FJ 2.º).

18. Tenencia ilícita de armas

Sobre este delito, se ha pronunciado la **STS 26-02-2008 (Rc 1557/07)**, en relación a una de las conductas integrada en tal delito, el **depósito de armas de guerra y munición**, en sentencia que trata ampliamente esta modalidad delictiva, y se fija en la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, en relación a la **cuantía de las municiones**.

Y así, establece que «*En relación a la cuantía de las municiones algunas resoluciones judiciales se han fijado en la normativa administrativa, con el objeto de diferenciar entre la infracción penal y administrativa, acudiendo al Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, en cuyo artículo 212.1, tras regular la forma en que los titulares de licencias de armas pueden adquirir cartuchos, dice: «En ningún caso se podrá tener en depósito un*

número superior a 200 cartuchos». Respecto de las armas cortas, el apartado 2.º del mismo artículo dice que «el número de cartuchos que puede tenerse en depósito para arma corta no será superior a 150», constituyendo infracción grave (art. 294 c) la tenencia de explosivos o cartuchería en cantidad mayor de la autorizada.

La existencia de un ámbito de infracciones administrativas en este campo obliga a coordinar dicho conjunto normativo con el Derecho Penal, entendiendo que el Derecho Penal es la última ratio en cuanto a la reacción sancionadora. No se puede, desde luego, afirmar sin más que a partir de 200 cartuchos acumulados existe depósito, colmándose de esa guisa la tipicidad penal, pues de ello resultaría que no se podría establecer en modo alguno la diferencia entre la infracción administrativa (arts. 293 y siguientes del mentado RD) y la penal, extremándose la situación si tenemos en cuenta que la propia legislación administrativa distingue, a su vez, entre las infracciones leves, graves y muy graves». La STS 210/2003, de 17 de febrero indica que no constituye delito la posesión de 4.725 cartuchos para armas largas, teniendo en cuenta que quien las poseía era un cazador con numerosas armas legalizadas. Sin embargo, la n.º 492/2006 de 9 de mayo, sí considera depósito la acumulación de 2.000 piezas de munición.

Ciertamente las municiones que contempla el presente supuesto no son de caza, sino de guerra, pero tal cuestión ya viene contemplada al penar su posesión, en caso de constituir delito, de forma más grave. Ahora bien, ni por la cuantía, ni por la forma de posesión, sustraídas en 1991 cuando el acusado hacía el servicio militar y con las características ya descritas por el GEDEX, se puede decir que supongan un peligro o el riesgo comunitario a que se refiere la mencionada sentencia de 17 de febrero de 2003.

Tampoco debería pasarse por alto, en armonía con el bien jurídico protegido, la aptitud objetiva para ser utilizada la munición y la voluntad inequívoca del poseedor de hacerlo o no. En nuestro caso, no se halla en el mercado el fusil ametrallador Cetme, y dudamos que todavía dicha arma subsista y no haya sido sustituida en el ejército por otra u otras, dados los avances técnicos en esta materia.

Como conclusión a todo lo dicho hemos de decir que las municiones aprehendidas al acusado no constituyen depósito ni de armas ni de municiones, por el que venía siendo acusado, lo que hace deba estimarse el motivo, decretando la absolución» (FJ 1.º).

19. Terrorismo

Siguen pronunciándose sentencias sobre los delitos de terrorismo, y resulta difícil seleccionar las que puedan resultar más interesantes. Sin embargo, la problemática de la **integración en banda armada** y la relevancia de la **colaboración con banda armada**, son temas que plantean, continuamente, matices que conviene conocer para estar al día.

Y así, sobre la primera cuestión, la **STS 25-10-2007 (Rc10437/07P)**, estima correcta la aplicación de los artículos 515.2 y 516.2 del Código Penal, en un caso en que «en los hechos que se declaran probados... se deja expresado que los acusados, entre ellos el ahora recurrente, integraban una célula o grupo terrorista que tenía los siguientes objetivos: la difusión del **ideario extremista islámico**, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de atentados, el apoyo y ayuda a los compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros, así como a otros miembros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre musulmana y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción. Y a continuación se describen las acciones concretas en las que se materializan tales objetivos».(FJ 7.º).

Se cumplen, por tanto, los requisitos de estructura compleja creada con la finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en la que participa con carácter más o menos permanente, nunca episódico, quien acepta sus fines y realiza actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Por su parte, y sobre el mismo tema, la **STS 2-11-2007 (Rc10272/07P)**, examina la posible violación del principio «**non bis in idem**», cuando se condenó ya a alguien por integración en banda armada y luego se le vuelve a acusar del mismo delito.

La sentencia, de gran interés, y con profusa jurisprudencia, se refiere a la denominada «ruptura jurídica», para entender que se produjo, con la condena, por lo que quien, posteriormente reitera su actividad corporativa —incluso desde prisión— por medio de cartas y entra en relación con la cúpula de ETA, «vuelve a incorporarse» al entramado de la banda,

«persistiendo en su vinculación a la organización terrorista» manifestando su voluntad con actos de colaboración o de cooperación, que suponen más bien, un «bis in alterum», es decir la comisión de otro delito de la misma naturaleza a través de actos o actividades, no enjuiciados».

En cuanto al segundo tema, la **STS 1-10-2007 (Rc10162/07P)**, recuerda la doctrina sobre la **colaboración**, cuyos dos puntos básicos son: que debe ser relevante y que ha de expresarse en qué consistió.

Por esa razón, se considera no se dio en el caso, ya que todo lo que se probó es que el acusado acompañó a una parada o estación —extremo que ni siquiera quedó claro— a un miembro da ETA, hecho que sin más explicaciones «no puede colmar las exigencias típicas del artículo 576 del Código Penal» porque «el hecho es muy equívoco y no se encuentra suficientemente concretado».

Además, dice la sentencia «si analizamos los hechos probados de la sentencia recurrida exclusivamente se predica de él que ha mantenido reuniones orgánicas con un amigo, el también acusado, P A B. Y que en el piso de Tarbes (Francia), fueron intervenidos dos documentos en donde figura su nombre, encabezados por la palabra “proponente” o “proponentes”, y con la mención de tal amigo, que, en suma, debería ser el tal “proponente” (resulta) “que *no se describe un solo acto de colaboración*”, que colme las exigencias típicas del art. 576 del Código penal, que exige, como ya hemos destacado con anterioridad, “cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”» (FJ 13.º).

