

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. PROCESO PENAL	56
1.1. Principios procesales. «Non bis in idem», en el ámbito internacional. Acusatorio. Igualdad	56
1.2. Autoría. Coautoría, complicidad e importancia de la aprobación de la ejecución del plan del autor o autores.....	57
1.3. Concursos delictivos. Supuestos varios: Falsedad documental y prevaricación; Prevaricación y Delito contra el medio ambiente; Utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad. Agresión sexual y lesiones. Penalidad	59
1.4. Costas procesales. Doctrina en relación a la Acusación particular	62
1.5. Competencia internacional. Jurisdicción universal. Doctrina general sobre el art. 23.4 LOPJ. Supuesto de vulneración del Convenio de Viena, en un caso de enjuiciamiento de los delitos cometidos en un barco de bandera extranjera.....	63
1.6. Prescripción. Interrupción del plazo.....	66
1.7. Prueba. Documental. Intervenciones telefónicas: control judicial. Impugnación de Pericial. Prueba Ilícita.....	66
1.8. Derecho a los recursos. Aclaración. Casación: adhesión; denegación de prueba; sentencia absolutoria....	69
1.9. Ley del Tribunal del Jurado. Prueba al inicio del juicio. Motivación incorrecta. Individualización de la pena	72

	<i>Página</i>
2. JUICIO ORAL	73
2.1. Cuestiones previas	73
2.2. Cuestiones prejudiciales	74
2.3. Procesamiento	75
2.4. Sentencia. Motivación	76
2.5. Responsabilidad civil	77
II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO	
1. CUESTIONES GENERALES	81
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes	81
1.2. Culpabilidad. Dolo eventual y Culpa consciente: diferencias	87
1.3. Penalidad	88
2. DELITO DE ABANDONO DE MENORES	89
3. DELITO DE ACOSO SEXUAL	90
4. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	91
5. DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL	92
6. DELITO PUBLICITARIO	93
7. DELITO SOCIETARIO	95
8. ESTAFA	96
9. FALSEDADES	98
10. FRAUDE DE SUBVENCIONES	100
11. INCENDIO	100
12. OMISIÓN DE PERSEGUIR DELITOS	100
13. PREVARICACIÓN	101
14. PROFANACIÓN DE CADÁVERES	101
15. SALUD PÚBLICA	102
16. REVELACIÓN DE SECRETOS	103
17. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS	103
18. TORTURAS	104
19. UTILIZACIÓN ILEGÍTIMA DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN ...	104
20. VIOLENCIA DOMÉSTICA	105

Un año más, grandes y pequeñas cuestiones han jalonado el curso judicial, en la Sala Segunda, pudiendo destacarse los pronunciamientos sobre temas de orden internacional como la **STS 8-3-2004 (RC 1812/2002)** que fija el alcance y extensión de la jurisdicción española en relación a los delitos propios de la denominada «jurisdicción universal»; o la **STS 25-11-2003 (RC 437/2003 P)**, que trata el tema de la falta de autorización necesaria para el abordaje de buques de bandera extranjera.

Y de igual modo, se han dictado numerosas resoluciones que han ido delineando la jurisprudencia en materia de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, especialmente perfilada a partir de la doctrina de la ***dosis psicoactiva***, que fija con rigor científico, el mínimo a partir del cual, está demostrada una afección física y psíquica a la salud de las personas. En este sentido, son de destacar las **SSTS 29-12-2003 (RC 3062/2002)**, **30-12-2003 (RC 1478/2003)** y **21-1-2004 (RC 1837/01)**, seguidas por otras en la misma línea.

De igual modo, no podemos omitir, una sucinta referencia a los dos acuerdos plenarios adoptados por la Sala desde la anterior *Crónica*: el de 11-7-2003 sobre las «sentencias absolutorias recurridas por el Ministerio Fiscal» y el de 10-10-2003 sobre «secuelas psíquicas de la agresión sexual».

El primero, es del tenor literal siguiente: «*Cuando la sentencia absoluta se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados*».

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. Luis-Román PUERTA LUIS, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Y el segundo, es como sigue: «*Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del art. 8.3.º del Código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil*».

Y dicho lo anterior, procedemos ya a recoger, en apretada síntesis, los puntos doctrinales considerados de mayor interés, de la Crónica del año judicial 2003-2004.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Siguen siendo muy frecuentes y variados, los motivos esgrimidos en los recursos de casación interpuestos ante la Sala en el año judicial 2003-2004, sobre cuestiones de orden procesal, que dan lugar a interesantes respuestas jurisdiccionales.

De entre ellas, hemos seleccionado las que a continuación se exponen, siguiendo el orden habitual de otros años.

1.1. Principios procesales. «Non bis in idem» en el ámbito internacional. Acusatorio. Igualdad

La STS 22-12-2003 (RC 3755/01), examina el principio **non bis in idem**, en el ámbito internacional, para aplicarlo luego en el ámbito interno, con igual fundamentación. Y así, afirma, que en base al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, es posible, un «doble reproche afflictivo», fundado en el principio de proporcionalidad, que supone descontar la pena impuesta en el extranjero, para castigar el exceso punitivo posible, que permita la legislación nacional. De ese modo no hay superposición o adición de penas por unos mismos hechos sino una más proporcionada respuesta a unos hechos juzgados en el extranjero.

En cuanto al **principio acusatorio**, la STS 14-11-2003 (RC 1094/02P), nos recuerda el papel que desempeñan las «conclusiones provisionales» que pretenden «una aproximada acotación del objeto

procesal (que) una vez conocido el resultado probatorio las partes acusadoras pueden perfilar o completar modificando en un sentido u otro, su inicial acusación». Dando lugar al trámite complementario previsto en el art. 793.7 LECRIM, ahora 788.4.º, que puede llevar a un aplazamiento del juicio, si se altera la calificación jurídica de los hechos u otros aspectos importantes, lo cual no se producirá cuando no lo pidan las partes ni lo estime necesario el Juez o Tribunal.

Y por lo que hace al **principio de igualdad** invocado frecuentemente, pero con escaso éxito, sí prosperó en un caso en que se denunciaba su vulneración al imponerse pena superior a un condenado respecto a otro, pues cometieron el mismo delito —tráfico de drogas— constituyendo la heroína su acervo común para la venta de terceros, si bien en el momento de ser detenidos se les encontró distinta cantidad, en la vivienda de uno de ellos y en el coche, lugares que utilizaban para su común actividad delictiva.

La **STS 15-10-2003 (RC 93/03 P)**, que resuelve el caso precitado, recuerda el fundamento constitucional de la prohibición de discriminación injustificada (citando las SSTC 86/1985 y 234/1997) al recordar que se produce trato desigual cuando los términos de comparación son iguales al darse los mismos presupuestos jurídicos sin que concurren circunstancias concretas y singulares, que justifiquen una individualización de la pena, distinta para cada uno.

1.2. Autoría. Coautoría, complicidad e importancia de la aprobación de la ejecución del plan del autor o autores

La regulación que el CP establece en materia de autoría-complicidad, (arts.28 y 29), en la que esta última modalidad de participación, se define por exclusión de la primera, sigue propiciando resoluciones de interés, dentro del «complejo universo de la asignación de responsabilidades penales», cuando intervienen dos o más personas en un hecho delictivo.

Y así, la **STS 26-2-2004 (RC 271/03P)**, aborda la diferencia entre la complicidad y la autoría, indicando que:

«... “La complicidad consiste en la cooperación anterior o simultánea a la ejecución del hecho mediante una aportación relevante pero no necesaria según el plan del autor. De esta forma, el cómplice, que colabora al hecho de otro, no tiene el dominio funcional del hecho.

Por el contrario, el autor tiene el dominio del hecho. Y cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal.

(...)

En consecuencia, a través del desarrollo del «pactum scaeleris» y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución...». (FJ 5.º).

Por su parte, la **STS 22-9-2003 (RC 1752/02)**, profundizando en esta cuestión, trata la cuestión de la «aportación en la ejecución del plan delictivo» por quienes parecen tener una participación secundaria.

Y discrepando del criterio de la Audiencia que se fija exclusivamente en el «dominio del hecho», subraya que lo decisivo para diferenciar una cooperación necesaria de la que no lo es, estriba en «*la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores*».

De ese modo, no es sólo la causalidad o la «conditio sine qua non», lo que determina la responsabilidad sino la necesidad o no de la aportación de la cooperación efectuada. Doctrina que se aplica al caso en cuestión, en estos términos:

«Desde este punto de vista, la custodia de un vehículo mientras es preparado para ser utilizado en la comisión del delito y la puesta a disposición del mismo en el lugar y en el momento en el que los autores lo necesitan según su plan, configuran una aportación sin la cual el hecho no hubiera podido ser cometido, dada la importancia que tienen en la programación de un delito, que requiere un vehículo de identidad falsificada para el transporte de los objetos del mismo. Sin ese vehículo y sin disponer de él en ese momento el delito no se hubiera podido cometer según el plan de los autores y, no obstante, el partícipe carece del dominio del hecho. Con otras palabras: el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad.»

1.3. Concursos delictivos. Supuestos varios: Falsedad documental y prevaricación; Prevaricación y Delito contra el medio ambiente; Utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad. Agresión sexual y lesiones. Penalidad

Una vez que el complicado asunto del concurso entre la **falsedad documental y la estafa**, fue resuelto el 8 de marzo de 2002 mediante Acuerdo del Pleno de la Sala II, en el sentido de que se trataba de dos delitos, a sancionar de acuerdo con el art. 77 CP, otras resoluciones han abordado diversos concursos delictivos, entre las cuales procede dar cuenta de las siguientes:

Sobre **falsedad y prevaricación**, la **STS 22-9-2003 (RC 2768/01)**, expone la siguiente doctrina: «...La total comprensión del desvalor de la acción sólo se alcanza mediante el concurso del delito de prevaricación y el de falsedad en documento público, cuando esta se comete por una autoridad o funcionario, relación de concurso ideal como estima la Audiencia que aplica el artículo 77 CP. En efecto, no existe absorción de la falsedad por la prevaricación, concurso de leyes, por cuanto se trata de la infracción de dos bienes jurídicos distintos. El delito de prevaricación se conecta con los artículos 9.1 y 3, 103 y 106 CE, principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, cuya defensa constituye el bien jurídico protegido por el delito, es decir, el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho, mientras que el delito de falsedad tiene como objeto la protección de la seguridad del tráfico jurídico, la fe pública depositada en el valor probatorio de los documentos. El funcionario público tiene un deber específico de fidelidad independientemente de que su infracción coopere o no a un delito de prevaricación...»». (FJ 8.º).

Por lo que hace a los delitos de **prevaricación y contra el medio ambiente**, se pronunció la **STS 25-9-2003 (RC 2863/02)**, que examina el caso de unos vertidos autorizados por un Alcalde sobre un paraje de protección natural, pasando revista a los precedentes doctrinales y jurisprudenciales al respecto, con cita y comentario de sentencias dictadas en casos parecidos (así SSTs 7-11-86, 10-4-92 y 22-4-96).

La clave resolutive del caso es si nos encontramos ante un hecho, en su sentido jurídico, o ante varias acciones que pueden ser descompuestas desde la perspectiva de lo que se conoce como «acción natural».

En el presente caso, *«El autor de la autorizaciones de vertidos ilegales fue el propio Alcalde, por lo que se considera autor de un delito de prevaricación específica contra el medio ambiente. No consta que ninguna otra persona haya participado, por inducción o compra de voluntades, en la expedición de las autorizaciones, lo que impide que busquemos responsabilidades mas allá de la actuación del funcionario público. Los terrenos sobre los que se producían los vertidos autorizados, eran de dominio publico y lo que pretendía el recurrente es que, por este medio se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma también, en autor del delito contra el medio ambiente.*

6. *Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos.».*

La punición del caso, conforme a las reglas del art. 77 CP —la pena del delito más grave, en su mitad superior— sólo cede cuando la pena resultante fuera superior a la que se derivaría de penar los delitos separadamente.

Resultando, en definitiva, que en este caso *«la prevaricación permite una pena de multa, alternativa a la prisión, que va desde los ocho a los veinticuatro meses. Aplicando las previsiones del Código Penal sobre la forma de cuantificar la pena de multa, la cuota diaria, cuando todavía no se había adoptado el euro era de un mínimo de doscientas y un máximo de cincuenta mil pesetas. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales, por parte de un servidor público elegido por voluntad ciudadana, estimamos que la cuantía ajustada y proporcionada del día multa debe ser la de cincuenta mil pesetas. A su vez, por las mismas razones y por haberse sustituido la pena privativa de la libertad por una sanción pecuniaria, la cantidad debe calcularse sobre su duración máxima, es decir, veinticuatro meses. En relación con la pena de inhabilitación especial, su duración se debe fijar en ocho años, que equivalen a dos períodos electorales.*

Por su parte el delito contra el medio ambiente nos permite imponer una pena de un año de prisión, una multa de veinticuatro meses en la cuantía de día-multa de cincuenta mil pesetas y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de dos años...». (FJ 2.º).

En cuanto al infrecuente concurso entre **utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad**, en el que el art. 275 CP protege el derecho de propiedad industrial a la tutela exclusiva de la denominación de origen, y el art. 399.1 CP, sanciona la utilización de certificados falsos elaborados por particulares para colocar etiquetas falsarias de denominación de origen en el producto en cuestión —vinos que se quieren hacer pasar como de «Rioja»—, se produce un concurso ideal, porque nos hallamos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones, según la **STS 19-3-2004 (RC 813/03)**.

Finalmente, abordamos el concurso entre **agresión sexual y lesiones**, incluidas las psíquicas, cuestión novedosa en cuanto disponemos de una respuesta, a nivel de Pleno de la Sala (10-10-03), que admite el concurso en situaciones muy graves o la habitual vía de la sanción de la agresión sexual y la reparación civil de los daños producidos.

Y así, la **STS 4-2-2004 (RC 2832/02)**, indica: *«en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir "normales", correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto subsumible en el delito de lesiones»*.

Pero son las las cuestiones de **penalidad** las que plantean los problemas de consecuencias más importantes. Ya hemos visto algunas de las soluciones concretas, dadas en los casos examinados.

Ahora procede exponer la doctrina general al respecto, espléndida y sintéticamente expuesta, en la **STS 15-1-2004 (RC 586/03P)**:

«... “El artículo 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal establece una regla penológica de carácter general al disponer que en

estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave, en su mitad superior. A renglón seguido establece un límite a la anterior disposición, consistente en que la pena resultante de la aplicación de esa regla general no podrá ser superior a la que resultaría de penar ambas infracciones independientemente, en cuyo caso deberán sancionarse por separado. En principio se trata de una regla que supone un cierto favorecimiento penológico de los supuestos de concurso ideal o medial frente a los del puro concurso real, pues no permite la imposición separada de las penas correspondientes a cada delito en el máximo legal, que en ocasiones pudieran resultar procedentes en función de las reglas del artículo 66 del Código Penal, ya que siempre resultaría posible aplicar en esos casos la regla general con carácter prioritario sin infringir el límite que se establece a la misma.

La doctrina de esta Sala ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena asignada en abstracto por la ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del artículo 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto...”». (FJ 3.º).

1.4. Costas procesales. Doctrina en relación a la Acusación particular

Sin duda, es ésta, de la imposición de costas a la «acusación particular», una de las cuestiones que indefectiblemente se tratan año tras año, en las sentencias de la Sala.

A título de referente, pueden examinarse las pasadas SSTS 4-3-2002 (RC 403/01 P) y 27-9-2002 (RC 3299/00), y, por lo que respecta al año judicial que examinamos, hay que citar la STS 2-4-2004 (RC 135/03),

que contiene, de modo resumido, la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre esta cuestión, y cuyos criterios son los siguientes:

«1) *La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C. penal 1995).*

2) *La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (SSTS 26-11-97, 16-7-98, 23-3-99, 15-9-99, 12-9-2000 y 1429/2000).*

3) *La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.*

4) *Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS 16-7-98, entre otras).*

5) *La condena en costas no incluye las de la acción popular (STS 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, y 15 de abril de 2002)».*

Criterios que, al aplicarse al caso de que trata la sentencia, sirven para no considerar anómala, inútil o superflua la actuación procesal de la acusación particular, la cual, al no resultar tampoco sustancialmente opuesta a la tesis de la sentencia, determina que no deban imponérsele las costas del proceso.

1.5. Competencia internacional. Jurisdicción universal. Doctrina general sobre el art. 23.4 LOPJ. Supuesto de vulneración del Convenio de Viena, en un caso de enjuiciamiento de los delitos cometidos en un barco de bandera extranjera

Una de las resoluciones más importantes del año judicial 2003-2004, ha sido la **STS 8-3-2004 (RC 1812/02)**, «Caso Brady-Chile», en la que el Tribunal Supremo revocó el Auto de la Audiencia Nacional que consideró incompetente al Estado español para conocer de la querrela presentada por la viuda del diplomático español Don Carmelo Barrio, y la coalición política Izquierda Unida, afirmando la jurisdicción española en el presente caso.

La doctrina que se sienta, de gran interés cara al futuro, confirma y aplica la doctrina expuesta en el denominado «Caso Guatemala» en STS 25-2-2003, que atribuye **competencia** a los **Tribunales españoles para la persecución de determinados delitos propios de la jurisdicción universal**, en base a los siguientes puntos:

«1.^a) *Que “hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción” (FJ 9.º).*

2.^a) *Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede “recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio”, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9.º).*

3.^a) *Que “el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional”; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (FJ 9.º).*

4.^a) *Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, “se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado” » (FJ 9.º).*

Por su parte, la **STS 25-11-2003 (RC 437/03P)**, examina el interesante caso del **abordaje y apresamiento del buque «Tatiana»** a fin de juzgar los delitos cometidos a bordo de dicha nave.

En particular se enjuició las consecuencias de que el Estado que ejerció la jurisdicción —España— lo hubiera hecho sin requerir la autorización del Estado en que estaba abanderado el buque, con infracción de lo dispuesto en el art. 4.1 del Convenio de Viena.

Al respecto, resulta muy interesante la distinción entre posibles efectos —y responsabilidades— entre Estados, y efectos en el proceso, a la vista de la actitud de las partes, que no lo plantearon en el proceso con carácter de presupuesto.

Este es el razonamiento de la sentencia, sobre dicha cuestión:

«El punto decisivo afecta a las consecuencias procesales del incumplimiento de los requisitos de autorización previstos en el art. 561 LECr. y en el artículo 4.1 del Convenio de Viena. De lo que en verdad se trata, por consecuencia, no es de la aplicación de las normas del derecho penal internacional contenidas en el art. 23 LOPJ, sino de las consecuencias de esta falta de autorización, pues de acuerdo con dicha disposición la jurisdicción española tiene apoyo en el principio activo de la nacionalidad (art. 23.2 LOPJ) y por los arts. 36 de la Convención Única de NU de 1961/1972 y 23. 4, g) LOPJ. Como hemos visto, la cuestión no ha sido resuelta definitivamente por el Tribunal a quo. No obstante, lo cierto es que la omisión de solicitar la autorización pertinente no tiene las consecuencias que el Estado recurrente le asigna. Es decir: en todo caso puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencia a la valoración de la prueba obtenida sin la autorización.»

Por lo pronto, el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al presente proceso.

Distinta podría ser la cuestión, si hubiera sido planteada por los acusados como un punto que afectara a los presupuestos del proceso.

Pero, en ese caso parece que se trataría de si se debe acordar valor o no en el derecho español al principio «male captus bene detentus», de extendida aplicación en el ámbito jurídico europeo, asunto sobre el que, de todos modos, no corresponde pronunciamiento alguno en esta resolución...» (FJ 2.º).

1.6. Prescripción. Interrupción del plazo

La muy relevante cuestión de las actuaciones procesales interruptivas de la prescripción, en particular las que tienen lugar al comienzo del proceso, y determinan la investigación de los hechos y la averiguación de los posibles autores, ha sido examinada en una sentencia de gran trascendencia.

En efecto, la **STS 2-2-2004 (RC 554/03)**, ha analizado los requisitos de la imputación, especialmente en delitos complejos donde intervienen sociedades, en los cuales resulta casi imposible, fijar desde la denuncia o querrela, y con toda precisión, los posibles responsables de la trama delictiva.

En esos casos, dice nuestro más Alto Tribunal, «*la presentación fehaciente de la denuncia o querrela son suficientes por sí solas para interrumpir la prescripción*», debiendo resultar a priori configurado, el círculo de personas afectadas, aunque no se precisa en dicho momento la identificación concreta de aquéllas.

1.7. Prueba. Documental. Intervenciones telefónicas: control judicial. Impugnación de Pericial. Prueba Ilícita

De nuevo, un año más, el apartado probatorio, constituye un capítulo esencial de las cuestiones examinadas y resueltas por la Sala, en sus sentencias casacionales.

Junto a un numeroso grupo de resoluciones sobre cuestiones habituales (valor de las declaraciones sumariales, prueba del coimputado o incidencias producidas en entradas y registros), contamos con otras que han tratado cuestiones más novedosas.

Y así, sobre **prueba documental**, se han producido algunos pronunciamientos de interés, como la **STS 23-4-2004 (RC 2257/02)** que se

ocupa de un caso de sustracción de documentos y la **STS 9-2-2004 (RC 78/2003)** que aborda la eficacia en un proceso penal de una sentencia dictada en otra jurisdicción.

La primera sentencia citada, con cita de la STC 69/2001-una de las varias dictadas por el Pleno del TC, en el caso Segundo Marey —Gal— sostiene que los **documentos ilegítimamente arrebatados** a sus titulares, con independencia de las responsabilidades que ello pudiera acarrear, no implica la inadmisibilidad de la prueba, por lo cual pueden ser valorados válidamente.

La segunda resolución precitada, tras declarar que las sentencias son documentos en su aspecto formal, pero carecen de tal consideración desde el punto de vista material, dada la independencia existente en el enjuiciamiento de supuestos distintos, establece, la doctrina siguiente: *«primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba».*

Es decir, **no vincula a un tribunal lo resuelto por otro**, y, además, en cuanto al orden penal: *«la jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas»* (Cfr.sentencias del TS de 4 de noviembre de 1987, 14 de febrero de 1989 y 12 de marzo de 1992, entre otras muchas), que hace que la sentencia o sentencias que puedan incorporarse mediante documental, deban integrarse y valorarse conjuntamente con el resto del acervo probatorio, conforme a los exigentes principios y garantías propios de esta jurisdicción.

En cuanto a las **intervenciones telefónicas**, sin duda el tema del control judicial, se ha erigido en cuestión capital. Entre las sentencias dictadas sobre tan importante cuestión, podemos citar las **SSTS 3-11-2003 (RC 1505/02)**, **17-3-2004 (RC 344/03 P)** y **25-11-2003 (RC 285/03 P)**.

El punto común de todas ellas es que ni el acuerdo autorizante ni la prórroga de las intervenciones, pueden basarse en un «acto de fe» en lo que indique la Policía, sino que requiere un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos, incompatible con un automatismo que no satisface los estándares constitucionales en la materia (**STS 3-11-2003**).

Y que lo relevante en esta cuestión es la existencia de un efectivo **control judicial** consistente en que el Juez esté suficientemente informado del estado e incidencias de la investigación, de forma que pueda decidir adecuadamente sobre su necesidad. Sin que para ello sea imprescindible la entrega de las cintas, que se facilite las transcripciones o que se proceda a su audición, siempre que por otros medios, así por el adelanto de oficios policiales, el Juez esté suficientemente informado de la marcha de las investigaciones (**STS 25-11-03**).

Tampoco han faltado las incidencias sobre la **prueba pericial**, y más en particular sobre la problemática de su **impugnación**. Y así, la **STS 15-10-2003 (RC 1559/02)**, afirmó rotundamente que:

«La impugnación obliga a reproducir la prueba, por vía de informe pericial en el acto del juicio oral, sin que pueda derivarse hacia una rutinaria aportación por la vía documental.

Así lo acordó esta Sala en su Junta General, al valorar todas las posibilidades que podían concurrir en el debate sobre la naturaleza y peso de la sustancia estupefaciente o bien sobre cualquier otra pericia que deba practicarse y que tenga relevancia en la prueba. En los casos en que la parte a quien perjudica la pericia la impugna de manera expresa, en el momento de formular sus calificaciones provisionales, la parte acusadora corre con la carga de solicitar la presencia de los peritos que intervinieron en la prueba, para que sea examinada y valorada contradictoriamente por el órgano juzgador y si no se actúa en este sentido, no se puede fundamentar la condena sobre el contenido de la prueba pericial...». (FJ 1.º)

Por su parte, la **STS 23-12-2003 (RC 1717/02)** considera una mera impugnación formal, sin más trascendencia, su cuestionamiento en casación cuando en el juicio oral no se produjo una impugnación expresa.

En cambio, la **STS 4-3-2004 (RC 2753/02)** considera más trascendente la denegación de una pericial y de la suspensión del juicio oral, cuando la defensa solicitó una pericial alternativa para comprobar la pureza de la sustancia intervenida. En ese caso, no se consideró acredi-

tado el presupuesto de la notoria importancia, art. 369.3 CP, que sería suprimido en la segunda sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

De igual modo, los pronunciamientos sobre cuestiones relacionadas con **prueba ilícita** y su **conexión de antijuridicidad**, tampoco han escaseado.

Al respecto, podemos citar las SSTS **3-11-2003 (RC 1505/02)**, **13-5-2004 (RC 2493/02)**, **19-1-2004 (RC 1121/02)** y **16-3-2004 (RC 2804/02)**.

En dichas resoluciones, y en otras varias dictadas sobre esta materia, el «tema-estrella» ha sido la posible fuerza de ruptura a atribuir, en la conexión de antijuridicidad, a la **confesión del acusado**.

Dicha cuestión ha merecido una negativa rotunda en todo caso —así STS 3-11-2003— y, por el contrario, una valoración de desconexión —así STS 16-3-2004— cuando la declaración se produce en el juicio oral con el debido asesoramiento, tesis ésta que es la mayoritaria, discrepándose tan solo del alcance de la «información» a proporcionar al declarante que, desde luego, no se satisface con la mera lectura de los derechos previstos en el art. 520 LECrim.

1.8. Derecho a los recursos. Aclaración. Casación: adhesión; denegación de prueba. sentencia absolutoria

Como dijéramos en la anterior *Crónica 02-03* «*En tanto no se materialice la necesaria constitución de una verdadera segunda instancia penal, en el ámbito de las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia, y se configure un recurso de casación para unificación de doctrina en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el recurso de casación penal, aun con la jurisprudencia progresiva que viene flexibilizándolo, sigue teniendo “el carácter limitado establecido en el art. 849 2.º LECr”, tal como recordara la STS 5-12-2002 (RC 461/01), y que la STS 23-12-2002 (RC 2072/01) concreta en que no es un novum iudicium sino un control de la interpretación y aplicación de la Ley por el Tribunal sentenciador con vocación de ofrecer al ordenamiento jurídico el valor de la seguridad jurídica y al mismo tiempo ser garante de la interdicción de toda arbitrariedad*».

En consecuencia, siguen planteándose numerosas cuestiones por infracción de ley —cuyo tratamiento se hace en la segunda parte de esta

Crónica, al exponer la doctrina sobre las cuestiones sustantivas penales— y no menos, sobre temas procesales *stricto sensu*, de los cuales ofrecemos una sucinta selección.

Con carácter previo, sin embargo, vale la pena destacar la doctrina contenida en la **STS 16-10-2003 (RC 2318/02)** sobre el denominado **recurso de aclaración**, regulado en los artículos 161 LECrim y 267 LOPJ, sobre el cual se dice:

«el “cauce procesal del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por su excepcionalidad no puede ser utilizado para rectificar o modificar el sentido de la fundamentación jurídica que condujo al fallo firme de forma que se utilice para enmendar la parte dispositiva de la decisión judicial en atención a una nueva o incluso más acertada calificación o valoración jurídica de las pretensiones de las partes y de los hechos enjuiciados, pues ello entrañaría una revisión de la resolución judicial realizada al margen del sistema de recursos y remedios procesales, que afecta al principio de inmutabilidad de las resoluciones jurídicas firmes, y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española” —sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre 1996, y las que en ella se citan— En conclusión podemos resumir la doctrina relativa al recurso de aclaración: 1) Este precepto no permite llevar a cabo alteraciones de fondo ni la rectificación de errores de derecho, 2) Si permite corregir las equivocaciones mecanográficas o de ordenador. 3) Los errores materiales y manifiestos pueden rectificarse en cualquier momento. En el mismo sentido SSTC 48/99, 187/2002 de 14 de Octubre y 55/2002 y de esta Sala SSTS n.º 1700/2000 de 3 de Noviembre y 1277/2001...». (FJ Único).

Pasando ya al **recurso de casación**, la **STS 17-12-2003 (RC 2212/02)** aborda la temática de la **adhesión**, recordando su alcance y efectos, ante los frecuentes casos en que, por una deficiente articulación procesal de las posibilidades defensivas, una parte se adhiere al recurso formulado por otra y pretende sin embargo, luego, participar con libertad en sede casacional.

Por eso, se indica que *«...La doctrina de esta Sala, en punto a la extensión y alcance de la adhesión a la casación, prevista en el mencionado artículo 861 LECrim., señala que dicha posibilidad está abierta a las partes que no hayan preparado el recurso, en el término del emplazamiento o al instruirse del formulado por la otra parte, pero ello no significa que pueda consistir en un nuevo recurso sin relación con el*

preparado, sino que debe referirse a éste, aún cuando se apoye en motivos diferentes, "pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado" (STS n.º 1023/99 o 996/01, AATS, entre otros, de 7/3/88, 20/7/92, 16/9/94 o 17/2/00).

Pasando a otros temas, es bastante común la solicitud de que se examine la **denegación de prueba**, motivo que prosperará cuando, además de pertinente y lícita, se trate de una «prueba esencial o necesaria» y «posible» (STS 26-2-2004 (RC 1972/02)).

La referida sentencia que contiene un completo estudio de la cuestión, ofrece la siguiente doctrina: a) la relevancia de la prueba denegada se mide por su posibilidad de alterar el fallo; b) no es relevante la prueba innecesaria a la vista del estado del juicio; c) tampoco la prueba redundante por ir precedida de un amplio debate contradictorio que hace superfluo e innecesario el testimonio que no aportaría datos nuevos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción de la Sala; d) no es posible la prueba sobre quien ha fallecido, está en paradero desconocido o en el extranjero fuera de la jurisdicción del tribunal, casos en que su testimonio puede ser sustituido por la lectura de sus declaraciones sumariales, conforme al art. 730 LECrim.

En cuanto a los diversos supuestos de **sentencia absolutoria**, la STS 25-2-2004 (RC 2525/02), aborda esta cuestión desde la perspectiva de la legitimación para recurrir, diferenciando: si la absolución fue por prescripción, el absuelto está legitimado para recurrir, porque su contenido inculpatario afecta incuestionablemente a su estima personal y social; en aquellos casos en los que la absolución se produce, por existir una duda razonable sobre la virtualidad de las pruebas el afectado no puede pretender que se rectifique la sentencia, ya que la duda razonable equivale a reconocer su inocencia a todos los efectos legales, por lo que carece de interés legítimo para formular recurso de casación; y cuando la absolución se deriva de la inexistencia de pruebas —porque no existen de signo inculpatario bastante o porque se declaran ilícitas las existentes— y así se declara en la sentencia, reconociendo su inocencia y, en cierto modo, lo infundado de la acusación, es obvio que no procede recurso impugnatorio.

1.9. Ley del Tribunal del Jurado. Prueba al inicio del juicio. Motivación incorrecta. Individualización de la pena

Como se sabe, la posibilidad constitucional de que los ciudadanos puedan participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (art. 125 CE), motivó la LO 5/1995, de 22 de mayo, que viene originando numerosos recursos, especialmente sobre aspectos técnicos, tales como la motivación de los veredictos, dado el doble problema, unido en uno, de la cualificación de los miembros de dicho tribunal, a los que sólo se exige «saber leer y escribir», art. 8.3 y que las instrucciones del Magistrado-Presidente, aun siendo correctas, no proporcionan el nivel suficiente para la tarea de juzgar.

Prueba de ello, son las sentencias que incluimos seguidamente, una sobre un tema procesal relativo a la prueba en dicho proceso y la otra, sobre la apuntada problemática de la motivación.

La **STS 19-11-2003 (RC 316/03 P)** examina la posibilidad de proponer prueba al inicio del juicio oral, concluyendo que es perfectamente posible, a la vista del art. 45 LOTJ, ya que se trata, en definitiva, de la misma posibilidad que para el procedimiento abreviado previene el art. 793 2.º, en el trámite de la audiencia preliminar, actualmente, art. 786 2.º LECrim.

En cuanto a **motivación**, la **STS 15-10-2003 (RC 333/03 P)**, de modo contundente, y tras recordar la inexcusable obligación de motivar los veredictos de modo racional —«garantía esencial y sine qua non de la calidad de esa actividad cognoscitiva»— concluye con que *«no puede tolerarse que en las actas del veredicto se consignen frases para alcanzar la convicción de los integrantes del Tribunal del Jurado que contengan presunciones contra reo, tales como que no se demostró su inocencia, o que la coartada no quedó debidamente acreditada, o similares, fuera de los llamados contraindicios corroborantes de la prueba principal plenamente acreditada, mediante elementos que conduzcan al resultado probatorio alcanzado. De modo que el Presidente del Tribunal del Jurado, que es un Magistrado profesional, debe verificar al aceptar el acta con el veredicto del colegio popular que su motivación cumpla todos estos parámetros de racionalidad, excluyéndose cualquier atisbo de voluntarismo, arbitrariedad, conjeturas, juicios morales o internos, sospechas o meras impresiones sobre el resultado de la actividad probatoria practicada en el seno del plenario. Le compete además concre-*

tar en la sentencia la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia (art. 70.2 LOTJ)...». (FJ 1.º).

2. Juicio Oral

2.1. Cuestiones previas

La confusión en el tratamiento procesal entre «cuestiones previas» y «artículos de previo pronunciamiento», es examinada en la **STS 27-10-2003 (RC 2013/02)**: *«No se pueden homologar las cuestiones previas del procedimiento abreviado, con los artículos de previo y especial pronunciamiento del procedimiento ordinario, ya que en este último trámite nos encontramos en la fase intermedia. La estimación de alguno de ellos (prescripción, cosa juzgada y amnistía o indulto), da lugar al sobreseimiento libre, que evitaría abrir el juicio oral, equiparándose a una senetencia absolutoria.*

En el Procedimiento Abreviado, las cuestiones previas, tienen como objetivo fundamental depurar o sanear el procedimiento, despejando el debate final que se circunscribe, a cuestiones que no hayan sido descartadas en resolución previa o por acuerdo previo, sucintamente reflejado en el acta del juicio oral y posteriormente motivado en la sentencia.

Una vez que se ha procedido a esta tarea, sea cual sea la decisión adoptada, en el supuesto de que la estimación de alguna cuestión previa, lleve aparejada, como consecuencia, la absolucion de alguno o de la totalidad de los acusados, se debe proceder a completar los ritos y formalidades previstas para el juicio oral, sin descartar el derecho a la última palabra de los acusados y dictar una sentencia acorde con lo anteriormente resuelto. Contra el fallo o parte dispositiva de esta sentencia, se abre el recurso de casación, cuando la resolución ha sido dictada por la Audiencia Provincial, en primera y única instancia.

4. *Esta postura no sólo es la que se desprende del contenido de los artículos que regulan esta fase del Procedimiento Abreviado, sino que también ha sido refrendada por la jurisprudencia de esta Sala que en la Sentencia de 11 de Noviembre de 1997 en la que, en un supuesto semejante, se dice de forma clara que resulta improcedente dar lugar a dos recursos de casación diferenciados, respecto de las decisiones que se*

adopten en el tramite de cuestiones previas. No cabe un recurso contra la estimación de la prescripción y otro contra la sentencia definitiva. El legislador no ha escindido, ni dotado de autonomía a la decisión previa, sino que la enlaza de manera indisoluble con la resolución definitiva en forma de sentencia.» (FJ 1.º).

2.2. Cuestiones prejudiciales

Otro tema de gran interés y recurrente en los procesos penales de cierta complejidad, por los temas o normas aplicables, es el de las **cuestiones prejudiciales**, temática en la que hay que proceder con tiento y finura jurídica, sino se quiere incurrir en actuaciones excesivas o defectivas, que en todo caso dañarán, en mayor o menor medida, el proceso.

Por eso, sobre cuestión de tanto interés, se pronunció la **STS 22-9-2003 (RC 2768/01)**, recordando la siguiente doctrina: *«Con carácter general las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del Tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en este caso una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da, la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada (artículos 666.2 y 786.2, redactado por L 38/02). En segundo lugar, porque como ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (S n.º 1772/00) debe aplicarse el artículo 3 LECrim. cuando la legalidad o ilegalidad de una resolución administrativa constituya “la esencia del hecho enjuiciado en el proceso penal, tratándose, en consecuencia, de un elemento fundamental que se encuentra tan indisolublemente ligado al hecho punible que su separación no resulta racionalmente posible, según los propios términos que emplea el artículo 3 LECrim. y que fundamentan la atribución a los Tribunales del orden penal la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas”, debiendo añadirse que con la excepción absoluta del artículo 5.º y la temporal del artículo 4.º, que no es el caso. En tercer lugar, el acto impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como señala la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 28/12/00, y que constituye el objeto del recurso, era el Acuerdo de 13/11/89 “en que se otorgó licencia para la modificación, y no acto presunto alguno sobre el desajuste*

de las obras a la licencia” (fundamento jurídico quinto “in fine”), mientras que los hechos enjuiciados abarcan unas actuaciones que exceden notablemente las atinentes a dicha licencia para la modificación de la primitiva, de forma que no cabe argumentar la contradicción de la Audiencia por atenerse en un caso a una sentencia y no en el otro. En cuarto lugar, a propósito de la cita que se hace de la STC 255/00, debemos señalar ante todo que el Tribunal Constitucional declara en el fundamento de derecho segundo lo que es la regla general de “la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva”, con cita de las SSTC antecedentes, y sólo el apartamiento arbitrario de la previsión legal que impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial porque pueda resultar contradicción entre dos resoluciones judiciales, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero no es este el caso, no sólo porque en el momento de dictarse la sentencia aquí impugnada no se encontraba ya pendiente el proceso administrativo, sino porque no se da cuestión compleja que pueda determinar la prejudicialidad devolutiva sino cuestiones de hecho, como es el número de alturas o la modificación de la cota de la calle, o bien el transcurso o no del plazo correspondiente para autorizar la concesión de la prórroga. Por ello la Audiencia, que ha razonado su respuesta, no ha infringido los derechos invocados por los recurrentes ni el principio de jurisdicción única...». (FJ 2.º).

2.3. Procesamiento

De indudable interés doctrinal resulta la **STS 23-2-2004 (RC 19/03 P)**, que trata de los efectos del auto de procesamiento en relación al objeto del proceso.

Y así, se dice que no es posible limitar el principio acusatorio a través del contenido del auto de procesamiento porque el art. 650 LECrim no establece dicha sujeción, sino que establece en su número 1 que la acusación se formalizará respecto de «los hechos punibles que resulten del sumario».

En consecuencia, puede afirmarse que «*el auto de procesamiento no tiene la finalidad de definir el objeto del proceso —constituido por las pretensiones de la acusación y la defensa— sino de conferir al procesado ciertos derechos...*».

2.4. Sentencia. Motivación

Se trata de otro de los temas omnipresentes, en los cuales se va observando una mejoría generalizada en las resoluciones que acceden a casación.

Sin embargo, no faltan las sentencias que reprochan al órgano de enjuiciamiento carencias o defectos de importancia, en tan capital cuestión.

Y así, a título de ejemplo, podemos examinar la **STS 21-1-2004 (RC 2595/02)**, que se ocupa de la «individualización judicial de la pena», iniciándose con afirmaciones tan redondas como que «*La individualización judicial de la pena concebida como “la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación” presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución*».

Y continúa con «*La búsqueda del marco penal concreto, segundo momento de la individualización, tras la indagación y declaración, en su caso, de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados. Con relación a la imperfección delictiva se añaden otros parámetros en la fijación de la pena, el peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado*».

Y tras el recordatorio de la doctrina en la materia, prosigue con «*Las llamadas que esta Sala realizó en SSTS 25.2.89, 9.197 y 5.12.91 y otras a que los tribunales motivaran la pena se ha convertido en una exigencia constitucional y legal de la sentencia penal.*»

Resultando que en el presente caso «*la sentencia de instancia, huérfana de toda motivación sobre el ejercicio de la individualización judi-*

cial de la pena, merece la censura casacional», pues aunque motiva adecuadamente la subsunción y la valoración de la prueba practicada, carece de una motivación específica sobre el ejercicio de la función de individualización de la pena, razón que justifica la estimación de la impugnación y dictar segunda sentencia en la que se imponga la pena prevista al tipo penal en su extensión mínima de tres años de prisión, manteniendo la pena de multa y el arresto sustitutorio en caso de impago... (FJ 2.º).

Solución ésta, de imponer el mínimo legal, que es la habitual respuesta de la Sala, en los casos de falta de motivación justificadora de toda pena impuesta en una dosis superior.

2.5. Responsabilidad civil.

Sobre materia de tanta trascendencia como la atribución de responsabilidades económicas *ex delicto*, se han dictado algunas sentencias sobre cuestiones no muy frecuentes y varias más sobre la problemática de sujetos responsables-subsidiarios especiales (una Comunidad Autónoma, el Obispado y una empresa de espectáculos públicos y actividades recreativas).

Así, por un lado, resulta de interés la **STS 910-2003 (RC 2906/01) «Caso PSV-UGT»**, en el cual se planteó la cuestión de cómo podrían cobrar los cooperativistas defraudados en sus expectativas por unas empresas, **responsables civiles subsidiarias, que entraron en suspensión de pagos** —IGS y PSV—.

La sentencia explica la solución adoptada, la renuncia al resto de la deuda, una vez cobrado el 75 por 100:

«Las responsabilidades civiles ex delicto se hicieron efectivas por vía penal, circunstancia que hace que su régimen jurídico deba acomodarse a principios, criterios y normas de naturaleza civil, en cuanto no exista alguno especial en el ámbito penal, previsto para armonizar las dos pretensiones simultáneamente ejercitadas (penal y civil).

Entre estos principios o normas figura el principio dispositivo, al socaire del cual los perjudicados pudieron renunciar y renunciaron a hacer efectiva la deuda indemnizatoria pendiente frente a IGS y PSV, y en aplicación del art. 1.143 en relación al 1.156 p. 3.º, ambos del

C.Civil, debe extenderse a UGT, unida a las anteriores entidades en relación de solidaridad.

Esa es la base jurídica que determinaría la estimación del motivo, y no la difusa referencia a la equidad...». (FJ 16.º y 17.º).

Otra sentencia, la **STS 22-4-2004 (RC 842/03 P)** aborda el tema de la **responsabilidad civil por hechos cometidos por inimputables**, indicando el cambio legislativo producido, ya que *«frente al sistema del anterior Código Penal (art. 20,1ª ACP) que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquellas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes, el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables solidarios, junto a esos inimputables.*

En consecuencia, los declarados exentos de responsabilidad criminal de los n.º 1.º y 3.º del art. 20 CP, son personalmente responsables civiles, sin perjuicio de la responsabilidad civil también directa de las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, pero condicionada a que haya habido por su parte culpa o negligencia, no penal sino del género de la regulada en el art. 1104 del CC (diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, o a un buen padre de familia)...». (FJ 1.º).

Sobre la calificación jurídica de las lesiones psíquicas y el estrés post-traumático a un **delito contra la libertad sexual**, esto es, la **valoración de los daños psíquicos** producidos, la **STS 13-11-2003 (RC 659/02 P)**, dictada inmediatamente después del Acuerdo del Pleno de la Sala de 10-10-2003, dice: *«las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el Legislador al tipificar la conducta y asignar una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil»*, sienta la actual doctrina, con una regla general esencialmente expansiva, pudiendo sólo en supuestos extraordinarios apreciar la existencia de un concurso ideal. *«Evidentemente estos supuestos sólo podrán ser determinados caso por caso teniendo en cuenta las especiales características o circunstancias del mismo, lo que además tendrá que ser patente en los hechos probados de*

la sentencia. Así, especialmente en el delito de violación la regla es que comporta siempre un trauma psicológico y el Legislador ya ha previsto ello a la hora de fijar la pena correspondiente. Sin embargo, en línea de principio no pueden excluirse traumas extraordinarios consecuencia de acciones especialmente vejatorias que puedan justificar la punición del delito de lesiones psíquicas, o lo que es lo mismo casos en que pueda reconocerse el dolo del autor de lesionar psíquicamente a la víctima, con independencia del de atentar contra la libertad sexual, donde naturalmente tiene cabida no sólo el directo sino el eventual.»

En cuanto al nunca sencillo tema de determinar el **quantum indemnizatorio de los daños morales** producidos, la **STS 18-9-2003 (RC 406/02)**, nos recuerda la muy flexible doctrina al respecto: *«Con carácter general y al margen de la responsabilidad civil dimanante del tráfico automovilístico, es preciso reconocer que el legislador no indica a los Jueces y Tribunales método alguno para fijar la indemnización (v. arts. 113 y 115 C. Penal), de tal modo que el juzgador ha de acudir a unos principios generales tales como el de que en la sentencia se debe determinar el alcance del daño a indemnizar, en la medida de lo posible, como si de una acción civil se tratara —como efectivamente lo es, aunque se ejercite en un proceso penal—, que —igualmente, en la medida de lo posible— ha de razonarse la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta, además, que ésta solamente podrá ser revisada cuando la cifra fijada por el Juez o Tribunal supere la reclamada por las partes acusadoras. Finalmente, es menester destacar que, como la indemnización deberá alcanzar tanto los perjuicios materiales como los morales, los primeros habrán de ser convenientemente probados, en tanto que, respecto de los segundos -no susceptibles de prueba— el juzgador habrá de ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso (edad, sexo, profesión, salud, estética, estado previo a la lesión, grado de parentesco y de dependencia económica —en su caso—, etc.) y tener en cuenta los criterios socialmente admitidos sobre el particular. Todo ello, como es lógico, dentro de unos límites suficientemente flexibles...».* (FJ 7.º).

Pasando ya a las resoluciones dictadas sobre sujetos **responsables civiles subsidiarios especiales**, la **STS 4-11-2003 (RC 727/02 P)**, exige a la **Xunta de Galicia** de la responsabilidad por hechos producidos en la sede de una Audiencia Provincial ya que no le corresponde las competencias relacionadas con la seguridad —en el caso, encomendada a la Guardia Civil, a la cual evitó la acusada para cometer los hechos

delictivos— sin que los dispositivos de cámaras de filmación —instalados por la Xunta— sirvieran en el caso para evitar el hecho.

En cambio, por **STS 9-2-2004 (RC 444/03 P)**, se declara la responsabilidad del **Obispado** al que pertenecía un párroco condenado porque siguen vigentes los tradicionales criterios de responsabilidad por culpa *in eligendo e in vigilando*.

Y así, tras afirmarse que toda iglesia particular se identifica con la diócesis, según el canon 369 del Código de Derecho Canónico, a cuyo frente se encuentra el Obispo, dividiéndose ordinariamente en parroquias, a cargo de un cura pastoral o párroco, se funda en el criterio de la «culpa in vigilando», la responsabilidad del Obispado ya que es clara la dependencia y subsiguiente responsabilidad de aquél por los perjuicios civiles derivados de delito, cometidos por un párroco, dado que:

«las facultades de control del Obispado, son muy amplias en el Código de Derecho Canónico, concebido como la máxima autoridad del Ordinario en su Diócesis. Así resulta de los cánones 376, 381 (se le confiere toda la potestad ordinaria), 391 (el ejercicio de potestad ejecutiva) y el control de actos de vigilancia (canon 392 &2), estando el párroco bajo la autoridad del Obispo diocesano (canon 515 &1), el que deberá velar porque la cualidades del mismo se correspondan a lo dispuesto en el canon 521 &3 (idoneidad), y 524: “el Obispo diocesano debe encomendar la parroquia que haya quedado vacante a aquel que, ponderadas todas las circunstancias, considere idóneo para desempeñar en ella la cura parroquial, dejando de lado cualquier acepción de personas; para juzgar sobre la idoneidad, oiga al arcipreste y realice las investigaciones oportunas, pidiendo parecer, si el caso lo aconseja, a algunos presbíteros y fieles laicos”. En consecuencia, la provisión del párroco corresponde al Obispo diocesano (canon 523), quien lo puede remover por causa de incapacidad (cc. 538 y 539)».

Finalmente, la **STS 25-3-2004 (RC 315/03)**, aplicando idéntico criterio —culpa *in vigilando*— determina la **responsabilidad** de una empresa, a través del RD 2816/1982, de 27 de agosto (Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas) ya que a esta clase de empresas compete la obligación administrativa de contar con personal de vigilancia cuando se produzcan concentraciones superiores a cien personas (art. 53).

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

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

En cuanto al tratamiento de las *agravantes*, podemos citar la **STS 24-2-2004 (RC 614/03P)**, sobre **alevosía sobrevenida** que nos recuerda que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. La sentencia trata, con detalle, las objeciones que presenta la defensa y contiene una amplia cita jurisprudencial sobre el tema. También la **STS 11-11-2003 /RC 87/03 P)** se refiere a esta agravante, reiterando la doctrina de que *«el ataque sorpresivo es compatible con el conocimiento de la presencia del acusado cuando no cabe esperar la agresión física que éste va a desatar» (FJ 3.º).*

Sobre la circunstancia de **ensañamiento** la **STS 22-12-2003 (RC 543/03 P)**, tras un análisis de los escalofriantes hechos, aplica la doctrina al respecto, subrayando la importancia de la prueba, en estos casos: *«En el caso concreto, de la prueba pericial forense a que antes hemos hecho referencia examinada en su conjunto (y no parcialmente como hace el recurrente) así como de una prueba tan trascendente en estos casos como es el informe de autopsia, se llega a la evidencia de que la única acción mortal consistente en un navajazo que penetró en la cavidad torácica seccionando de forma completa la arteria pulmonar, fué la última de las causadas a la víctima, de tal manera que las múltiples cuchilladas y golpes que le fueron propinados con gran violencia y deterioro físico lo fueron con anterioridad, lo que necesariamente, y en pura lógica, tuvo que producir gran sufrimiento al sujeto pasivo de la acción aunque fuera por corto plazo de tiempo. b) El elemento subjetivo de la intencionalidad, hay que inferirlo necesariamente, según lo hicieron la Sala de instancia y el Tribunal Superior de Justicia, de la actividad depredadora desarrollada por el acusado con tantos golpes y cuchilladas inicialmente innecesarios para causar la muerte y que según descripción reflejada en la narración fáctica consistieron nada menos en once cortes de arma blanca y multitud de golpes que propiciaron el “arrancamiento del diente incisivo izquierdo central y del diente incisivo lateral” ...».* (FJ 1.º)

Sobre la agravante de **reincidencia**, la **STS 16-10-2003 (RC 569/02)**, nos recuerda esta breve y expedita doctrina: «... *Tenemos reiteradamente manifestado que cuando en los hechos probados de la sentencia recurrida no aparece el dato de la fecha de extinción de la condena (art. 136.3 CP), no nos queda otra opción, en beneficio del reo, que partir de la fecha de la firmeza de la resolución constitutiva del correspondiente antecedente penal a los efectos de computar los plazos que nos marca el CP para la posibilidad de cancelación de tal antecedente...*». (FJ 4.º)

Pasando a las **atenuantes**, la **analógica de trastorno de la personalidad o anomalía psíquica**, ha encontrado un buen campo de acción, en las **SSTS 22-10-2003 (RC 2096/02)** y **22-9-2003 (RC 2118/01)**, en las cuales se trata con cierta extensión, sobre ella.

Y así, en la primera resolución, se dice, con carácter general que «*El Código Penal de 1995 se encuadra en el sistema mixto en relación con la incidencia en la responsabilidad penal de las anomalías o alteraciones psíquicas, pues la exención o semiexención exigen una anomalía o alteración psíquica como causa y, como efecto, que el sujeto tenga anuladas o disminuidas la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, como consecuencia de dicha anomalía o alteración.*

Dentro de las anomalías psíquicas la relevancia que debe darse a los trastornos de la personalidad en el terreno de la imputabilidad penal no responde a una regla general (STS de 10 de febrero de 1989, entre otras). Como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe

al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad (Sentencia Tribunal Supremo núm. 831/2001, de 14 mayo).

En la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general. No cabe hablar de exención completa, pues no anulan el conocimiento ni la voluntad. En ocasiones se han considerado irrelevantes por estimar que en el caso concreto no se encontraba afectada la capacidad de conocimiento y voluntad, elementos básicos del juicio de imputabilidad, (Sentencias de 15 de febrero y 2 de octubre de 2000, entre las más recientes).

Por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997).

Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, han sido valorados como eximentes incompletas (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999) ...». (FJ 2.º).

Por su parte, la STS 22-9-03, citada, refiriéndose a la oligofrenia, recuerda que la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 25 de abril de 2002, núm 785/2002, 11 de julio y 21 de octubre de 1988, 26 de febrero, 15 de julio, 8 de septiembre, 14 de octubre y 13 de diciembre de 1994, 30 de noviembre de 1996, 31 de julio de 1998 , etc.) la califica como «*una perturbación de la personalidad del agente de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual, que afecta al grado de imputabilidad.*»

Y profundizando un poco más, se dice que «*Partiendo de las pautas psicométricas que ofrecen los resultados de los test de personalidad e inteligencia, se viene considerando que cuando la carencia intelectual es severa, de modo que el afectado tenga un coeficiente inferior al 25% de lo normal, la oligofrenia debe de calificarse de “profunda” y su consecuencia penal debe ser la apreciación de una eximente completa; cuando el coeficiente se sitúa entre el 25 y el 50% la oligofrenia puede*

calificarse como de mediana intensidad, correspondiéndole penalmente el tratamiento de una eximente incompleta. Y cuando el cociente intelectual se encuentra situado entre el 50 y el 70 por ciento, se califica de oligofrenia ligera o de mera debilidad o retraso mental, debiendo ser acreedora de una atenuante analógica, siendo por lo general plenamente imputables los afectados por una mera torpeza mental, con coeficientes situados por encima del 70%.

Todo ello sin excesiva rigidez (sentencias de 25 de abril de 2002, núm 785/2002 y 8 de septiembre de 1992), dada la diversidad de orígenes y naturaleza de esta afectación.»

Y tras afirmarse que «La relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general», se indica que «Las sentencias de 14 de mayo de 2001, núm 831/2001, y 16 de noviembre de 1999 (núm. 1604/1999) han destacado que las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo Código Penal (LO 10/1995). La insuficiente alusión al “enajenado” del art. 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el art. 20.1 del vigente, por la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica”, mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el Legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” al tiempo de cometer la infracción penal.

La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, “anomalías o alteraciones psíquicas” por lo que, no es necesario que se incluyan en la atenuante analógica que hoy aparece en el art. 21.6 del Código Penal. Las psicopatías no tienen “análoga significación” a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que

preguntarse los Tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla, (STS de 16 de noviembre de 1999)...». (FJ 10.º, 11.º, y 12.º).

También la atenuante de **reparación del daño** ha sido tratada con cierta precisión, por otras sentencias, que se han ocupado de circunstancias de interés, respecto a ella.

Así, por un lado, la **STS 21-10-2003 (RC 41/03 P)**, ha puesto de manifiesto que no exige la efectividad de la acción reparadora, bastando *«la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibilidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación».*

Y de otra parte, la **STS 5-4-2004 (RC 2343/02)**, profundizando un poco más, afirma que la razón de ser de la atenuante en la actualidad, estriba en *«el favorecimiento de la reparación de la víctima del delito o del perjudicado con el mismo».*

Y en relación al caso examinado, dado que *«quien se aprovechó de los beneficios económicos que deparó la comisión del delito provee a su reparación, razones de fidelidad al espíritu de la norma y de respeto a sus fines de política criminal, tanto como a principios de estricta justicia material, son los que aconsejan la extensión de los efectos atenuatorios de la conducta reparadora, sin inconveniente alguno de parte de ciertos criterios subjetivistas, más propios de una concepción elaborada en torno al llamado «arrepentimiento espontáneo» y hoy ya superada por la propia norma.*

Por ello, —continúa la resolución— *«la atenuante,... debe ser apreciada. Y apreciada además, a criterio de este Tribunal, con el carácter*

de cualificada, en orden a las previsiones para la determinación de la pena contempladas en el artículo 66.4.ª (hoy 2.ª) del Código Penal, toda vez que la devolución se produce no durante el procedimiento judicial y antes del acto del Juicio oral, sino, incluso muchos meses antes de incoadas las actuaciones, lo que, en este concreto supuesto delictivo, nos aproxima notablemente, aunque como ya se ha dicho ello no suponga alteración del tipo aplicado por la Audiencia, a la figura descrita en el artículo 433 que, recordemos, conlleva tan sólo las penas de multa y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años».

En cuanto a las **eximentes**, la **drogadicción** es tratada en la **STS 21-11-2003 (RC 1981/02)**, con el alcance que deriva del art. 21 1.ª CP, es decir, con la necesidad de aplicar una medida de internamiento de las previstas en el art. 102 CP, en base a dos datos: uno, que la drogadicción, de severa manifestación, condujo al delito; y dos, que el fracaso de tratamientos ambulatorios anteriores, aconseja la medida acordada.

Y la de **legítima defensa** en la **STS 12-5-2004 (RC 2466/02)**, en la cual se examina el caso de quien siendo agredido con una navaja, responde con tres puñaladas, de su propia navaja, estimándose que se está ante un supuesto de legítima defensa completa, del art. 20 4.ª CP.

En la resolución, se dice que *«contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues —cual ha resaltado la jurisprudencia— dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de ratiocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estricta-*

mente necesario para repeler la agresión (véase STS de 14 de marzo de 1997 y las que en ella se citan)...». (FJ 3.º)

1.2. Culpabilidad. Dolo eventual y Culpa consciente: diferencias

El elemento culpabilístico, esencial para atribuir responsabilidad en el orden penal, como se desprende de los arts.10 a 12 CP, aparece con frecuencia en las sentencias.

Sin embargo, por su interés, reducimos este apartado a dar cumplida noticia de la **STS 25-3-204 (RC 315/03)** que examina en profundidad, el siempre vidrioso tema de la diferencia entre el **dolo eventual** y la **culpa consciente**.

En efecto, la mentada resolución, indica que: *«Lo que caracteriza la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual, es precisamente que, para el caso de la primera, el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlo. En otras palabras: obra con culpa quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá; sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado. En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la primera (culpa consciente), no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el segundo (dolo eventual), el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente...».* (FJ 4.º)...

Y por si hubiera alguna duda, insiste en que *«en la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro*

jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan el tipo objetivo». Por ello, ha destacado la Sentencia 348/1993, de 20 febrero, que la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a una solución ecléctica y muy próxima a las últimas posiciones de la dogmática que conjugan la tesis de la probabilidad con las del consentimiento y siendo exigible la conciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado (peligro potencial) de la producción del resultado que su acción contiene. En semejante sentido se ha pronunciado la Sentencia 830/1994, de 20 abril, al hacer referencia al acercamiento por parte del Tribunal Supremo de manera cada vez más notable a las consecuencias de la teoría de la probabilidad...» (FJ 4.º).

Por lo que, en el presente caso —se trataba de un ataque a un disfrazado, al que se le quema el traje— se concluye en que el «animus iocandi» que pudiera animar al agente, no excluye el dolo, a menos a título eventual, que rebasa cualquier benigna consideración de mera «broma pesada».

Y ello, porque tanto desde el punto de vista de la doctrina del consentimiento, como de la probabilidad, nos encontramos en presencia de dolo eventual de causar lesiones en la víctima, que no puede neutralizarse con base en un supuesto actuar imprudente, porque aunque existiera previsión de tal resultado por su parte, no puede sostenerse, de modo alguno, que el agente confiara en su pericia para la no producción del mismo, sino que, aceptándolo como probable, continuó con el segundo episodio de su acción, produciendo —en definitiva— el resultado lesivo acontecido. Tampoco se podía representar el medio empleado como inidóneo, pues el traje que llevaba la víctima era, como se pudo comprobar, altamente combustible (distinto hubiese sido un error acerca del grado de combustión del traje —ignífugo, por ejemplo—, o bien las condiciones climatológicas —una lluvia intensa—, etc.). Desde la teoría del riesgo, esto es, quien crea el peligro, es consciente del resultado que puede producir, la conclusión es la misma: actúa con dolo eventual.

1.3. Penalidad

Sobre esta materia, se han dictado algunas sentencias de indudable interés, como la STS 11-3-2004 (RC 399/03 P), sobre el **límite penológico del art. 76 CP**, afirmándose, en relación a la tentativa, lo siguiente: «El

argumento de la Sala para aplicar el límite máximo de treinta años, pasa por considerar que las penas que se contemplan en el artículo 76, son las penas en abstracto. Nada tenemos que objetar a esta valoración, pero no se puede aplicar este criterio tomando siempre, como referencia, el delito consumado. Si el delito es consumado la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde cinco años hasta veinte años pero nunca puede llegarse a una pena superior a los veinte años.

El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos.

Nos encontramos en las previsiones del artículo 76.1. a) que fija como tope máximo la pena de veinticinco años, al no ser la pena de uno de los delitos superior a veinte años...» (FJ 1.º).

Por su parte, la STS 12-9-2003 (RC 997/02) trata de la **extensión de las medidas de seguridad**, recordando que su fundamento es la peligrosidad, no la culpabilidad, y que debe fijarse siempre en sentencia la duración de la misma, con el único límite de no superar la pena que correspondería en abstracto, al delito cometido. Debiendo tenerse en cuenta, no las circunstancias subjetivas del autor sino, exclusivamente, los elementos objetivos: naturaleza del delito, gravedad, grado de ejecución, agravantes... de lo que derivará la peligrosidad concreta puesta de manifiesto por el autor.

Finalmente, la STS 21-4-2004 (RC 1045/03 P), estima un recurso de casación al reparar en que la sentencia recurrida no aplicó una atenuante a la pena de **multa**, olvidando que la degradación penológica resultante se extiende a todas las penas previstas legalmente para el tipo penal, lo cual incluye no sólo la privativa de libertad sino la económica de multa, que si era de 9,20 euros, al rebajarse en un grado, conforme al art. 70 CP, debe fijarse entre 4,60 y 9,20 euros.

2. Delito de abandono de menores

No son frecuentes las sentencias sobre el delito de **abandono de menores**, por lo que merece difusión, la STS 12-9-2003 (RC 2338/02) que aborda el concepto de «encargado de su guarda».

En efecto, la mencionada resolución indica que tal expresión «*ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz —art. 229—), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección. Son precisamente esos amplios términos legales utilizados en estos tipos delictivos básicos —“persona encargada de su guarda” — y esa necesidad de proteger bienes jurídicos tan valiosos, las razones que nos llevan a efectuar aquí una interpretación generosa de la ley penal, en todo caso respetuosa con sus propias palabras, como exige el principio de legalidad tan esencial en el Derecho Penal desde hace ya varios siglos, como una de las más importantes conquistas del moderno Estado de Derecho.*

No hay razón alguna para que una persona encargada de la guarda de un menor, en los amplios términos a que acabamos de referirnos, si realmente practica una conducta de abandono (a continuación nos referiremos a este otro concepto), haya de quedar sin castigo por el hecho de que se trate de actividades de guarda realizadas a título gratuito y sin obligación alguna por razón de un título legal. En el caso presente no nos encontramos ante lo que vulgarmente se llama un “canguro”, expresión utilizada en la sentencia recurrida, sino ante algo más, por haber existido una continuidad en el ejercicio de esa guarda de David —mientras la madre desempeñaba su trabajo—, aunque no existiera autonomía o facultad de decisión propia en la forma en que el acusado tenía que desempeñar esta tarea, ya que había de someterse y se sometía de hecho a los mandatos de dicha progenitora...». (FJ 3.º).

3. Delito de acoso sexual

Tampoco han faltado en el año judicial que comentamos, las sentencias sobre infracciones a la libertad sexual, la mayoría sobre agresiones o abusos sexuales.

En la STS 7-11-2003 (RC 1624/02), (Caso «Nevenka»), se examinó una cuestión de interés jurídico, a saber, si la víctima —una concejala— podía ser considerada inferior jerárquica del sujeto activo —un

alcalde— a efectos penales, porque ello determinaría la aplicación del subtipo agravado del art. 184 apartado segundo del CP.

Pues bien, la respuesta de la Sala fue negativa, revocando lo resuelto al respecto, por la Audiencia. Vale la pena, reproducir los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo: *«del texto invocado (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), que aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, resulta relación alguna de superioridad entre miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales de una entidad local. El alcalde solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el art. 41.14, del personal de la Corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la policía municipal, pero no es superior jerárquico del resto de concejales que con él forman la corporación municipal; las relaciones con éstos se disciplinan en el art. 43 con el carácter de atribuciones delegadas, que no entrañan la estructura jerárquica que requiere el tipo penal aplicado, en tanto que el art. 184.2 del Código penal exige que se «hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular...».* (FJ 7.º).

4. Delito contra la Administración de Justicia

Los delitos contra la Administración de Justicia (arts. 446 a 471), van, progresivamente, convirtiéndose en habituales, ante la gran cantidad de asuntos que se tramitan año tras año, en los Juzgados y Tribunales españoles.

Y así, la STS 21-1-2004 (RC 2563/02), examina el delito de **infidelidad en la custodia de documentos**, (art. 465 CP), entendiendo incluido en el concepto «ocultación» los supuestos de *«paralización del trámite obligado... no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento»*, de manera que requiera la realización de una actuación administrativa de búsqueda y localización que perturbe el funcionamiento

de la Administración de Justicia. En ese sentido, como delito de resultado que es, cabe considerar incurso en este delito, la ocultación de un documento judicial impidiendo que surta los efectos que resulten del mismo.

Por su parte, la **STS 17-2-2004 (RC 2423/02)** analiza el art. 464.1 CP que sanciona al que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento «para que modifique su actuación procesal».

Y aplicándolo al caso, indica: «*cuando, como ocurre en este caso, una persona intimide a otra para que modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal, incurre en el tipo delictivo previsto en el artículo 464.1 del Código Penal, siempre naturalmente que la persona cuya libertad se violenta sea una de las incluidas en dicho precepto —imputado, abogado, testigo—.*»

A lo que debemos añadir:

Que como se dice en la sentencia 827/2003, de 6 de junio, la jurisprudencia ha declarado que el término intimidación como medio conminatorio, ha de ser entendido en un sentido amplio. Lo que resulta aún más claro en este caso, dado que los sujetos son un Coronel y un Brigada de un Cuerpo jerarquizado como es la Guardia Civil.

Que como resulta de las mismas declaraciones del acusado, lo que él pretendía es que el Brigada asumiera su condición de jefe del Guardia denunciado, alterándose y profiriendo la frases ya reseñadas cuando entendió que las manifestaciones del Brigada no iban en ese sentido.

Que el delito ahora examinado, de tendencia o simple actividad, se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido.

Que, como se dice en la sentencia 267/2000, de 29 de febrero, el elemento subjetivo o intencional de este delito, está constituido por el propósito de influir o influenciar, en este caso, a un testigo; lo que aparece ahora como inferencia lógica derivada de lo ya expuesto.»

5. Delito de detención ilegal

Numerosas siguen siendo las resoluciones que ha dictado la Sala en el presente año judicial sobre el delito de **detención ilegal**, la mayoría

en relación al tema del concurso con otros delitos, especialmente con el de robo con intimidación.

Sin embargo, de mayor interés han sido las sentencias que se han pronunciado, directamente, sobre supuestos de detención por funcionarios públicos (policías o guardias civiles).

Así, la **STS 30-12-2003 (RC 2232/02)**, tratando de la aplicación de los arts. 163.1 y 167 CP, concluye confirmando la sentencia condenatoria de la Audiencia, dado la inexistencia de causa legal, en el caso, para proceder a la privación de libertad efectuada.

Los detalles de la resolución, son como siguen: *«debe subrayarse que el acusado no detuvo a M.S. porque fuera sospechoso de haber pagado en un determinado local con moneda falsa —esta inicial sospecha quedó pronto desvirtuada por lo que tanto M como quienes le acompañaban habían sido puestos en libertad por otros policías actuantes— ni por los hechos que se dice anteriormente ocurridos en unos aparcamientos, toda vez que no constituye infracción alguna el hecho de que un ciudadano, requerido por un Agente de Policía a identificarse, le pida que se identifique a su vez debidamente para saber si está obligado a atender el requerimiento. El acusado detuvo a M.S, sencillamente, porque éste le solicitó con reiteración el número que le identificaba como Policía, con la intención de denunciarlo por la forma violenta en que poco antes había sido tratado, a su entender, injustificadamente, lo que quiere decir que la detención no sólo estuvo desprovista de causa legal sino que se efectuó como arbitraria reacción ante el anuncio, por parte del detenido, de que se proponía ejercer un derecho que indiscutiblemente tenía. La detención, pues, vulneró el primero e los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establecidos en el art. 5.º LCFS —ejercer la función con absoluto respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico— por lo que su calificación como ilegal, con el “plus” de ilegalidad que comporta haber sido cometida la detención por un funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley, ha sido de todo punto correcta y en modo alguno merecedora del reproche contenido en el segundo motivo del recurso. Queda rechazado, en consecuencia, dicho motivo de casación...».* (FJ 2.º)

6. Delito Publicitario

Una sentencia interesante, por la infrecuencia de resoluciones sobre el tema, es la **STS 19-3-2004 (RC 813/03)**, sobre el delito de publicidad

falsa del art. 282 CP, en la cual se exponen los requisitos necesarios para que una conducta sea constitutiva del delito mencionado.

«1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente —persona jurídica como titular de tal condición— requiere la aplicación de la regla del art. 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.

2.º El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

3.º La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;

Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el art. 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuricidad del hecho.

4.º Este art. 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. “Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores” quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.

5.º *Por último, es necesario que concorra el dolo, como elemento constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual».*

Pero expuesto lo anterior, la sentencia inaplica en el caso en cuestión, el precepto examinado, al entender que queda absorbido por el delito de estafa ya que en este caso concreto la falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual se produjo la estafa. Por ello, se lesionaría el principio «non bis in idem» si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del art. 282.

Así pues, la concurrencia del delito de estafa, obliga a aplicar el n.º 3.º del art. 8 CP, en cualquier caso, es decir, aunque considerásemos que efectivamente habrían concurrido todos los elementos del delito del art. 282, sólo cabe sancionar por el delito de estafa, porque *«El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción...».* (FJ 6.º).

7. Delito societario

También resulta digna de atención, la STS 7-11-2003 (RC 1648/02) que expone la doctrina sobre el **delito societario**, en una de sus modalidades, concretamente la tipificada en el art. 290 CP.

La sentencia considera no producido el delito por la inclusión de datos falsos en el balance que presentaron los administradores de una sociedad, en un expediente de suspensión de pagos, en base a la siguiente doctrina:

«La conducta típica en este delito, realizable únicamente por los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad, consiste en falsar “las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero”.

El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “numerus apertus” en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falsificado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado»

Pero —continúa la sentencia— no es fácil admitir, que entre tales documentos deba ser incluido el balance que los administradores de una sociedad están obligados a presentar en los procedimientos de quiebra o concurso o en los expedientes de suspensión de pagos, por lo que «*la inclusión de datos falsos en dichos balances no debe dar lugar, en principio, a la aplicación de la norma penal invocada en este motivo del recurso, aunque se trate, sin duda alguna, de una de las falsedades ideológicas cometidas por particulares que pueden ser objeto de represión penal. Y ello porque, siendo esta acción el elemento objetivo del tipo previsto en el art. 261 CP, que tiene una clara relación de especialidad con respecto al descrito en el art. 290 CP, no parece acorde con la regla 1.ª del art. 8 CP —ni con el principio de legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE— castigar una conducta específica con arreglo a una norma genérica cuando la pena de prisión establecida en ésta —de uno a tres años— es más grave que la conminada para dicha conducta —prisión de uno a dos años— en el precepto que especialmente la prevé.—»*

8. Estafa

Una vez más, el delito de estafa ha dado lugar a numerosas sentencias, las cuales hemos agrupado en dos clases: a) las que se refieren a conceptos jurídicos y b) las que tratan sobre supuestos varios de estafa.

En el primer grupo, tenemos la **STS 5-2-2004 (RC 2281/02)** que se ocupa de si es posible una estafa sobre «**hechos futuros**», negando la posibilidad de que los tales puedan ser objeto de engaño, en la medida que no son hechos «*sin perjuicio de ciertas excepciones admitidas en la doctrina respecto de juicios de valor que comportan afirmaciones fácticas*».

La **STS 23-2-2004 (RC 928/03)** que se refiere a la posibilidad de que se cometa una estafa mediante un **engaño omisivo**, estableciendo al efecto que «*Éste se da cuando al autor del hecho le afecta la obligación, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información; deber de información que en el supuesto que nos atañe fue trasgredido por los acusados al ocultar datos significativos y decisivos en la compraventa de la vivienda que hicieron que la parte desinformada accediera a realizar el negocio jurídico con el consiguiente desplazamiento patrimonial y que de otro modo no hubiera celebrado...*». (FJ 3.º).

Y, finalmente, la **STS 17-9-2003 (RC 965/02)**, que examina el concepto «**múltiples perjudicados**», indicando que «*es algo más que una simple pluralidad de sujetos —en el caso, 46 comuneros de un edificio—, porque el adjetivo “múltiples” tiene su paralelo en el sustantivo “multitud” y este sustantivo encierra la idea de un número amplio de personas no determinadas*». Y al tiempo, se conecta con la idea de «alarma social», para lo cual es preciso tener en cuenta, también, el marco geográfico y personal en el que se circunscriben los hechos y sus consecuencias lesivas.

Sobre supuestos varios de estafa, seleccionamos los dos siguientes:

La **STS 2-9-2003 (RC 343/01)** trata un caso de **obligaciones hipotecarias** en las que resultó condenado un notario, al resultar decisivo su concurso para consumar el engaño. La sentencia, de cierta extensión, es modélica respecto a dicha modalidad delictiva, pero aquí nos limitamos a exponer su núcleo: «*En todas las emisiones de obligaciones, como consta en el “factum”, el notario, autorizaba con su firma, una serie de títulos de las obligaciones, que comenzaban así: OBLIGACIÓN HIPOTECARIA AL PORTADOR, dando a entender, pero de manera engañosa, que se trataba de un título de parte alícuota de un capital garantizado hipotecariamente, que en consecuencia debía estar inscrito en el correspondiente Registro de la Propiedad, cuando ni siquiera la finca misma, en la mayoría de las ocasiones lo estaba, ni se había cumplido con el requisito exigido por el art. 154 de la Ley Hipotecaria, conforme*

hemos expuesto, de constancia de su inscripción en el correspondiente Registro de la Propiedad, haciendo constar en el propio cupón el número, folio, libro y fecha de su inscripción registral. Al faltar ese fundamental requisito, y firmar esos títulos (o cupones) el notario en la forma en que ha sido consignado en los hechos probados de la sentencia de instancia, incumpliendo clamorosamente con tal obligación legal, está creando una falsa apariencia que contribuye al engaño, pues asegura con su firma que se trata de una “obligación hipotecaria al portador”, cuando en realidad no goza de garantía real alguna, confundiendo a los suscriptores de la misma, que creen en la literalidad de su aseveración, favoreciendo el engaño diseñado por los autores de la trama delictiva, coadyuvando, en definitiva, como cómplice a la estafa».

Y la **STS 11-3-2004 (RC 712/03)**, que no considera producida la estafa, en el caso en que el **sujeto pasivo** del engaño —un ingreso inferior al que correspondía— es la **Administración**, dado que: *«el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad en la infracción administrativa o en el tipo penal en función de la cuantía...».* (FJ 5.º).

9. Falsedades

También han sido frecuentes las sentencias sobre **falsedad documental**, de las que seleccionamos, por considerarlas de mayor interés las tres siguientes:

1.ª) La **STS 22-3-2004 (RC 3412/01)**, sobre **falsedad de fotocopias**, en la que se afirma que *«lo relevante a efectos penales es la naturaleza del documento que se pretende simular; de manera que cuando se utiliza una reproducción fotográfica, se comete falsedad en documento oficial si el documento que se simula es efectivamente un documento oficial».*

2.ª) La **STS 24-2-2004 (RC 312/03 P)**, dictada en un caso de **falsificación de moneda** del art. 386 CP, expone la doctrina al respecto, en un delito no muy común: *«El complejo precepto constituido por el artículo 386 CP, concretamente, sus párrafos segundo y tercero, tienen en cuenta el conocimiento que tenga el autor del delito del carácter*

falso de la moneda cuando obtiene la posesión de la misma, de forma que si desconocía la falsedad será aplicable el párrafo tercero del artículo 386 y si la conocía sería aplicable el segundo inciso del párrafo segundo, es decir, la adquisición de moneda, sabiéndola falsa, con el fin de ponerla en circulación. Pero este párrafo tiene un primer inciso que castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución siempre que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Como ha señalado la STS 1154/02, los elementos que integran este tipo penal son los siguientes: el hecho objetivo de la tenencia de moneda falsa; la consciente adquisición de la posesión de dicha moneda en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores; y un propósito posterior, elemento subjetivo, integrado por el destino último de lo poseído, que es su expendición o distribución, sin que sea preciso que ello haya llegado a realizarse (se adelanta la barrera de protección castigándose la tentativa). El inciso segundo, que criminaliza la adquisición de moneda falsa, se diferencia del primero, que indudablemente es el aplicado por la Audiencia, aún cuando suscite confusión el fundamento jurídico octavo, en que no exige la tenencia, es posible cometer el delito sin alcanzar la posesión inmediata de la moneda, ni connivencia con los autores, es decir, se trata de un supuesto de conducta autónoma y no de participación en el plan de aquéllos, mientras que el inciso primero, la tenencia en connivencia preordenada a su expendición o su distribución, abarca los casos comprendidos en las acciones mencionadas realizados por personas integradas en niveles inferiores respecto de los autores del párrafo primero, luego el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa y de su distribución o expendición como consecuencia del plan trazado por los autores, que se revela en su grado de connivencia con los mismos, en suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores...». (FJ 2.º).

Y 3.ª) sobre el mismo delito, cometido por **funcionario público fuera del ejercicio de sus funciones**, respecto al cual la STS 12-1-2004 (RC 2106/02), concluye que no cabe considerarlo sino como falsedad cometida por particular (art. 392 CP) con la agravante del art. 22 7.ª CP (prevalerse de la condición de funcionario), cuando lo único producido es el acceso irregular al documento pero sin que su actuación haya tenido lugar en el área de sus funciones específicas.

10. Fraude de subvenciones

La **STS 7-1-2004 (RC 2155/02)** examinó la cuestión de si pudieran ser sujetos activos del delito del art. 308 CP, los **funcionarios o autoridades**, considerando, que si bien lo normal es que sean particulares, también aquéllos pueden atentar contra la Hacienda Pública —por la vía del gasto público—, dado que la función pública se ejerce siempre, a través de personas físicas concretas, que pueden cometer el delito.

11. Incendio

La determinación de si el delito de incendio se ha consumado o no, siempre ha sido controvertible, precisamente por su particular naturaleza (se trata de un delito hipotético o potencial, también denominado de peligro abstracto-concreto o de aptitud, en el que lo sancionable no es un concreto resultado de peligro sino «un comportamiento idóneo para producir peligro»), (**STS 7-10-2003 RC 1511/02**).

Por eso, resulta de interés el caso —examinado en la sentencia precitada— de prender fuego a una cortina de una casa habitada, en el cual se afirma que *«la consumación del delito prevenido en el art. 351 del Código Penal exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, por lo que ha de estimarse que en aquellos supuestos en los que el fuego ha sido extinguido de forma inmediata, sin alcanzar una mínima dimensión, el delito debe sancionarse como mera tentativa»*.

12. Omisión de perseguir delitos

Aunque parece de toda evidencia que si una persona no se denuncia, no se incurre en delito, ese fue el tema que trató la **STS 14-11-2003 (RC 1094/02 P)**.

Por eso, la mentada sentencia afirma que *«Nadie está obligado a autodenunciarse, habida cuenta del derecho que a todo ciudadano asiste de no confesar su culpabilidad ni de declarar contra sí mismo. Si la propia ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 261) excluye de la obligación legal de denunciar a los parientes, con mayor razón estará relevado el*

autor de un hecho delictivo de denunciarse a sí mismo, y ninguna ley (ni siquiera el Código Penal) puede imponer esta obligación...». (FJ 33.º).

13. Prevaricación

La **STS 25-9-2003 (RC 2863/02)**, trata de una cuestión de cierto interés. Cesar en una actividad ilegal, cometida a sabiendas, cuando ya existía un requerimiento judicial en tal sentido, sólo es la expresión de una decisión obligada que, en caso contrario, habría dado lugar a un delito de desobediencia.

Dicha actuación, puede considerarse como un elemento o dato a tener en cuenta a la hora de individualizar la pena, pero no afecta a la decisión delictiva ya consumada, consistente, en el caso en cuestión, en conceder autorizaciones para verter desechos en una zona tan protegida por las leyes, como un humedal de gran valor ecológico.

14. Profanación de cadáveres

Dentro del Título XXI —«Delitos contra la Constitución»—, aparece en su Capítulo IV —De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas— el art. 526, considerando un atentado a la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos —Sección 2.^a—.

Dicho precepto —como se ve, de rocambolesca ubicación— sanciona al que *«faltando al respeto debido a la memoria de los muertos... profanare un cadáver.»*

Artículo que se integra por dos elementos: un acto de profanación de cadáver, como lo es el incendiar un coche con un cadáver previamente introducido en el mismo; y que ello se haga faltando al respeto a la memoria de los muertos.

Como el segundo aspecto es el más problemático, la **STS 20-1-2004 (RC 346/02 P)** se ocupa de él, afirmando que significa la necesaria existencia de dolo, ínsita en un acto de falta de respeto a los muertos, que debe aparecer evidente para sus autores, aunque les guíe otra finalidad —en el supuesto de autos, hacer desaparecer las huellas del homicidio previamente cometido—.

Basta, por tanto, que exista un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, que en el caso analizado es claro, dado que el hecho se produjo varias horas después del homicidio, patentizándose así la producción de dos delitos diferentes, que infringieron bienes jurídicos distintos.

15. Salud Pública

El curso judicial 2003-2004, ha tenido en los delitos contra la salud pública, y en particular en la búsqueda de un fundamento jurídico sólido para la sanción del tráfico de drogas en pequeñas cantidades, uno de los temas capitales.

Pues bien, después de numerosas sentencias tanteando dicha fundamentación, la Sala ha establecido el criterio de la **dosis psicoactiva** como elemento cardinal de la punición de dichas actividades.

A tal efecto, el Informe de 22-12-2003 remitido por el Instituto Nacional de Toxicología a la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo, ha permitido señalar las dosis mínimas psicoactivas, a partir de las cuales cualquier acto de difusión a terceros de drogas o sustancias tóxicas, se considera punible.

Entre las primeras sentencias que han fijado el nuevo criterio, podemos citar las **SSTS 29-12-2003 (RC 3062/02)**, **30-12-2003 (RC 1478/03)**, entre otras.

El cuadro con el que la Sala está operando, por cierto abierto a la lógica flexibilidad de que pudiera acreditarse en otro momento o mediante una pericia alternativa que en un caso concreto, a pesar de estar dentro del marco cuantitativo con el que se ha empezado a trabajar, pudiera no existir una afección a la salud, contiene, respecto a las sustancias más usuales, las cantidades que seguidamente se señalan.

Sustancia/dosis psicoactiva:

Heroína, 0,66 mg

Cocaína, 50 mg

LSD , 20 mcg

MDMA 20mg

Por otro lado, se han dictado sentencias absolutorias cuando se desconocía la composición de la sustancia, esto es, su grado de pureza, que en cantidades tan pequeñas no permite una presunción «contra reo» de que la cantidad neta supera el umbral a partir del cual, en todo caso, se anuda una sentencia condenatoria.

Entre las sentencias absolutorias por dicho fundamento, pueden citarse las **SSTS 13-11-2003 (RC 205/03)** para la heroína, la de **30-1-2004 (RC 1908/02)** para la metadona y la de **13-2-2004 (RC 672/03 P)**, para la cocaína.

16. Revelación de Secretos

Uno de los delitos que menos aplicación tienen, es el de **revelación de secretos** tipificado en el art. 417.1 CP. Avalan esta afirmación no sólo lo raro que resulta su denuncia penal sino razones de otro orden, como la posible colisión con el orden administrativo que, por mor de la naturaleza de última «ratio» del derecho penal, remiten a dicha jurisdicción, muchos de estos casos.

Sin embargo, en la **STS 30-9-2003 (RC 749/02)**, se considera que estamos ante un supuesto penal, dada «*la concurrencia de cuantos elementos caracterizan esta figura delictiva, y en concreto ... que el daño generado al servicio público o al tercero ha adquirido una cierta relevancia en cuanto se tratan de datos sensibles como son las informaciones relativas a operaciones comerciales intracomunitarias de diversas compañías mercantiles y satisfacción de tributos, información reservada que lógicamente estaba destinada a informar a otras compañías competidoras. Información que fue transmitida a terceros consumándose la conducta delictiva...*». (FJ 3.º).

17. Tenencia ilícita de armas

La imprecisión que ofrece el Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto de 29-1-1993 respecto al concepto y clases de **armas prohibidas**, ha seguido generando «sentencias ad hoc», sobre las distintas armas que han dado lugar a acusaciones del delito de que tratamos.

Y así, la **STS 17-11-2003 (RC 362/03 P)**, ha considerado que una «defensa eléctrica marca electrochoc power 2000», entra del tipo delictivo

tivo del art. 563 CP, ya que se la menciona de pasada en el art. 5 c) del Reglamento y es obvio su aptitud para causar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros.

Y por otro lado, la **STS 27-4-2004 (RC 1515/02)** se refiere al supuesto de atenuación recogido en el art. 564 CP, considerando que no cabe en un caso en que el recurrente *«vendió el Cetme con munición al otro condenado, acción que patentiza un total desinterés por el uso ilícito que pudiera darse a tal arma, lo que resulta incompatible con las previsiones de dicho artículo»*.

18. Torturas

Se refiere la **STS 19-11-2003 (RC 757/02)**, al interesante supuesto de la **comisión omisiva**, admitiendo su posibilidad, en el caso de que unos agentes de policía estén presentes sin impedir la causación de torturas a unos detenidos a quienes se interroga.

Y es que *«El delito de torturas exige, en su comisión omisiva, que el imputado tenga conocimiento de la realización de las torturas y no actúe en la forma exigida en el ordenamiento para impedir las o perseguirlas»*. (FJ 6.º).

19. Utilización ilegítima de denominación de origen

La **STS 19-3-2004 (RC 813/03)** se ocupa del infrecuente delito de **utilización ilegítima de denominación de origen**, uno de los tipos de los **delitos de propiedad industrial**, de mayor interés para la protección de la propiedad industrial en materia de productos de calidad reconocida en función de su procedencia geográfica.

La resolución mencionada examina la problemática planteada en el caso, en el que el acusado había hecho etiquetar numerosas botellas de vino con la denominación de origen que no se correspondía con la realidad.

Y así, se afirma que: *«Entendemos que existió un solo delito, aunque hayan sido muchas las veces en que se utilizó la denominación de origen y sea, como aquí, importante el número de botellas de vino en que se hizo constar esa denominación a la que no se tenía derecho»*.

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal. Así ocurre con el delito del art. 368 CP cuando nos habla de “actos de cultivo, elaboración o tráfico” en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. En este delito que estamos examinando (art. 275) se habla de quien “utilice en el tráfico económico una denominación de origen...”. Esta expresión “utilice en el tráfico económico” tiene ese concepto global que acabamos de decir, de modo que una utilización repetida de esa denominación de origen no constituye un delito continuado...». (FJ 8.º).

20. Violencia doméstica

El legislador, ha extraído del título de las lesiones, la violencia doméstica antes castigada a través del art. 153, y la ha llevado al art. 173, mediante LO 11/2003, de 29 de septiembre, dándole además una nueva redacción, en la que ha prescindido de la necesidad de la **convivencia**.

La **STS 29-3-2004 (RC 118/03)** trata de modo bien ilustrativo la mejora técnica, que evita la situación anterior de inaplicación del tipo en todos aquellos casos en que la violencia desplegada en el ámbito de una relación familiar deteriorada o rota, se producía tras la separación de hecho de quienes convivían hasta antes de dicha ruptura.

La explicación que se da, es la siguiente: *«El propio legislador ha debido entender de esta forma el sentido de la regulación legal cuando en la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de setiembre, se le da una nueva redacción, antes transcrita, constituyendo el apartado segundo del artículo 173, en el marco de los delitos contra la integridad moral, en la que la relación de afectividad, presente o pasada, análoga a la del cónyuge no precisará del requisito de la convivencia para que sean sancionados con arreglo a este artículo los malos tratos habituales ejecutados dentro de su ámbito. El legislador ha entendido que, para una mejor y más amplia protección de las víctimas de estas conductas que preocupan seriamente*

por su reiteración y gravedad y que merecen un contundente reproche social por sus características, deben incluirse en el tipo los supuestos de malos tratos habituales también en situaciones de afectividad análoga a la existente entre cónyuges, aun en los casos en los que no exista convivencia entre ellos. Y para hacer efectiva tal opción ha procedido a la modificación del precepto, lo que indica que según su propia interpretación, tales conductas no quedaban incluidas en la redacción anterior del tipo. La introducción del inciso «aún sin convivencia», a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora, desde su entrada en vigor, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aunque no exista convivencia...». (FJ 2.º)