

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. PROCESO PENAL	66
1.1. Principios procesales. «Non bis in idem». Acusatorio. Intervención mínima. Igualdad	66
1.2. Tutoría: comisión por omisión. Coautoría. Complicidad.....	68
1.3. Concursos delictivos. Supuestos: Falsedad documental y estafa; Falsedad y estafa procesal	69
1.4. Competencia. Jurisdicción universal, para los «crímenes contra la humanidad». Principio de personalidad. Competencia en los supuestos de aforamiento	70
1.5. Prescripción. Doctrina general. Determinación del plazo prescriptivo	71
1.6. Prueba. Derecho a la prueba. Coimputado. Pericial. Testifical. Intervenciones telefónicas. Entrada y registro. Reconocimiento de voces. Secretos oficiales. Obtención de ADN	72
1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Contradicción. Documentos. Incongruencia omisiva. Recurso de Unificación de Doctrina en Materia Penitenciaria	79
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Competencia para resolver sobre la situación del acusado, en vía de recurso. Contenido de la motivación de los jurados. Papel del Magistrado-Presidente en la motivación. Objeto del veredicto, en relación al «nomen iuris» de la acusación.....	83
2. JUICIO ORAL	85

	<i>Página</i>
2.1. Cuestiones previas	85
2.2. Sentencia. Motivación	88
2.3. Responsabilidad civil.....	89

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. CUESTIONES GENERALES	92
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes.....	92
1.2. Culpabilidad. Dolo. Error	99
1.3. Penalidad.....	100
2. AGRESIÓN SEXUAL	103
3. ALZAMIENTO DE BIENES.....	105
4. BLANQUEO DE CAPITALES.....	106
5. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	106
6. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES .	108
7. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	108
8. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL.....	109
9. DELITOS SOCIETARIOS	110
10. DETENCIÓN ILEGAL	110
11. ÉSTAFA	113
12. FALSEDADES	115
13. HOMICIDIO IMPRUDENTE	115
14. LESIONES	116
15. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	117
16. PREVARICACIÓN	118
17. ROBO CON VIOLENCIA	118
18. SALUD PÚBLICA	119
19. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.....	121
20. TERRORISMO.....	123
21. VIOLENCIA FAMILIAR	124

En la Crónica de la jurisprudencia de la Sala Segunda, correspondiente al año judicial 2004-2005, debe destacarse, además de las sentencias dictadas, algunos autos de especial importancia y la adopción de Acuerdos no jurisdiccionales, de gran interés jurídico.

Así, en cuanto a los autos, podemos destacar los dictados en materia penitenciaria, tras el Acuerdo Plenario de la Sala Segunda, de 22-7-2004, sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido por la LO 5/2003 de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional 5.^a de la LOPJ: AATS de 24-11-04, 24-1-05 y 22-2-05, entre otros.

También son dignos de cita, los Acuerdos de fecha 13-12-04 sobre la Sustancia GHB (gammahidroxibutirato y acido gammahidroxibutirico), que se considera causa grave daño a la salud y que fija en 10.500 grs. de dicha sustancia en estado puro, la cantidad de notoria importancia; el acuerdo del día 3-2-05 sobre el «principio de ubicuidad» en materia procesal, estableciendo la competencia del Juez que primero haya iniciado la instrucción de la causa y que establece que las cláusulas de reserva de dominio y prohibición de enajenar no constituyen título apto para generar el delito del art.252 CP; el de 9-2-05 sobre la posibilidad de recurrir los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado; sobre la determinación del autor del tipo de corrupción de menores del art.189.4 CP y que la «emigración» a otro país, del art.312 CP, no se limita a la que se produce desde España; y, finalmente, el acuerdo de 1-3-05, que asimila las relaciones estables de pareja a las

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

matrimoniales, a los efectos del art.268 CP; establece que la responsabilidad personal subsidiaria debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art.53 CP; y que el art.68 CP, cuando remite al art.66 CP, no excluye ninguna de sus reglas.

Consignadas dichas referencias, pasamos, ya, sin más preámbulos, a exponer, en apretada síntesis, los puntos doctrinales que consideramos de mayor interés, de la *Crónica* del año judicial 2004-2005.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Como viene observándose estos últimos años, muchos de los motivos esgrimidos en los recursos de casación, se refieren a cuestiones procesales, que originan interesantes respuestas jurisdiccionales a las mismas, y de las que hemos seleccionado, las que exponemos a continuación, conforme al orden seguido otros años.

1.1. Principios procesales. «Non bis in idem». Acusatorio. Intervención mínima. Igualdad

Sobre el **principio «non bis in idem»**, contamos con dos sentencias dignas de consideración, recaídas en ámbitos subjetivos completamente distintos.

La primera, **STS 24-2-2005 (RC 2049/03)**, dictada en un caso en que ya había recaído sanción administrativa —cierre y cancelación de la concesión de administración de lotería— sostiene que es compatible la doble sanción —penal y administrativa— en los supuestos de relaciones de supremacía especial de la Administración respecto al sancionado, situación enteramente distinta cuando el afectado es un particular, ajeno a dichas relaciones de naturaleza pública.

La segunda, **STS 11-10-2004 (RC 235/03)**, diferencia el caso de una sanción a una persona jurídica —en vía administrativa— y, posteriormente, en vía penal, al empresario persona física. Ello es posible —se dice— porque los presupuestos de la interdicción constitucional del «non bis in idem», son identidad de sujetos, hechos y fundamentos, por

lo que faltando en el caso el primer requisito, es perfectamente posible acumular a una sanción administrativa contra un laboratorio farmacéutico, la posterior condena penal a su representante, por un delito contra la salud pública. De no seguirse este criterio —se fundamenta en la resolución— es evidente que la protección de la salud de los ciudadanos, no se satisfaría, conforme quiso el legislador.

En cuanto al **principio acusatorio**, del que la **STS 24-9-2004 (RC 1405/03P)**, nos recuerda que constituye «*una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental en cuanto la doctrina del TC y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de toda indefensión, consagrados en el art.24 de la CE, junto con el derecho a que tiene todo acusado de ser informado de la acusación formulada contra él*», y para cuya violación, se requiere produzca indefensión efectiva al acusado, la mencionada resolución concluye que en el caso no se ha producido, ya que la omisión en el auto de procesamiento de un delito, cuyo sustrato fáctico conocía el acusado desde el inicio de la causa, y que sí se incluyó en el escrito de conclusiones definitivas, no ha supuesto indefensión alguna al permitir ejercer la defensa respecto a la acusación definitivamente resultante, y poder recurrir la sentencia que, congruentemente, se pronunció sobre tal delito.

Y la **STS 22-10-2004 (RC 281/03)**, expresa que «*no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa*» siempre que se utilicen las vías legales al respecto, arts.732, 733 y 793.7 LECRIM, a fin de que se introduzca esa cuestión en el debate y pueda la defensa, disponer de hasta diez días para estudiarla y proponer, en su descargo, los nuevos elementos probatorios que considere.

Por lo que hace al **principio de intervención mínima**, la **STS 28-2-2005 (RC 1263/03)**, precisa su naturaleza, de principio de la política criminal que se dirige fundamentalmente al legislador y su alcance en el derecho penal, pues «*se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal*» sin extensiones analógicas ni exclusiones por razones de oportunidad, de hechos de poca significación.

Y por último, sobre el **principio de igualdad**, resulta de interés, la **STS 28-10-04 (RC 156/04 P)**, dictada en un caso en que ante supuestos

idénticos, pues los hechos son los mismos, sólo que juzgados independientemente, en un caso, el Tribunal califica los hechos de una manera y aplica la pena correspondiente, y posteriormente, cuando es juzgado el otro partícipe —se trata de un asesinato efectuado por un comando terrorista— por el mismo Tribunal, sólo que con otra composición, se resuelve de modo distinto. Se produjo, concluye la sentencia, una desigualdad en la aplicación de preceptos del Código Penal, por el mismo órgano judicial en supuestos idénticos, lo que implica una vulneración del principio de igualdad que proclama el art. 14 CE.

1.2. Autoría: comisión por omisión. Coautoría. Complicidad

Como se sabe, la regulación de los responsables penales de los delitos y faltas, prevista en los arts. 11 y 27 a 31 del CP, supone el marco normativo de las cuestiones de participación delictiva, pero requiere el complemento jurisprudencial, dada la riqueza de supuestos que se presentan en la práctica.

Por ello, destacamos algunas resoluciones dictadas en esta materia, y que se refieren a la autoría, coautoría y complicidad.

En cuanto a supuestos de autoría por **comisión por omisión**, contamos con la **STS 4-2-05 (RC 2394/2003)**, que en un delito de agresión sexual, tras examinar los requisitos exigidos por el art.11 CP, lo considera aplicable al caso, al afirmar «si la señora hubiera adoptado medidas eficaces para impedir los contactos entre padre e hija, o si hubiera pedido auxilio a los servicios sociales correspondientes, que existían en el Ayuntamiento del pueblo barcelonés de E., donde se desarrollaron los hechos, o en último término si hubiera denunciado lo que estaba ocurriendo, la repetición de hechos que había conocido la esposa y madre no se habría producido».

E igualmente, la **STS 21-12-04 (RC 1208/03 P)**, reprocha a título de autores, a quienes agredieron a un tercero, lesionándolo, y en dicha situación, remataron la acción criminal, arrojándole una piedra de 54 Kgs. de peso. El que no lanzó la piedra —pues no se acreditó la participación de ambos en dicho episodio— participó en la situación de riesgo para la víctima y mantuvo un dominio de la acción homicida, al disponer de un control suficiente —que no ejerció— para haber impedido el lanzamiento de la piedra. Y dicha omisión, le hace autor, pues se estaría ante una «comisión por omisión».

Por lo que se refiere a la temática de la **coautoría**, diversas resoluciones han estudiado tan importante cuestión, en la que es crucial separarla, de un lado de los casos de organización criminal, y, de otro, de los supuestos de mera complicidad.

Y así, en la **STS 7-10-04 (RC 942/2003 P)**, se indica que lo decisivo para imputar a título de autor, a cuatro partícipes en sendos asesinatos, con independencia del autor o autores materiales de los mismos, es que *«los cuatro con su acción coordinada en una situación de efectivo condominio crearon un gravísimo riesgo para las dos personas, que no sólo no pudieron controlarlo en sus últimas y más fatales consecuencias, sino que les fue totalmente indiferente tal resultado de muerte, sea cual fuese el que materialmente efectuase las cuchilladas»*. La acción típica se sitúa en un escenario de «gravísimo peligro concreto», creado por la acción coordinada de los cuatro partícipes en los hechos.

Por su parte, la **STS 8-3-05 (RC 724/2003 P)**, subraya, además de la nota de la «decisión conjunta de los autores», la necesidad de que entre los coautores no aparezca una nota de subordinación de alguno de ellos, lo cual permitiría aportar su aportación en la complicidad.

Finalmente, examinamos una sentencia —que ya analizamos desde la perspectiva del «principio de igualdad»— sobre **complicidad**, en la que se recuerda que la diferencia con la coautoría, radica en que se trata de una cooperación accidental o secundaria. Y por ello, cuando se aporta una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la «conditio sine qua non»), o mediante la aportación de algo no fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el cooperador pudo impedir la comisión del hecho, retirando su concurso (teoría del dominio de hecho), no podemos hablar de complicidad (**STS 28-10-04, RC 156/04 P**).

1.3. Concursos delictivos. Supuestos: Falsedad documental y estafa; Falsedad y estafa procesal

Con cita de las SSTS 1971/2002, de 22 de noviembre, 1833/2002, de 29 de octubre y 1697/2003, de 18 de diciembre, la **STS 22-01-05 (RC 2038/2003)**, aplica a la problemática del concurso entre la **falsedad documental y la estafa**, el Acuerdo del Pleno de la Sala II el 8 de marzo de 2002, en el sentido de que se trata de dos delitos, y que es más favo-

rable para el acusado penarlos separadamente, de acuerdo con el art.77 CP, cuando la defraudación es moderada y no es necesario aplicar el grado superior,

En cuanto a **falsedad y estafa procesal**, la **STS 9-12-2004 (RC 1899/03)**, examina un caso, a caballo de la anterior legislación, y considera compatible ambos delitos si se produce la presentación en juicio a sabiendas de la falsedad, de un documento.

1.4. Competencia. Jurisdicción universal, para los «crímenes contra la humanidad». Principio de personalidad. Competencia en los supuestos de aforamiento

En línea con la doctrina sentada en años anteriores —así en 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 dicho caso—, y atribuyó **competencia** a los Tribunales españoles para la persecución de determinados delitos propios de la jurisdicción universal, se ha dictado en el presente año judicial otra interesante sentencia.

En efecto, la **STS 15-11-2004 (RC 945/03P)**, tras un extenso estudio de la doctrina jurisprudencial existente en relación a la jurisdicción universal, y en particular la norma de competencia española prevista en el art. 23.4 g) LOPJ, sostiene, en relación a unos graves hechos que versan sobre presuntos delitos de genocidio y terrorismo, ocurridos en Argentina, que es competente la jurisdicción española habida cuenta de: que existe un punto de conexión con intereses nacionales, al ser alguna de las víctimas españolas; que se trata de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la comunidad internacional; que no consta exista una causa abierta en Argentina, contra el acusado y que éste, se encuentra preso en España.

Sobre el **principio de personalidad**, se pronunció, entre otras, la **STS 17-12-04 (RC 265/2004)**, recordando que conforme a dicho principio, todo ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país, porque así resulta del art.23.2 LOPJ si se cumplen los requisitos siguientes: 1.º) Que el hecho sea punible en el lugar de la ejecución, 2.º) Que el agraviado o el ministerio Fiscal denuncien o se querellen ante los

tribunales españoles y 3.º) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado, en el extranjero, o en este último caso no haya cumplido la condena.

En la resolución, se dice también, que este principio sólo tiene las limitaciones que establezcan los Tratados internacionales. Por ello, no puede aceptarse una presunta doble nacionalidad que sirva, a conveniencia del interesado, para evitar su persecución penal en el país del que es nacional y que ha iniciado una causa contra él.

Por último, resulta clarificadora, **la STS 22-10-04 (RC 2222/2003)** dictada en un caso de **aforamiento de parlamentario**, en la que se indica, citando la doctrina del TEDH, así el «Caso Cöeme y otros vs. Bélgica», de 22-6-2000, que el fuero va en contra del principio de igualdad, y por ello se justifica por probadas razones para sus destinatarios concretos, pero no permite su extensión a otras personas, salvo en casos excepcionales, justificados por razones de posible ruptura de la continencia de la causa o contradicciones en los fallos que pudieran dictarse.

De ahí que, en razón de dicha doctrina, se estime razonable y respetuoso con la misma, que en los casos de conexión delictiva entre personas con fuero y otras que no, pueda escindirse la causa, para remitir el enjuiciamiento de los aforados al Tribunal especial y el del resto de acusados, ser juzgado por el órgano ordinario competente.

1.5. Prescripción. Doctrina general. Determinación del plazo prescriptivo

La doctrina general en materia de prescripción, recogida, entre otras en la **STS 9-3-2005 (RC 1349/04)**, ha sido cuestionada, como resulta notorio, por la reciente STC 63/2005, de 14 marzo, al sostener que para poder entender dirigido un procedimiento penal contra una persona no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela, sino que se hace necesario concurra «un acto de intermediación judicial».

Ello es la novedad más trascendente en esta materia, ocurrida en los últimos tiempos. Sus consecuencias no son difíciles de prever y abre todo un campo de posibilidades.

Pero, otras cuestiones menores relacionadas con la prescripción, así la **determinación del plazo**, han sido igualmente, ocasión de pronun-

ciamiento por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el presente año judicial.

En concreto, la **STS 28-10-04 (RC 165/2004 P)**, ha recordado la doctrina de la Sala, expuesta entre otras, en la STS 458/1997, de 12 de abril, en el sentido de que el plazo prescriptivo aplicable a una causa penal, es el de la gravedad del delito (art.113 CP), la cual depende, no de sus circunstancias modificativas, sino de la pena en abstracto, esto es, la pena prevista como máxima posible por el legislador para cada delito en particular.

1.6. Prueba. Derecho a la prueba. Coimputado. Pericial. Testifical. Intervenciones telefónicas. Entrada y registro. Reconocimiento de voces. Secretos oficiales. Obtención de ADN

Una vez más, el apartado de la prueba, se ha configurado como uno de los más importantes, dentro de las cuestiones tratadas por la Sala, en sus resoluciones.

Así, en la **STS 1-3-05 (RC 2661/2003)**, se examina la cuestión del alcance del derecho de prueba en la instrucción, indicándose que «... *lo que resulta trascendente es que la instrucción no se efectúe a espaldas del imputado, el cual debe estar en condiciones de intervenir cuando lo considere pertinente y sea procedente, según el estado y situación del proceso. En cualquier caso, las infracciones o irregularidades cometidas en esta materia, deben ser denunciadas en momentos procesales en los que puedan ser corregidas, con la finalidad de dar al imputado la oportunidad de intervenir en aquellas diligencias de investigación o de preconstitución de pruebas en las que por una causa u otra no se le hubiere permitido hacerlo.*»

Entrando ya en las distintas modalidades probatorias, la prueba del **coimputado**, ha contado con dos sentencias especialmente interesantes.

En la **STS 15-2-05 (RC 2785/2002)**, se afirma que «*la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado*».

Y en la **STS 2-2-05 (RC 764/2003P)**, tras indicarse que el coimputado es «una delicada pieza procesal» que es necesario aquilatar al máximo para esclarecer cual puede ser el origen de su comportamiento en

todas las fases del proceso, se concluye en que *«el coimputado que acusa se convierte en testigo de cargo y por tanto no le ampara el derecho a no declarar e incluso podría ser perseguido por falso testimonio si falta a la verdad. Los Jueces Penales y los Presidentes de las Salas de Justicia deberían tener en cuenta estas consideraciones y actuar equilibradamente para que se mantenga el respeto a los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso, prestando una constante atención a los lances del interrogatorio para actuar de inmediato en defensa de las garantías»* (FJ 3.º).

En cuanto a las incidencias que plantea la prueba **pericial**, seleccionamos unas cuantas resoluciones que tratan de muy diversas cuestiones.

Sobre la prueba **pericial caligráfica**, la **STS 14-10-04 (RC 946/2003 P)**, afirma, que sobre la base de que el art.24.2 CE reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, no existe obligación alguna del acusado a proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de ésta, lo que incluye la inexistencia de obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pudiera servir para la práctica de una pericia caligráfica.

En lo que hace a la **impugnación de la pericia**, la **STS 29-10-04 (RC 1697/2003)**, tras recordar la doctrina general al respecto, concluye con el criterio tan abierto que actualmente se mantiene, consistente en que *«basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal»*, doctrina que tiene como excepción que la impugnación se manifieste en un momento procesal en el que sea ya imposible la reacción de la acusación orientada a la práctica de la prueba en el juicio oral.

Y sobre otra cuestión que se suele plantear con cierta frecuencia, la queja por la **comparecencia de perito distinto al firmante del informe**, la **STS 23-3-05 (RC 1143/2003P)**, da una cumplida justificación sobre su validez: *«La cuestión planteada respecto de la prueba pericial, que se fundamentaría en la infracción del derecho a la contradicción, no puede ser admitida por la Sala. En efecto, cuando se trata de un informe oficial realizado por un ente público especializado —sin que la*

Defensa haya cuestionado el proceder, ni haya propuesto otra alternativa— es evidente que se trata de procedimientos estandarizados y ajustados a determinados protocolos, cuya ejecución compete al personal técnico que forma parte del mismo. Consecuentemente, cualquiera de los funcionarios del ente puede informar sobre las cuestiones que podrían ser objeto de contradicción en el juicio oral. Dado que la operación analítica, por regla general, no es en sí misma repetible y que esta repetición, en todo caso, no ha sido solicitada por la Defensa, es claro que el debate sólo hubiera podido versar sobre los métodos y procedimientos de la pericia. Por lo tanto, si esos métodos y procedimientos eran el único objeto posible de la contradicción, no ofrece dudas que el principio de contradicción no ha sido vulnerado y que el informe, del que la Defensa sostiene sólo desconoce quién lo efectuó, ha podido ser considerado válidamente como prueba en el presente proceso...» (FJ ÚNICO).

Sobre la **prueba testifical**, se han dictado igualmente algunas sentencias que han tratado cuestiones no demasiado frecuentes.

Así, la **STS 29-11-04 (RC 1693/2003)**, se ocupó de la **falta del apercebimiento previsto en el art.433 LECrim**, para el testigo púber, en el sentido de que antes de tomarsele declaración, deberá ser instruido de la obligación de ser veraz y en su caso, de las penas con que se castiga el delito de falso testimonio.

Pues bien, la sentencia indicada aborda la cuestión, en estos términos: *«la única consecuencia que acarrearía que el testigo no haya sido apercebido expresamente de las consecuencias penales del incumplimiento del deber de veracidad en el acto del juicio oral sería la imposibilidad de proceder contra el testigo por su falso testimonio, pero no sería obstáculo para que la Sala pueda valorar la credibilidad de su declaración prestada bajo juramento de decir verdad...» (FJ 3.º).*

También es interesante la **STS 17-2-05 (RC 446/2003)**, que trata del **testimonio de un retrasado mental**, en la que se recuerda la doctrina de su validez probatoria, mostrando su singularidad, en el sentido siguiente: *«En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo. (El art. 417.3.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal se limita a enunciar que “no podrán ser obligados a declarar como testigos”, lo que es algo distinto.) b) El art. 433*

de la misma Ley distingue entre el interrogatorio de un impúber, con terminología absolutamente absoleta pero significativa, al igual que el art. 442 de la misma establece un régimen significativo de diferencia con respecto al art. 658 de la Ley de Enjuiciamiento civil. c) Finalmente, la singular naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal —también por lo general y excepto determinados tipos delictivos— basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del tribunal de instancia en base a la inmediatez sin que quepa —se insiste— a este tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba» (FJ 4.º).

Por su parte, la STS 10-2-05, sobre el tema de la **incomunicación de los testigos**, afronta la queja de que el testimonio de un testigo, prestado en la segunda sesión del juicio, pudiera suponer una violación del art.704 LECrim.

La resolución indica: *«El tema de la incomunicación de los testigos, que exige el art. 704, la Ley, es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por lo que le precedieron, para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la **naturaleza cautelar** de tal medida y por tanto situada extramuros de la validez del testimonio.*

(... Por ello)

***La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad**, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días. La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generaliza retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y, pre-*

cisamente por orden del Tribunal sentenciador. Es difícil imaginar un escenario más absurdo y sin lógica ni sentido...» (FJ 2.º).

De igual modo se han dictado numerosas resoluciones sobre las **intervenciones telefónicas**, en las que se sigue incidiendo en la falta de una mínima regulación en la materia, y se abordan cuestiones diversas, que muestran la riqueza de supuestos que el tema plantea.

Así, la **STS 7-12-04 (RC 692/2003)**, considera **proporcionada**, la autorización de esta modalidad probatoria, en un caso en el que se investigaba un delito de cohecho y otro de revelación de secretos, respecto a la ilegal utilización de un banco de datos personales.

En la **STS 15-2-05 (RC 2785/2002)** se considera **ilícita** la intervención apoyada en unos datos fácticos policiales notoriamente imprecisos que no pasaban de sospechas y conjeturas, pero que no alcanzaban el nivel de indicios, basados en datos objetivos, necesarios para justificar la restricción de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el que garantiza el secreto de las comunicaciones.

Por su lado, la **STS 21-3-05 (RC 311/2004)**, se refiere a los requisitos y modos de acceder al proceso, para su **valoración**: *«Las intervenciones telefónicas, en cuanto limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), requieren para su licitud y validez jurídicas una serie de requisitos: exclusividad jurisdiccional (salvo excepciones —v. art. 579.4 LECrim.) pues han de acordarse por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal; existencia previa de indicios (no de meras sospechas o conjeturas); motivación suficiente (v. art. 120.3 CE y art. 579.3 LECrim.); proporcionalidad; especialidad del hecho delictivo investigado; limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas). No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las*

intervenciones como para acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la Policía Judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico —v. arts. 9.1, 103,1 y 104 CE), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas...» (FJ 3.º).

Sobre la prueba de **entrada y registro**, la **STS 12-4-05 (RC 899/2004 P)**, censura una entrada policial domiciliaria «*bajo su solo criterio respecto de la conveniencia, en aras de mera eficacia investigadora*», sin autorización judicial, por mucho que les moviera el fin de aseguramiento de pruebas, cuando no se acredita ni la urgencia de la intervención ni la existencia de flagrancia delictiva.

En cuanto a la prueba del **reconocimiento de voces**, la **STS 22-10-04 (RC 1056/02)**, aborda esta interesante cuestión, del siguiente modo: «*Es cierto que la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS de 17.4.89 ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el TC en S 190/93 de 26.1 y la STS de 23.12.94, admitió la autenticación por el Tribunal mediante la audición de las cintas en el juicio.*

En igual dirección la STS 7.2.2003, con cita de la sentencia 1112/02, en relación al reconocimiento de las voces, señaló que el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o de la prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones. En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado...» (FJ 18.º).

Sobre la prueba que se pretende obtener de **documentos secretos**, la **STS 25-3-05 (RC 323/2004)**, es bien contundente sobre dicha posibilidad, pues —dice— *«es oportuno insistir en que el derecho no puede amparar el delito, pues otra interpretación haría depender de una autorización del ejecutivo la competencia de los jueces y tribunales para la investigación y persecución de los mismos (art. 117-3 CE), lo que supondría una alteración fundamental del marco constitucional. Tolerar el despilfarro egoísta de los fondos públicos, asignados a un destino, al que no se dedican, dejaría a personas e instituciones sin la debida tutela judicial efectiva» (art. 24-1.º CE).*

*Además, no deben pasar desapercibidos los principios constitucionales insoslayables contenidos en los arts. 103 y 106. El primero reza así: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, **con sometimiento pleno a la ley y el derecho**».*

*Por su parte el art. 106.1 establece: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el **sometimiento de ésta a los fines que la justifican**».*

Con ello queremos poner de relieve que la Ley de Secretos Oficiales, así como las normas y acuerdos complementarios en esta específica materia, deben ser interpretados conforme a principios constitucionales. Si los gastos reservados, lo son por estar destinados a una finalidad concreta, apartados de esa finalidad, queda sin justificación la protección especial dispensada. La desvirtuación de la “ratio legis” de la norma, hace que cualquier actuación desviada, de naturaleza delictiva, quede al margen de la propia ley y desprovista de su protección...» (FJ 3.º).

Para acabar este selecto grupo de resoluciones sobre prueba, hemos de citar la **STS 19-4-05 (RC 774/2004 P)**, en la que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, considera nula la obtención de una **muestra biológica de la celda ocupada por un preso**, realizada por un policía sin las garantías exigidas legalmente. Pudo actuarse a prevención, adoptando las medidas necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban, cuando se detectaron, mientras se esperaba a contar con la autorización judicial.

1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Contradicción. Documentos. Incongruencia omisiva. Recurso de Unificación de Doctrina en Materia Penitenciaria

Una vez más, no han faltado en el presente año judicial, invocaciones a la esperada configuración de **la segunda instancia penal**, pues el recurso de casación penal actual, a pesar de su flexibilidad, y como dijera la **STS 5-12-2002 (RC 461/01)**, «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».

Por ello, resulta particularmente oportuno, hacer mención a la **STS 25-3-05 (RC 323/2004)** en la que se puntualiza, que no puede aplicarse aún la previsión al respecto, incluida en la última reforma de LOPJ, por tres razones: 1) Por estar pendiente de regulación 2) Porque entretanto, es de aplicación la legislación vigente y 3) Porque las leyes procesales, a diferencia de las leyes penales, no poseen efectos retroactivos.

Entrando ya en los concretos motivos de casación, resalta interesante recoger la doctrina respecto a la «**contradicción**», prevista en el art.851 LECrim, y que expuso la **STS 10-1-05 (RC 1683/2003)**:

«*Hemos declarado reiteradamente (SSTS 12.2.99, 27.3.2002, 31.10.2003, 4.2.2004) que los requisitos necesarios para que exista vicio sustancial de contradicción previsto en el inciso segundo del art. 851.1 LECrim. son los siguientes:*

a) Que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical de tales conceptos lo que requiere significar jurídicamente que no sólo sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y sobre todo incompatible con la integridad del relato histórico con recíproca exclusión entre las distintas manifestaciones.

b) Que la contradicción sea interna, esto es que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los Fundamentos Jurídicos.

c) Que como interna dimane directa e inmediatamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica confrontando sus distintos vocablos, incisos, expresiones o pasajes internos de la misma.

d) *Que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter coyuntural ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de una contradicción “in terminis” de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de otra.*

e) *Que sea completa, afectando a la incompatibilidad a los hechos y sus circunstancias y, por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinen la responsabilidad penal o civil.*

f) *Que las frases o expresiones contradictorias por afectar a circunstancias esenciales de la cuestión controvertida y de la misma resolución, sean imprescindibles a la resultancia probatoria, de tal forma que su suspensión propiciase la inexpressión, la incompreensión o la falta de claridad de aquélla, siendo errónea la «contradictio cuando su objeto aparezca intrascendente en el caso examinado, no influyendo en la determinación de la infracción criminal ni en la responsabilidad en juego de los sujetos encausados.*

g) *Que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de una advertible incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo final de la sentencia...» (FJ 1.º).*

Sobre la **obligación de consignar los particulares de los documentos**, podemos citar la **STS 31-1-05 (RC 2103/2003)**, cuya claridad es manifiesta: *«Debemos insistir en la obligación del recurrente de consignar tales particulares de los documentos aducidos como acreditativos del error en la apreciación de la prueba, porque esta exigencia no es caprichosa sino que responde a ideas muy firmes, pues sólo señalando cuáles son los apartados concretos del documento o documentos de los que fluye claro el error, pueden las demás partes procesales oponerse a la pretensión y se posibilita a esta Sala el resolver sin hacer conjeturas sobre las posibles zonas documentales que hubieran de tener incidencia en el error, lo que podrá situarnos incluso en una posición de desequilibrio y de cierta parcialidad objetiva (véase STS de 13 de marzo de 1977 y 25 de abril de 1996, entre otras)...» (FJ 3.º).*

En cuanto al tema de la **incongruencia omisiva**, respecto a las respuestas tácitas, la **STS 14-3-05 (RC 1104/2004)** indica que son admisibles los pronunciamientos tácitos como respuesta a las pretensiones si

del conjunto de las argumentaciones de la sentencia, puede inferirse razonablemente que el Tribunal ha valorado la pretensión deducida y los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

Por último, hemos de consignar que en el año judicial que estamos examinando, se han dictado las primeras resoluciones sobre el novedoso **Recurso de Unificación de Doctrina en Materia Penitenciaria**, una vez que la Sala adoptó el **Acuerdo de fecha 22-7-04**. La primera, ha sido la **STS 30-9-04 (RC 3/2004)** y la segunda, la **STS 24-11-04 (RC 335/04 P)**.

Dada su importancia, recogemos, con cierta amplitud, algunos de los pasajes más significativos de la primera sentencia en esta materia:

«Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.»

«Son requisitos de este recurso:

- a) *La identidad del supuesto legal de hecho.*
- b) *La identidad de la norma jurídica aplicada.*
- c) *La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y,*
- d) *La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.»*

Su naturaleza no es una tercera instancia, y ha de respetar siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal «a quo». Por otro lado, no cabe alegar «*contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita*».

En cuanto a la «*preparación del recurso, el Tribunal “a quo” debe comprobar:*

- a) *Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina;*

b) *Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y,*

c) *Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal “a quo” deberá examinar antes de pronunciarse al respecto».*

Sobre esta cuestión, el Tribunal «a quo» —previa audiencia del Ministerio Fiscal— deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (art. 858 LECrim.).

En cuanto a la Formalización del recurso:

«Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste».

Sobre las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria:

Se trata de «los autos dictados tanto por las Audiencias Provinciales como, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean recurribles directamente mediante el recurso de casación ordinario. Se tratará, en consecuencia, de autos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales (en su caso, la Audiencia Nacional), procedentes a su vez de resoluciones judiciales dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que cumplan con los requisitos que más adelante expondremos. No podrán acceder a la unificación de doctrina los autos susceptibles de recurso de casación “directo”, que lo serán aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación (apartado 6 de la DA 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)».

El objeto del recurso *«lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia»* (FFJJ 4.º y 5.º).

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Competencia para resolver sobre la situación del acusado, en vía de recurso. Contenido de la motivación de los jurados. Papel del Magistrado-Presidente en la motivación. Objeto del veredicto, en relación al «nomen iuris» de la acusación

Como es sabido, el art.125 CE que confiere a los ciudadanos el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (art.125 CE), dio lugar a la LO 5/1995, de 22 de mayo, que, por sus novedades respecto al resto de los procedimientos penales, suscita numerosos recursos que van conformando una doctrina jurisprudencial, de la cual recogemos a continuación, una muestra de la producida en el año 2004-2005.

La primera cuestión que vamos a analizar, es la **competencia para resolver sobre la situación del acusado, en vía de recurso**, tratada en la **STS 28-1-05 (RC 154/2004 P)**.

En dicha resolución se indica que la competencia de la apelación, atribuida al TSJ, sólo queda limitada en lo que respecta a la revisión del hecho probado, pero no en el resto de cuestiones, que quedan intactas, prueba de lo cual es que recibe la totalidad de la causa, y, en consecuencia, es competente para resolver sobre la situación personal del acusado, cuestión planteada en el recurso.

Pasando al omnipresente tema de la **motivación**, hemos seleccionado dos sentencias: la primera sobre el **contenido de la motivación de los jurados** y la segunda, respecto al **papel del Magistrado-Presidente en la motivación**.

La primera, es la **STS 21-1-05 (RC 1002/2004)**, en la que se dice que los «*elementos de convicción*» *deben quedar plenamente identificados; y la “explicación” de las “razones”, que puede ser “sucinta”, o sea, breve, ha de hacer patente que las mismas existen como tales y están dotadas de calidad suficiente. Y es que una convicción sin causa sería necesariamente arbitraria; y la obligación de expresarla es una garantía elemental cuando se trata de dotar de rigor al razonamiento, para evitar conclusiones apresuradas. Por lo demás, es un derecho incancelable del acusado conocer el fundamento de la eventual condena.»*

Y la segunda, la **STS 14-10-04 (RC 234/2004 P)** en la que se indica que el papel del Magistrado-Presidente es tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado, que deberá complementar con

sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo, sin que puedan ser contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado.

Otra cuestión digna de atención, es la que se examina en la **STS 5-10-04 (RC 541/2004)**, en relación a si el objeto del veredicto puede contener el **«nomen iuris» de la acusación**. La respuesta del Tribunal Supremo es diáfana: *«... el art. 52.1.d) al señalar que el objeto del veredicto “finalmente precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable” pudiera indicar que el jurado, en su veredicto, debiera pronunciarse optando por una calificación jurídica de las varias expuestas por las acusaciones, o incluso otra diferente si fuera más favorable... y que el acusado ha participado y de qué forma en su ejecución... Pero eso no supone encomendar a los jurados legos pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas que corresponden al Magistrado-Presidente... Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe incluir ninguna proposición que contenga una calificación jurídica... Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el “nomen iuris” delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de “asesinato”, “homicidio”, “lesiones dolosas en concurso con homicidio” u “homicidio imprudente”), ni tampoco contener una especie de minicalificación autónoma (“es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado”)*».

También en la STS n.º 1618/2000, de 19 de octubre se decía en el mismo sentido que «La decisión del Jurado, en este apartado, se contrae a determinar si el acusado, o acusados, es culpable o inocente de los hechos que ha declarado probados, sin que esa decisión abarque la subsunción jurídica de los hechos y, concretamente, si el delito es doloso o culposo, si homicidio o asesinato, consumado o frustrado, sino que conformarán un relato fáctico del que deberá extraerse las consideraciones jurídicas precisas para la sentencia que el Presidente del Tribunal del Jurado dicta. Esta diferenciación en las funciones del Jurado y del Presidente del Tribunal del Jurado deslinda en la sentencia la función fáctica, que corresponde al Jurado en cuanto declara el hecho probado, y la función técnica de subsunción que realiza el Presidente del Tribunal del Jurado. Sobre los hechos declarados y previas calificaciones de las partes, el Presidente del Tribunal del Jurado subsume el hecho en la norma penal».

Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos... (FJ 2.º).

2. Juicio Oral

Examinamos en este apartado, algunas cuestiones íntimamente relacionadas con la apertura y celebración de la vista oral, incluidas la sentencia y sus pronunciamientos, como colofón del mismo.

2.1. Cuestiones previas

Como es sabido, en el trámite de «cuestiones previas», se trata de «depurar o sanear el procedimiento», resolviendo aquellos puntos que planteen las partes, y que resultan imprescindibles para posibilitar la celebración del juicio y la consiguiente sentencia.

El art. 786.2 LECrim, ofrece, a tal efecto, un amplio y flexible abanico de posibilidades, permitiendo plantear y debatir cuestiones como competencia, infracción de derechos, incidencias que impliquen una posible indefensión etc.

Examinamos, seguidamente, algunos de los temas a que se refiere este apartado de la «Crónica».

En la **STS 22-10-04 (RC 1056/2002)**, se expone la doctrina sobre situaciones concretas que pueden afectar o no a la **imparcialidad de jueces y magistrados**.

«1.º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y sólo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2.º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla

general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y sólo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 caso de la presa de Tous y S de 8.11.93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado (SS 569/99 de 7.4, 15.10.99, 19.9.2000, 1393/00 de 30.6, 1158/00 de 2.1, 1494/99 entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor (TC 138/91, TS 24.9.91, 28.12.93 y 20.1.96) o se acuerde la apertura del juicio oral, TC 170/93...» (FJ 15.º).

También resulta frecuente, resolver sobre **designación de Letrado en el propio acto del juicio oral**, cuestión ligada al derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, que tiene, además, cobertura internacional en los arts.6.3 c) del CEDH/LF de Roma de 1950 y art.14.2 del Pacto de Nueva York de 1966. Sobre tal cuestión se pronuncia la **STS 2-3-05 (RC 779/2003 P)**:

«...lo que no está justificado en modo alguno es esperar al mismo día señalado para el juicio para realizar tal nueva designación, cuando ya todo está preparado para su celebración y la única solución para atender a la voluntad del acusado respecto del cambio de letrado habría de llevar consigo inevitablemente la suspensión del acto para un nuevo señalamiento. Otra cosa habría sido si el nuevo abogado hubiera acudido al juicio oral para hacerse cargo de la defensa por estar debidamente preparado para ello. En tal caso probablemente los letrados designados de oficio no se habrían opuesto a la voluntad de los acusados y el tribunal habría accedido a dicha sustitución.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, la actuación referida de los acusados, manifestando que designaban nuevo letrado al inicio del plenario, formaba parte de una estrategia global de rebeldía ante el hecho de su enjuiciamiento, que tuvo su continuación cuando, inmediatamente después del incidente que acabamos de narrar, provocan otro al decir que no reconocen a sus abogados (los designados de oficio) ni al tribunal que los va a juzgar por lo que quieren abandonar la sala renun-

ciendo a su derecho a la última palabra, a lo que accedió la sala de instancia. Así consta en el acta del juicio oral y lo recoge el antecedente de hecho cuarto de la sentencia recurrida.

En conclusión, no hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni del relativo a la asistencia letrada al detenido (art. 24 CE), ni de ninguna otra norma constitucional ni procesal por el hecho de no haber accedido el tribunal de instancia al cambio de letrado pretendido tan extemporáneamente por los acusados...» (FJ 2.º).

Sobre la **personación de la víctima**, una vez acordada la apertura del juicio oral, la **STS 18-2-05 (RC 2872/2002)**, aclara las posibilidades y consecuencias que ello supone:

«Con la actual regulación quedan si efecto las previsiones del art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación “apud acta” incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento del sesión previsto en el art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones...» (FJ 1.º).

Insistiendo en una interpretación flexible del art. 110 LECrim, la **STS 12-4-05 (RC 999/2003)**, que admite la personación de la acusación desues del trámite de conclusiones provisionales, en un caso en que hubo que practicar diligencias complementarias, dejando sin efecto dicho trámite, y sin que la defensa alegara indefensión ya que no recurrió la providencia en la que el juez admitía dicha personación.

Por su parte, la **STS 19-10-04 (RC 127/2004)**, se ocupa de un asunto infrecuente, como es que se dicte una sentencia deliberada, votada y formada exclusivamente por dos Magistrados, hecho —dice la sentencia de nuestro más Alto Tribunal— que «se aparta de las normas sobre la constitución de los Tribunales».

De ello, resulta una decisión antijurídica que incurre en la nulidad del art.238.1 LOPJ. Otra cosa, es que quien votó en Sala no pueda firmar, pero ese no es el caso en cuestión, en que por razón de enfermedad, uno de los tres Magistrados del Tribunal no pudo, siquiera, deliberar.

2.2. Sentencia. Motivación

Como hemos dicho en otras ocasiones, estamos ante otro de los temas omnipresentes, en los cuales, a pesar de que se observa una mejora generalizada en las resoluciones que acceden a casación, el Tribunal Supremo sigue dictando algunas sentencias de nulidad, por inexistente o déficit sustancial de motivación.

No obstante, hemos seleccionado dos resoluciones que abordan otros temas, igualmente dignos de atención: el de las respuestas tacitas, lo que genera recursos por presunta incongruencia omisiva; y los límites de los pronunciamientos civiles en las sentencias penales.

Y así, la **STS 14-3-05 (RC 1104/2004)** afirma: *«La jurisprudencia ha venido admitiendo la resolución tácita o implícita de las pretensiones propuestas, cuando exista un específico pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la omitida o excluyente de ésta (SSTS 121/1993, de 27-1, 1134/1994, de 4-6, 2081/1994, de 29-11, 323/1995, 304/1996, de 8-4 y 89/1997, de 30-1). El Tribunal Constitucional en Sentencias 4/1994, 169/1994 y 195/1995, de 19-12, ha entendido que no cabe apreciar la incongruencia omisiva cuando el silencio judicial razonablemente puede interpretarse como una desestimación implícita. Existen numerosas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que las sentencias que contienen una declaración genérica venían a dar una respuesta tácita a todas las cuestiones contrarias al pronunciamiento dictado.*

Una corriente jurisprudencial más rigurosa en la aceptación de resoluciones tácitas a las cuestiones planteadas, manifestada, entre otras, en las Sentencias de TC 26/1997, de 11-2, 58/1996, de 15-4, y 308/1996, de 13-7, y en las del TS 120/1997, del 11-3, y 619/1997, del 29-4, entiende que son admisibles los pronunciamientos tácitos como contestación a las alegaciones, pero como respuesta a las pretensiones, sólo valdrán cuando del conjunto de las argumentaciones contenidas en la sentencia pueda inferirse razonablemente no sólo que el órgano judi-

cial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita...» (FJ 3.º).

Y la **STS 17-1-05 (RC 3044/2002)**, casa una insólita sentencia que decidió la nulidad de un matrimonio, en sede penal, al amparo del art.112 CP, en base a lo siguiente:

«Cuando el art. 112 CP se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el Tribunal de apelación, ha admitido que la Jurisdicción Penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1911 CC), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asimilables con la declaración de nulidad del matrimonio... (FJ 3.º).

... En síntesis, el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello (art. 76 CC)...» (FJ 3.º).

2.3. Responsabilidad civil

También en el último año judicial, se han dictado numerosas resoluciones sobre una materia tan sensible, como es la atribución de responsabilidades económicas *ex delicto*.

Entre ellas, seleccionamos las tres siguientes:

En cuanto al **devengo de intereses**, la **STS 14-10-04 (RC 1317/03)** aborda la siempre interesante cuestión de cuándo se determina la deuda, a efectos de poder aplicar las previsiones legales en materia de intereses.

«... en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SsTS de 25 de octubre, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente.

Por ello, cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la impropiedad del devengo de intereses de mora.

Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal.

Otra cosa será, sin embargo la fecha concreta del inicio de su devengo...(que)sólo se produce,..., con la interposición de la Querella oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de Acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como Acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada STS de 14 de marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas Resoluciones de este Tribunal, a las que se refiere el Recurso, como las de 29 de octubre de 1991 y 1 de febrero y 18 de octubre de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos)...» (FJ 2.º).

Aborda la **STS 17-2-05 (RC 587/04P)**, la siempre dificultosa cuestión de cuantificar la **indemnización por muerte dolosa**, en la que inciden dos temas fundamentales: circunstancias de la víctima y normas aplicables.

En el caso que trata la sentencia, se invoca el Baremo utilizado en los supuestos de responsabilidad civil derivada de la circulación a vehículos a motor, el art.115 CP y la Directiva 2004/80 n.º 261/2004, concluyendo:

«Ciertamente que la concreta cantidad de 145.255 € para cada hija no queda expresamente justificada pero..., aparece en este control casacional **proporcionada a la gravedad** en que quedaron las dos hijas menores, consiguiéndose una efectiva reparación para las víctimas por lo que ninguna objeción puede efectuarse con posibilidades de éxito en esta sede casacional. El sistema de justicia penal tiene, también, un contenido reparador para las víctimas que no puede ser obviado, y que constituye una faceta del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la víctima. En este sentido, y ya dentro del ámbito de la Unión Europea no será ocioso recordar que la Directiva 2004/80 n.º 261/2004 de indemnización a las víctimas de los delitos reconoce el derecho a las víctimas a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios causados.

Lo mismo podemos decir respecto de la cantidad fijada para los padres con quienes convivía el fallecido. También aquí la cantidad de 7.333 € aparece claramente insuficiente e incapaz de efectuar la adecuada compensación por equivalencia por la muerte del hijo, y por el contrario, los 30.000 € para cada cónyuge ofrecen una mayor respuesta justa y proporcionada para los padres...» (FJ 2.º).

Por último, damos cuenta de la **STS 2-12-04 (RC 383/2003)**, en el que se examina la **responsabilidad por subrogación**, en un caso en que el delito lo cometió un funcionario de correos, absorbido por una entidad financiera privada.

La sentencia se expresa así: «Y en este caso es obvio el que, al margen de su condición de funcionario de Correos, que por supuesto mantenía, el condenado operaba, precisamente en virtud del Convenio entre el Organismo autónomo al que pertenecía y la Entidad financiera que se cita, como con todo acierto se analiza en el Fundamento Jurídico Quinto de la recurrida, en el ámbito propio de la comisión del ilícito, por cuenta y en representación de esta última, puesto que, en tal condición, era en la que tuvo acceso a los depósitos de los clientes bancarios de los que ilícitamente se apropió.

Esa gestión del negocio de Caja Postal, de la que ésta en principio y de forma lícita se beneficiaba, es la que genera, desde los clásicos fundamentos de la responsabilidad subsidiaria, basados en criterios de culpa “in eligendo” e “in vigilando”, hasta los jurisprudencialmente más actuales, de “creación del riesgo” y “obtención del beneficio”, la

posición subsidiaria de la Entidad, en cuyos derechos y obligaciones en este momento se encuentra subrogada la recurrente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, tras la integración en ella de Caja Postal...» (FJ 1.º).

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

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

En relación a este apartado, con carácter previo, debemos destacar las continuas invocaciones que se hacen en los recursos a la «drogadicción», como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Por ello, son de agradecer, las resoluciones que enfocan la cuestión dando pautas de aplicación general, como sucede con la **STS 20-12-04 (RC 175/2004P)**, en la que se afirma, en relación a la circunstancia de drogadicción, que la Sala, en numerosos precedentes, ha señalado que *«la drogadicción, como tal, no es motivo de atenuación de los delitos que el afectado cometa, salvo cuando pueda haberlos ejecutado en un estado que verdaderamente disminuya o excluya su capacidad de culpabilidad»*, esto es, cuando *«hubiera afectado su capacidad de comprender la significación de sus acciones o de comportarse de acuerdo con ella»*.

Y, con carácter más detallado, la **STS 16-12-04 (RC 1026/2003)**, desarrolla esta doctrina, y la aplica al caso que examina, del siguiente modo:

«La doctrina de esta Sala en la materia ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1.ª será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión, lo cual puede tener lugar en ocasiones, y ello deberá ser acreditado debidamente, a causa del consumo prolongado e intenso de sustancias que pueden producir graves efectos en el psiquismo del agente, como ocurre con la heroína. Por otro lado, en el art. 20.2.ª se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el

momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del art. 21.1.ª, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adición, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La Sentencia de esta Sala 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos sólo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

Finalmente, en los casos en los que concurra una grave adicción a esas sustancias y además se acredite que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el art. 21.2.ª del Código Penal» (FJ 2.º).

Y aplicando dicha doctrina al caso, resulta la estimación del motivo, ya que el recurrente es un consumidor de heroína de larga evolución a lo

que una padecimientos somáticos como Hepatitis C y SIDA, lo que ha de apreciarse que, en conjunto, disminuye seriamente su capacidad para comprender la ilicitud del hecho y, muy especialmente, para acomodar su conducta a esa comprensión cuando se trata de actos relacionados con la obtención de drogas para su consumo, como ocurre con las ventas de pequeñas cantidades que le permitan sufragar los gastos de su adicción. Por lo tanto, debe apreciarse la concurrencia de una eximente incompleta.

Pasando ya a las agravantes, la **STS 31-1-05 (RC 2313/2003)**, examina la de **abuso de confianza**, considerando que no concurre en un caso en que existía un mero conocimiento de agresor y víctima, e incluso del compañero de ésta, pero no la exigible *«relación de confianza entre el victimario y su víctima»*.

Y sobre la agravante de **alevosía**, la **STS 7-2-2005 (RC 326/2004)**, indica que la defensa pasiva o simple autoprotección, no impide la aplicación de la circunstancia en cuestión, cuando se dan todos los requisitos de la misma, fundamentalmente el ataque sorpresivo, aprovechando una situación de desvalimiento o sorpresa, que impide cualquier reacción defensiva. En concreto, se afirma que *«la agresión (alevosa) realizada quebrantando una situación de confianza en la que la víctima además de una indefensión física sufre un estado de indefensión anímico, no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos»*.

Pasando a las **atenuantes**, las **dilaciones indebidas** han contado con diversos pronunciamientos, de entre los cuales seleccionamos las **SSTS 27-12-04 (RC 549/2003)** y **18-10-04 (RC 717/2002)**.

En la primera, se aborda la cuestión del **plazo razonable**, en los siguientes términos: *«Ya hemos dicho que no es identificable con el cumplimiento de los plazos procesales. Se trata, por el contrario, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones relativas a la misma causa, y que sea imputable al órgano jurisdiccional. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circuns-*

tancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España)...» (FJ 2.º).

Y en la segunda, tras recordarse que hay que atender a las circunstancias concurrentes en el caso, se dice: «*Es indudable que la dilación procesal no puede identificarse con la duración global de la causa ni con el cumplimiento de determinados plazos procesales.*

Deben igualmente excluirse del concepto de dilación los casos referidos al tardío comienzo o incoación de la causa, incluso, al borde de la prescripción, o el periodo más o menos largo en que se ha desarrollado temporalmente el delito continuado, que debe entenderse perfeccionado con el último de los hechos delictivos contemplados en el complejo del art. 74 CP.

Tampoco debe impedir la estimación de la atenuante la ausencia de impulso de la parte, al objeto de denunciar oportunamente los retrasos indebidos que advierta, puesto que a los órganos jurisdiccionales no hace falta que se les recuerde su obligación de proceder y no retrasar la tramitación de los asuntos, cuando las leyes se lo imponen, sin dejar de considerar que en ocasiones, podría tal denuncia impedir una prescripción del delito en perspectiva, en cuyo caso no puede exigirse una actuación al imputado en contra suya.

*Deben, por el contrario, considerarse **retrasos injustificados** los atribuidos a negligencia o descuido del órgano jurisdiccional o del M.º Fiscal; o los debidos tanto a déficit estructurales y orgánicos de la Justicia, como a cualquier otra disfuncionalidad de la misma...» (FJ 16.º).*

Por lo que hace a la atenuante de **reparación del daño**, la Sala ha abordado la cuestión en dos interesantes sentencias, en las que su doctrina se proyecta sobre los delitos de carácter sexual y los económicos.

En la primera de ellas, **STS 22-9-04 (RC 1665/2003)** se dice: «*No importa que el acusado esté o no arrepentido, no importan tampoco los móviles, lo determinante es reparar en la medida de lo posible el daño ocasionado a la tan olvidada víctima.*

Si esto es así, las posibilidades estimatorias de la atenuación van a depender de la naturaleza del delito, pues en algunos de ellos el daño producido es irreparable y en otros puede ser enjugado en su práctica totalidad.

Es indudable que en un delito no violento contra el patrimonio ajeno, la restitución de lo sustraído con resarcimiento pleno de daños y perjuicios puede deshacer el mal hecho, eliminando por un acto posterior el daño ocasionado antes, dejando indemne el bien jurídico protegido. El comportamiento ulterior del acusado, compensador de la culpabilidad, en estos casos, ha operado hasta límites desvirtuadores de la antijuricidad del hecho o daño ocasionado a la víctima.

Sin embargo, en otras infracciones penales (como las agresiones sexuales), es más difícil reparar el daño. En nuestra hipótesis, lo mal hecho, con sus consecuencias dañinas en el plano físico o psíquico, no tiene vuelta atrás y es, en principio, irreparable. Ahora bien, lo que no puede repararse, en ocasiones puede compensarse, como es el caso, a través de una asignación crematística.

El acusado, arrepentido o no, e independientemente del móvil que pudiera guiarle, si en el supuesto que nos atañe hubiere puesto a disposición de la ofendida las indemnizaciones interesadas por las acusaciones habría podido beneficiarse de esta atenuación, insistimos, eminentemente objetiva.

(...) El perdón del agresor en el delito que nos ocupa no se contempla en el art. 21-5.º como base fáctica de la estimación de la atenuación, sin perjuicio de que en algún particular delito (v.g. injurias o calumnias) pueda tener cierta virtualidad reparatoria...» (FJ 5.º).

En la **STS 16-9-04 (RC 736/2003P)**, se profundiza en la **reparación económica**, con los siguientes razonamientos: del siguiente modo: «*Del mismo modo que esta Sala ha declarado que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria, en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño y que es cierto que no es necesaria exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que la atenuante pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas,*

como la petición de perdón o cualquier otro género (donación de sangre) de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía, debe subrayarse que la aplicación de la circunstancia como muy cualificada requiere la verificación de un especial esfuerzo del acusado para mitigar o compensar las consecuencias del delito cuando éste tiene contenido económico, lo que en este caso no acontece a la vista de la notable cantidad de dinero intervenida al acusado. No es asumible que a quien con sacrificio y renuncia repara siquiera parcialmente el daño causado por el delito cometido le sea apreciada la atenuante simple y a quien la reparación total no le ocasiona esfuerzo por su solvencia patrimonial, le sea aplicada la atenuante como muy cualificada...» (FJ 2.º).

Por último, sobre las **eximentes**, hemos seleccionado algunas sentencias que tratan cuestiones menos frecuentes: cumplimiento del deber, libertad ideológica y obediencia debida.

En la **STS 19-1-05 (RC 1363/2003)**, sobre la eximente de **obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**, se dice «*para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que “...para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe” ...» (FJ 2.º).*

Y sobre la misma, en la **STS 2-11-04 (RC 641/2004)**, se enumera sus **requisitos**: 1. que el que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2. Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3. Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto, porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esen-

cia de la eximente n.º 7 art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta); 4. Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto), y 5. Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

Concluyendo que *«con carácter general, la jurisprudencia ha declarado, según recuerda la STS 29.2.92 que “tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad...”»* (FJ 6.º).

Sobre la alegación de obrar en razón de la **libertad ideológica**, prevista en el art.16.1 CE, la **STS 4-10-04 (RC 1791/2003)**, afirma que la alegación de que su actuación estaba amparada por una causa de justificación en los términos del art. 20,7.º CP, invocando para ello, haber actuado conforme al derecho a la libertad ideológica que reconoce el art. 16.1 CE, no significa que sea una cláusula que permita someter los deberes legales a las convicciones de los ciudadanos. En otras palabras: *«la libertad ideológica no autoriza a obrar contra derecho, sino a no soportar ninguna limitación de derechos por razón de la ideología o de las creencias. El texto del art. 16 CE es claro: la garantía reconoce el límite necesario para el mantenimiento del orden público, es decir, no dispensa del cumplimiento de la ley»*.

Y sobre la eximente de **obediencia debida**, en cuanto al uso de la fuerza, la **STS 22-1-05 (RC 2056/2003)**, recordando la doctrina expresada en **SSTS 277/2004, de 5 de marzo, 601/2003, de 25 de abril y 1601/2002, de 30 de septiembre**, expresa sus requisitos aplicativos: *«a) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; b) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección ten-*

gan legalmente encomendados; c) que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y d) que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza».

1.2. Culpabilidad. Dolo. Error

Sobre las cuestiones relativas al elemento culpabilístico, esencial para concluir que existe delito y, en consecuencia, atribuir responsabilidades penales, conforme a los arts.10 a 12 CP, vamos a dar cuenta de algunas resoluciones que se han ocupado del dolo y el error.

Así, en la **STS 8-10-04 (RC 1918/2003)**, tras indicar que el dolo *consiste en actuar en la forma descrita en el tipo con el conocimiento de que concurren esos elementos objetivos*, se indica que no cabe confundirlo con la existencia de otras intenciones —como, en un delito de atentado, huir— pues si bien ello elimina el dolo directo, no ocurre así con el **dolo de consecuencias necesarias**, conectado a concretos actos de acometimiento y fuerza.

En la **STS 4-2-05 (RC 2394/2003)**, se aprecia la inexistencia del elemento subjetivo determinante de la culpabilidad personal, dado el estado mental de la acusada —madre de la menor abusada por su padre— cuyos trastornos mentales amparaban un **error invencible** sobre la ilicitud de su comportamiento omisivo.

Sobre **dolo eventual**, referimos las **SSTS 14-10-04 (RC 946/2003 P)** y **28-1-05 (RC 459/2004 P)**, en la primera de las cuales se dice que *«esta Sala ha considerado suficiente a los efectos del dolo eventual la indiferencia respecto de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y correcta su deducción de la falta de explicación razonable de los hechos que se quieren explicar, cuando éstos son socialmente llamativos, como es el caso de recibir un pago de cierta consideración a cambio de una prestación insignificante y fácilmente reemplazable sin costo alguno...»* (FJ 3.º).

Y en la segunda, se expresa que la aceptación que (se) requiere para el dolo eventual se produce *«cuando el autor obró contando “seriamente con la posibilidad de realización del tipo y asumió sus efectos o cuando obró con indiferencia respecto del resultado que se representó”*».

Sobre temas de **error**, la **STS 10-2-05 (RC 133/2004)**, ha centrado perfectamente su alcance e interpretación: *«Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor. (Además.) En el caso del tráfico de drogas su prohibición es tan notoria que resta cualquier verosimilitud a las alegaciones que se incorporan al motivo...».* (FJ 3.º).

Y la **STS 4-10-04 (RC 1791/2003)**, ha incidido en su fundamento teórico: *«en el ámbito del error de prohibición no rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad, es decir, el sujeto responde por no haber tenido conocimiento de la prohibición o del mandato, cuando podía haberlo tenido. Esto surge directamente del texto del art. 14.3 CP que distingue entre errores vencibles e invencibles y en los primeros sólo atenúa la pena. Pero, en todo caso, configura un juicio sobre la responsabilidad del autor por su desconocimiento de la prohibición en una situación determinada, cuya prueba, como tal, no ofrece ninguna duda»* (FJ 1.º).

1.3. Penalidad

Tampoco han faltado en el último año judicial, sentencias que han resuelto cuestiones relativas a la imposición de penas, temática de especial importancia y singularizadora del proceso penal.

Así, sobre **acumulación de penas**, materia sobre la que se dictan numerosísimas resoluciones a lo largo del año —casi todas por la vía de la inadmisión— es de destacar la **STS 22-2-05 (RC 271/2004 P)** que recoge la doctrina en la materia, indicando los supuestos excluidos de acumulación: los hechos ya sentenciados y los cometidos con posterioridad a la última sentencia que determina la acumulación, pues en ambos casos no habría sido posible enjuiciar todos los hechos en una misma causa.

En cuanto a la punición en caso de **dos atenuantes**, la **STS 11-10-04 (RC 46/2004 P)**, aclara la interpretación que hay que dar al nuevo art.

66 regla 2.^a, proveniente de la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre: *«Lo que ha venido a esclarecer la nueva redacción de la regla 2.^a del art. 66, antes regla 4.^a, es que la rebaja de la pena en uno o dos grados es siempre imperativa, lo que es acorde con la doctrina de esta Sala y con un acuerdo de su Pleno no jurisdiccional celebrado el día 23 de marzo de 1998 en el que se abordó el tema relativo al carácter preceptivo o facultativo de la rebaja de pena prevista en los arts. 66.4.º y 68 del Código Penal de 1995, Pleno en el que se tomó el acuerdo de entender que la expresión “podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados” de los arts. 68 y 66.4.º del Código Penal debe interpretarse en el sentido de poder optar por una de las dos alternativas de rebaja expresadas, esto es, por un grado o por dos grados, con lo que la reducción en al menos uno es preceptiva, siendo lo discrecional el rebajar la pena en dos grados.»*

También resulta de interés, la **STS 7-10-04 (RC 47/2003)**, que realiza, en relación a la **motivación** de las penas, la interpretación del nuevo art. 72 CP: *«El nuevo art. 72 del Código penal, reformado por LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1-10-2004, ha introducido de nuevo en el texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que “los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”.*

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata,

pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad...» (FJ 3.º).

En cuanto a la pena de **privación de la patria potestad**, la **STS 29-11-04 (RC 215/2004P)**, hace un minucioso estudio de las diferentes penas de inhabilitación recogidas en el CP, para llegar a la conclusión de que la pena indicada, no está recogida en el art.45 CP, ya que tiene un tratamiento diferenciado en el art.46 CP. De ello se deduce que no es una pena accesoria sino principal, dentro de las de inhabilitación, y que por tanto requiere una consideración autónoma y específica, conforme establece el art. 56 CP que exige «exteriorizar (en sentencia) la relación directa existente entre el delito cometido y el derecho a que se refiere la inhabilitación».

En cuanto a la posibilidad de imponer una **medida de seguridad** en ejecución de sentencia, cuando ello no se había acordado en sentencia, lo que supone sustituir la pena impuesta por dicha medida, la **STS 5-5-05 (RC 1083/2004)** lo admite, siempre que en la sentencia aparezcan los requisitos que lo permitan: condena por delito y situación o estado del sujeto que lo haga aconsejable. Lo único, que la decisión requiere de los informes pertinentes y del posterior debate contradictorio, al respecto.

Y por último, en este capítulo, una referencia a la muy cuestionada **expulsión de extranjeros**, como sustitución de la pena privativa de libertad.

La **STS 28-10-04 (RC 183/2004 P)**, aborda el tema, en doctrina que podemos considerar ya consolidada, en los siguientes términos: » *Con-*

viene recordar que con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 89 CP disponía en su inciso primero que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España «... podrán ser sustituidas por la expulsión de territorio nacional». Así, la doctrina de esta Sala de casación declaraba (véase STS de 2 de junio de 1999) que la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal “podrán” de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido, pues si así fuese estaríamos ante un caso de discrecionalidad reglada o arbitrio de segundo grado, que podría ser impugnada casacionalmente cuando se alegase la falta de concurrencia de dichas condiciones.

La mencionada Ley Orgánica 11/2003, ha modificado el art. 89 CP, utilizándose ahora la fórmula imperativa del “serán”, que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

2. Agresión sexual

Es uno de los delitos más numerosos en el conjunto de los recursos de casación que examina la Sala de lo Penal del tribunal Supremo. En el presente año, junto a temas repetidos, se han planteado otros que, por su novedad, han servido para clarificar la interpretación legal de diversos preceptos.

De entre todos ellos, destacamos la **STS 2-3-05 (RC 701/2004 P)** en el que se examina la cuestión del **non bis in idem**, respecto a la edad de la víctima, en los siguientes términos: «*la reforma de la regla 3.ª del apartado 1.º del art. 180 llevada a cabo por la LO 11/99, añadiendo la aplicación del subtipo agravado cuando la víctima, “en todo caso, sea menor de 13 años”, equivale a establecer una presunción “iuris et de iure”, constituyendo un supuesto de especial estado de vulnerabilidad al ser la víctima menor de 13 años, debiendo aplicarse por ello en estos*

casos automáticamente el tipo agravado, lo que excluye, como venía sucediendo hasta ahora, la posible incidencia del principio “non bis in idem”, pues la pena legalmente establecida para el supuesto es la señalada en el apartado 1.º del art. 180 CP...» (FJ 8.º).

Por su parte, la **STS 30-9-04 (RC 1042/2003 P)** examina la cuestión de la posible **comunicabilidad a los partícipes de los medios peligrosos** utilizados en un delito de los de esta clase, afirmando que el empleo de un cuchillo de cocina, arma peligrosa para la integridad física de la víctima, fue presenciado, aceptado y aprovechado por el otro acusado, que estaba en la misma habitación, por lo que no fue para éste algo ajeno, sino que sirvió para reforzar la presión intimidatoria sobre las víctimas, y ha de considerarse comunicable al que no esgrimió materialmente el arma, pues sirvió para doblegar la resistencia de ambas víctimas simultáneamente, por lo que el art. 180.1.5.^a, que se refiere a los casos en los que el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, debe ser aplicado a ambos autores.

Sobre la **violencia o intimidación**, tenemos las **SSTS 28-1-05 (RC 522/2004 P)** y **18-10-04 (RC 1368/2003)**, que abordan la cuestión desde distintos ángulos.

En la primera, se resuelve sobre la **conceptuación** de la intimidación en el delito de agresión sexual, afirmándose que la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, la conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma pena, que la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al acto al que, precisamente por la violencia, ha de soportar, y que su diferencia radica en las diferentes modalidades de conducta que suponen, pues *«la violencia consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo en defensa del bien jurídico bajo su ámbito de dominio, en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien que se pretende agredir...»* (FJ 3.º).

Y en la segunda, se examina la **falta de consentimiento** en estos delitos, indicando que *«Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres de irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y efi-*

caces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material, como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo».

La intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser «seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado».

3. Alzamiento de bienes

La casuística que propicia este delito es bien conocida. Por ello, más que reiterar la doctrina sobre sus elementos o requisitos, consideramos más aleccionador, recoger algunos **casos en que no existe alzamiento**.

Así, en la **STS 15-12-04 (RC 2329/2003)**, se dice «*No se comete este delito cuando no existe esa sustracción u ocultación respecto del patrimonio del deudor con esa finalidad de impedir al acreedor el ejercicio de su derecho. Y tal maniobra de sustracción u ocultación no se produce cuando la conducta del sujeto activo consiste en pagar otros créditos diferentes de aquel por el que se sigue el procedimiento penal, incluso aunque el acreedor que se ve imposibilitado de cobrar tenga preferencia respecto de aquel que sí ha cobrado, preferencia derivada de la aplicación de las normas civiles o mercantiles que regulan la llamada prelación de créditos (arts. 1921 y ss. CC y disposiciones concordantes). El delito de alzamiento de bienes no tiene en cuenta estas normas de carácter privado. Ha de existir una disminución del patrimonio en la globalidad del art. 1911 citado, lo que no se produce cuando la disminución del activo se hace para al propio tiempo disminuir el pasivo. El citado elemento intencional propio de este delito no existe en estos casos. Tampoco el elemento objetivo de provocación de insolvencia...» (FJ 3.º).*

Tampoco existe el delito, según la **STS 11/10/2004 (RC 593/2003)** cuando existe algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe

de la deuda, porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

Y la **STS 17-1-05 (RC 2437/2003)** que sostiene que no existirá delito de alzamiento de bienes respecto de acreedores propios si los actos realizados por el acusado afectan solamente al patrimonio de terceros, ya que es imprescindible para la comisión del delito actuar sobre bienes propios de forma que se entienda se pretendió situarlos fuera del alcance de sus acreedores.

4. Blanqueo de capitales

Sobre este delito, uno de los más importantes del mundo de la globalización, propio de nuestra época, destacamos con la **STS 23-2-05 (RC 1291/2003)**, la necesidad de recurrir a los métodos inductivos sobre bases indiciarias, para desentrañar las tramas que procuran la opacidad en la conversión o introducción en el mercado legal, de los capitales procedentes de actividades delictivas.

Por ello, «está unánimemente admitido por la comunidad internacional y por la cultura constitucional más garantista, que la utilización de métodos inductivos sobre bases indiciarias, está absolutamente justificada, si se quiere conseguir los efectos previstos por el legislador. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) y los instrumentos internacionales de cooperación en materia de blanqueo de capitales, constituye la política vertebral de la Unión Europea y de la cooperación con terceros países. Uno de los factores esenciales que constituyen la base de la demostración de esta clase de operaciones, es el de la ocultación de la procedencia de los bienes o de la imposibilidad de explicar su origen...» (FJ 8.º).

5. Delitos contra la Administración de Justicia

Un año más, ha tenido oportunidad la Sala Segunda del Tribunal Supremo de examinar los recursos dirigidos contra sentencias relativas a los delitos contra la Administración de Justicia (arts.446 a 471), que

como hemos dicho en alguna otra ocasión, van, progresivamente, convirtiéndose en habituales, ante la gran cantidad de asuntos que se tramitan año tras año, en los Juzgados y Tribunales españoles.

En el presente año judicial, citamos la **STS 23-12-2004 (RC 1587/2003)**, que examina la **simulación de delito**. Los aspectos más importantes de la misma, son sus elementos constitutivos y su naturaleza.

En cuanto a sus **elementos** se dice:

«a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que “en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales”.

c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

d) La relación de causa a efecto entre la falsedad y la actuación procesal».

Y en cuanto a su **naturaleza**, tras señalarse que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa «notitia criminis» llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como «*un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la “notitia criminis” o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino —repítase—*

como el resultado de la conducta típica (SSTS de 20 de septiembre de 1991, 17 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003, entre otras). Por ello, aun en el supuesto de que, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado...» (FJ 2.º).

6. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Uno de los fenómenos sociales, y por tanto jurídicos, con mayor trascendencia de nuestra época, es el de la inmigración ilegal de trabajadores.

Por ello no faltan sentencias que abordan dicha problemática, desde las más variadas perspectivas. Algunas, como la **STS 10-3-05 (RC 835/2004 P)**, examinan, y admiten, el concurso entre falsedad documental —preparar documentos duplicados o fotocopiados, de otros trabajadores inmigrantes legales— y el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el art. 312 CP.

Otras, como la **STS 22-11-04 (RC 2933/2002)**, trata una cuestión de gran importancia: el sujeto pasivo de este delito, que incluye no sólo el concepto de trabajador de los arts.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores sino también a los extranjeros que deseen obtener un puesto de trabajo en nuestro país.

Y dadas las mafias que se mueven en torno a este fenómeno, la tutela penal incluye, dentro de ese concepto amplio referido, a cualquier trabajador, sea válido o nulo su contrato, sea una relación laboral lícita o inmoral, y afecte a inmigrantes legales o ilegales. En todos estos casos, se puede atacar contra el sujeto pasivo del delito, que protege a cualquier persona que trabaja, o que desea hacerlo, frente a maquinaciones fraudulentas, explotación laboral, condiciones discriminatorias o indignas para cualquier persona.

7. Delitos contra la Hacienda Pública

También este epígrafe, ha sido pródigo en resoluciones de cierta enjundia jurídica.

Debemos destacar, especialmente, la **STS 3-2-05 (RC 1579/2002)**, por la cantidad de cuestiones interesantes que trata: prescripción, donde sigue diferenciándose el plazo administrativo de cuatro años y el penal que es superior; responsabilidad —por no denunciar— de un inspector de Hacienda en el delito cometido por su hermano, del cual se le considera impune por el art.261 LECrim que exime denunciar a determinados parientes; la falsedad de las actas de inspección; las posibilidades que brinda el concurso ideal, del art.77 CP o la precisión sobre la cuota defraudada, que no debe computarse por separado año a año, sino de modo global totalizando la cantidad efectivamente defraudada.

De igual modo, la **STS 2-3-05 (RC 2153/2002)**, estudia el caso de la autoría de una sociedad que no entrega las cantidades percibidas por IVA, afirmando que dado que según el art.32 de la LGT el sujeto activo es el sustituto del contribuyente, quien detrae la cantidad es el que está obligado a hacer su ingreso en el Tesoro.

Y, finalmente, también resulta digna de mención, la **STS 28-1-05 (RC 1224/2003)**, sobre la necesidad de consignar la cantidad en que se cifra la deuda tributaria, en la sentencia, tarea que no corresponde a los funcionarios de la Agencia Tributaria sino a los jueces que deben, además, explicitar las pruebas que han tenido en cuenta para ello, y que no son las que sirvió a Hacienda para denunciar, sino las que deriven del proceso penal, que tiene sus propias reglas, al respecto.

8. Delitos contra la Seguridad Social

La **STS 19-11-04 (RC 1407/2003)**, estudia el art.307 CP, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y que entró en vigor el pasado 1-10-2004, es decir, en el presente año judicial.

El precepto, regula el fraude en los ingresos debidos a la Seguridad Social, por cuotas laborales o disfrute indebido de subvenciones, siempre que suponga más de 120.000 euros.

Ello explica que demos cuenta aquí, de la sentencia antedicha, que realiza un detallado estudio del artículo y concluye con la siguiente doctrina: *«ha de hacerse algo más que el mero no pagar...(debe concurrir) alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la seguridad Social»*.

Doctrina que se apoya, básicamente, en el paralelismo que guarda con el delito fiscal del art.305 CP, que tampoco sanciona penalmente el mero impago sino la elusión del tributo, es decir, una conducta fraudulenta (engañosa) con el sujeto pasivo del delito, aquí la Hacienda Pública y en el art. 307 CP, la Seguridad Social.

9. Delitos societarios

La STS 2-11-04 (RC 677/2003), efectúa el análisis de un supuesto de falsedad contable encuadrable en el art.290 CP, de la mano de un caso en el que la alteración contable efectuada fue posterior a los actos de apropiación, pues se efectuó para encubrirlo.

El caso, planteaba un posible autoencubrimiento impune, al argumentarse que nos encontramos ante un concurso medial, y no real, ya que esta última solución perjudicaría notablemente al recurrente.

La resolución citada, admite que el art.8.3 CP permite la consunción o absorción de un hecho delictivo por otro, cuando el mayor engloba al más simple, pero recuerda que para que ello sea posible «ninguna parte del injusto» debe quedar sin respuesta penal, debiendo acudir, en otro caso, al concurso de delitos en vez de al de normas.

Lo cual lleva a concluir que en el supuesto que se analiza, en modo alguno, se puede entender la aplicación de la teoría de la consunción, por la que uno de los delitos por el que el recurrente fue condenado, falsificación art. 290, habría sido absorbido por el otro, apropiación indebida, dado que: *«son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se de el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es insumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se penara sólo la apropiación y no la falsedad societaria, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo...»* (FJ 7.º).

10. Detención ilegal

También los delitos de detención ilegal, en sus diversas variantes, han generado numerosas resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el año judicial que examinamos.

Así, la **STS 31-1-05 (RC 358/2004 P)**, recuerda la doctrina de que el número de sujetos pasivos afectados en su libertad, es lo que determina el número de delitos de detención ilegal cometidos, con independencia de que pueda o no individualizarse los concretos hechos privativos de la capacidad ambulatoria de las víctimas (si una fue, luego obligada a subir a un vehículo y la otra no, por ejemplo, tal como sucede en el caso, en el que ya se había consumado el delito en cuestión).

Resulta también especialmente interesante, la problemática del concurso con el robo, cuestión a la que responde la STS 24-2-05 (RC 494/2004), que expone, con cierto detalle tres situaciones que cabe examinar: «(en primer lugar) existirá concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que sólo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (art. 8.3 CP) (también SSTS 1632 y 1706/02, 372/03 o 931 y 1134/04). Debemos señalar a este respecto que es indiferente que el propósito del sujeto activo sea desposeer a la víctima de sus bienes muebles en la medida que ello no implica la ausencia del dolo propio de la detención ilegal (basta que la acción sea voluntaria y el conocimiento del agente abarque el hecho de la privación de libertad), pues el mencionado propósito no es otra cosa que el móvil que guía al autor y la trascendencia de su conducta no puede quedar a expensas de la mera discrecionalidad del mismo. En segundo lugar, precisamente en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal siempre que aquélla (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previamente la inmovilización de la víc-

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

La **STS 415/05 (RC 23-3-2005)**, analiza la **autoría mediata** en este delito, concluyendo que concurre cuando alguien, que tiene el dominio del hecho, con su conducta —imputar falsamente un delito grave a una persona— determina que otros, que actúan como instrumento del primero, procedan a privar de libertad al imputado.

Y por último, podemos referirnos a los requisitos del delito de **secuestro**, a los que se refiere la **STS 1559/04 (RC 222/2004 P)**, que indica: «*El tipo objetivo exige dos aspectos fácticos. De un lado, la privación de libertad, encerrando o deteniendo a otro, lo que en este caso no plantea ninguna cuestión. De otro, la exigencia de una condición para ponerla en libertad. La jurisprudencia ha entendido que la exigencia puede hacerse al mismo detenido o a un tercero (STS n.º 351/2001, de 9 de marzo; STS n.º 2189/2001, de 26 de noviembre, y STS n.º 674/2003, de 30 de abril, entre otras), aunque generalmente se concreta en la exigencia de una actividad externa y ajena al propio sujeto pasivo; y que el cumplimiento de la condición ha de operar como un requisito de la puesta en libertad, pues como se dice muy expresivamente en la STS 376/1999, de 11 de marzo, “detener a una persona para conseguir un objetivo no se identifica exactamente con exigir el logro de ese objetivo a cambio de la liberación de aquélla”. Este es el elemento característico del delito de secuestro, y debe resultar del hecho probado la relación de dependencia entre la exigencia y la cesación de la detención...» (FJ 2.º).*

11. Estafa

Considerado uno de los delitos clásicos de mayor comisión, hemos seleccionado para la presente Crónica, algunas resoluciones que consideramos más interesantes, por la temática que abordan.

Así, la **STS 15-2-05 (RC 124/2004)**, examinando el requisito del «engaño bastante», se introduce por la sugerente mundo de los **deberes de autotutela** que corresponde a cualquier persona, afirmando que «*cuan-do se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal*», porque en este caso el engaño es insuficiente para producir el perjuicio patrimonial, que se debe, realmente a la falta de una mínima diligencia por el perjudicado, que, de haberse empleado, habría evitado la lesión patrimonial.

La **STS 30-12-04 (RC 1591/2003)** aborda la incidencia que pueden tener, en el delito de estafa, la existencia de especiales **relaciones personales** entre autor y víctima, recordando que «ha de quedar reservada, exclusivamente, a supuestos de una especial situación de credibilidad o confianza superior a la propiamente necesaria para la eficacia del ardid defraudatorio».

Por su parte, la **STS 1-12-04 (RC 1326/2003)**, se ocupa de la eficacia del **engaño sobre un aspecto incidental de un negocio jurídico**, como es afirmar el vendedor que existía cédula de habitabilidad, en el momento de realizarse la compraventa. A tal efecto, la resolución comentada afirma que: «*podría dar lugar en todo caso a una indemnización en el ámbito civil en atención a los gastos originados por su obtención, o incluso a la resolución del contrato, pero no constituye un delito de estafa, pues el engaño no habría originado un error sobre el aspecto esencial consistente en la posibilidad de utilizar el inmueble adquirido como vivienda, sino sobre un aspecto accidental como es la disponibilidad de una cédula de habitabilidad vigente en el momento de la venta...*» (FJ 2.º).

Otra sentencia digna de atención es la **STS 29-10-04 (RC 1715/2003)**, sobre **tentativa inidónea** en el delito de estafa, en la cual se dice: «*...el hecho no es impune, dado que el recurrente ha comenzado la ejecución del delito llevando a cabo la acción de engaño, al presentar al cobro un cheque suscrito por quien no estaba autorizado a dar*

tal orden de pago. La Defensa sostiene que no existió engaño porque éste no habría sido bastante. Pero, la expresión bastante no debe ser entendida en el sentido de idoneidad del engaño, sino como necesidad de que éste sea el antecedente del error del sujeto pasivo. Lo contrario significaría que en el delito de estafa la tentativa inidónea sería impune, pero, no existe ninguna razón en el derecho vigente para excluir la punibilidad de la tentativa inidónea de estafa, cuando se admite en general la punibilidad de dicha forma de ilicitud...»

Sobre la **estafa informática**, prevista en el art.248.2 CP, se pronuncia la **STS 21-12-04 (RC 2199/2003)**, al tratar de la posible aplicación de la exención penológica incluida en el art.268 CP, la cual excluye porque el sujeto pasivo es el titular del patrimonio perjudicado, por lo que cuando se trata de un Banco, como sucede en el caso —la propiedad del dinero de los cuentacorrientistas forma parte del patrimonio del Banco, mientras esté depositado en la entidad financiera— se excluye la aplicación del citado precepto, que tiene limitados sus sujetos pasivos.

Por último, la **STS 14-2-05 (RC 1991/2003)**, se refiere a la consumación del delito de **estafa procesal**, empleando el siguiente razonamiento: *«La jurisprudencia de esta Sala se ha venido inclinando hasta ahora, ante el anunciado problema de la consumación delictiva, en este delito de estafa procesal, considerando que dicha consumación se produce en el momento en que se dicta la resolución injusta (en el sentido de provocadamente injusta por el error desplegado por el agente, ocasionando el correspondiente engaño en el juzgador), y no cuando se produce el efectivo desplazamiento patrimonial, que lo será como consecuencia de la ejecución (forzosa o voluntaria) del fallo dictado, y que corre a cargo del perjudicado, que aquí, repetimos, no es el engañado, sino un tercero, que ordinariamente ostentará la parte contraria en la litis planteada. Esta confusión viene originada por los distintos bienes jurídicos que entran en juego en la estafa que estudiamos, como ya hemos dejado expuesto, pero que, dada su ubicación sistemática, debe ser considerada exclusivamente como un delito de contenido patrimonial. Al ser ello así, no se producirá la consumación delictiva hasta que no se ocasione el efectivo desplazamiento patrimonial, y éste, es claro, no se producirá hasta que no se ejecute el fallo judicial ganado con tan torticeros métodos, y naturalmente, el perjudicado por el delito no satisfaga el importe de lo resuelto judicialmente. Lo mismo que en la estafa simple, no basta que el error producido en el sujeto pasivo del delito le incline a una desposesión patrimonial originada por tal engaño, sino*

que es preciso que, de algún modo, tal desplazamiento patrimonial tenga efectividad para considerar la estafa como consumada. Mientras tanto, no nos moveremos más que en actos de ejecución (tentativa acabada o inacabada), pero nunca en actos verdaderamente consumativos, fuera de todo agotamiento delictivo, que producirá otras consecuencias, particularmente en el terreno de la responsabilidad civil...» (FJ 5.º).

12. Falsedades

Tampoco han escaseado las sentencias dictadas sobre esta materia. Pero sin duda, el tema más interesante, es el tratamiento de la **continuidad delictiva** en relación con la **doctrina de la unidad de acción**.

A ello se han referido las **SSTS 3-2-05 (RC 989/2004)** y **31-1-05 (RC 1316/2003)**.

La primera, que indica que cabe estimar como unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento, suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido o, incluso, suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente.

Y la segunda, que excluye de esta posibilidad, lo que constituyó el supuesto objeto del recurso: que se perciban durante cerca de tres años diversas cantidades en metálico y pagarés, que se apropia el recurrente, porque en este caso se forzaría «de modo inadmisibile el concepto racional y natural de acción», tratándose, además, de acciones que lesionan distintos objetos y bienes jurídicos..

13. Homicidio imprudente

Uno de los grupos de sentencias más interesantes en cuanto al delito de homicidio, es el que trata los casos de imprudencia.

Ejemplo de las mismas es la **STS 27-12-04 (RC 2267/2003)**, que examina este delito, en relación a la inducción. Y que la admite, «en la medida que se admita la participación en hechos de esta naturaleza, pues el inductor no deja de ser un partícipe respecto del hecho del autor. Ahora bien, en estos casos —sigue diciendo la sentencia— la inducción

se refiere a la realización de una conducta imprudente, no a la decisión de delinquir del autor principal, debiendo, pues, concurrir en el inductor, la voluntad de inducir la realización de dicha conducta.

El caso, en el que se aplica dicha doctrina, consistió en que *«se está induciendo a desplegar una conducta sobre una persona de 79 años consistente, tenemos que repetir, en darle un susto y echarle ácido en los genitales, luego, con independencia del tipo penal calificado de detención ilegal, existía un riesgo evidente de lesionar otros bienes jurídicos protegidos mediante la conducta instigada, que desde luego traspasaba el riesgo permitido. Por ello es imputable objetivamente el resultado al inductor de dicha conducta imprudente...»* (FJ 5.º).

14. Lesiones

Una vez más el casuismo propio de este delito, ha dado lugar a una gran cantidad de resoluciones, de muy diversa entidad.

Así, se ha reiterado la doctrina de que constituyen **tratamiento médico** y por tanto entran dentro de la categoría de delito, las agresiones que originan la necesidad, para su curación, de recurrir a un collarín cervical o a llevar el brazo en cabestrillo. Así, las **SSTS 15-12-04 (RC 2464/2003)** y **9-12-04 (RC 338/2004)**.

Pero la **STS 3-3-05 (RC 1739/2003)** aborda la temática de la **causalidad e imputación**, en una resolución bastante notable y cuya idea conclusiva, puede resumirse en que: *«En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.*

Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio

al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados...» (FJ 5.º).

15. Malversación de caudales públicos

Tampoco han escaseado las resoluciones sobre el delito de malversación de caudales públicas. Seleccionamos dos, una que aborda la **participación del extraneus** y otra, sobre la **incompatibilidad** de dicho delito **con el alzamiento de bienes**.

Sobre la primera cuestión, la **STS 18-10-04 (RC 717/2002)**, tras recordar que para la condena es preciso la aportación del esfuerzo propio a la causación del hecho criminal, sin que baste el mero acuerdo previo sobre hechos ejecutados por otros, concluye, que en el presente caso, el Tribunal inferior no ha concretado en que consistió la posible inducción o cooperación del acusado, pues el hecho de aceptar la entrega de una cantidad de fondos públicos que tenían otro destino, no supone por sí constricción alguna frente al que tenía la disposición de los mismos, ni cooperación esencial dirigida a perfeccionar el delito.

Y por otro lado, tampoco se estima razonable la inducción de un inferior frente a un superior jerárquico, ni el hecho de poseer voluntad de aceptar un dinero es condición necesaria para desprenderse de él el que lo entrega, pues el custodio responsable puede realizar o no el acto de disposición con plena libertad, conservando en todo caso el dominio del hecho y siendo su decisión independiente de la voluntad del virtual beneficiario de aceptar o no el regalo.

Sobre el otro tema, se pronunció la **STS 4-1-05 (RC 1691/2003)**, indicando que: *«La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del art. 399 Código penal de 1973 (hoy, 435). Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo.»*

16. Prevaricación

Sobre **prevaricación administrativa**, citamos las SSTS **29-9-04 (RC 1011/2003)** y **21-10-04 (RC2372/2003)**, que actualizan la doctrina en la materia, estableciendo lo que sigue.

La primera resolución, afirma que *«Lo relevante para la conceptuación de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art.9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que “tanto que estamos ante una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada” »*.

A continuación se indica que *«No es posible determinar los supuestos concretos a los que se ha aplicado el tipo penal. Un examen de la jurisprudencia nos permitirá señalar supuestos puntuales de aplicación. Los más repetidos en la jurisprudencia son los relativos a actuaciones de funcionarios con vulneración de derechos fundamentales y las actuaciones con ausencia de competencia o con inobservancia de los derechos de los ciudadanos o con incumplimiento de los requisitos para la adopción del acto...»*.

La segunda, tras recordar que se comete el delito *«cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, estima incardinable el caso en dicho ilícito ya que “la actuación del acusado, adoptando el acuerdo contrario a la norma y ejecutándolo posteriormente, se produjo con pleno conocimiento de su ilegalidad, dados los informes antes examinados emitidos oportunamente por el Secretario del Ayuntamiento...” »*.

17. Robo con violencia

Sobre uno de los delitos más clásicos del ordenamiento penal, resulta digna de mención, la STS **11-11-04 (RC 1046/2002 P)**, que examina un caso realmente curioso, determinar si **añadir sustancia estupefaciente a un whisky**, constituye la violencia o intimidación exigida por la norma penal para dicha clase de robo.

Y la respuesta, a la vista del caso, es positiva dado que: *«Es puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos: anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro; toda acción de la víctima renuente a ser despojada. La administración de un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que se la atara) es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.»*.

Por ello, continúa la sentencia, *«quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba **violentado** el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados.*

Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP)...» (FJ 3.º).

18. Salud pública

Un año más, los recursos de casación sobre el delito contra la salud pública, en particular, de narcotráfico, han dado lugar a la consolidación de la doctrina existente al respecto, si bien han originado, también, algunas sentencias de interés, por el concreto tema examinado o por su novedad.

Así, sobre el tema de la **continuidad delictiva**, se pronunciaron las SSTS 13-9-04 (RC 878/2003 P) y 11-10-04 (RC 235/2003).

La primera, diferenciando el delito continuo del concurso real de delitos, inclinándose —en el caso— por la segunda posibilidad, al tratarse de una serie de comportamientos, desarrollados durante un periodo de tiempo no excesivamente largo, y que son consecuencia de un mismo propósito delictivo, por lo que no cabe apreciar un dolo renovado, una de las condiciones necesarias para la estimación del delito continuado.

Y la segunda, de modo muy contundente, negando tal posibilidad ya que en estos delitos *«no es posible —salvo casos muy particularizados— la continuidad delictiva de estos comportamientos, porque la salud pública que tutelan no se identifica con la salud personal de cada uno*

de sus componentes...(pues) no se consuma el delito contra la salud pública cada vez que su acción repercute sobre un individuo particularizado, sino cuando golpea sobre la colectividad en su conjunto, de ahí que no toleren, como decimos, por regla general, la continuidad delictiva, siendo todo el comportamiento punible subsumible en un solo delito contra la salud pública».

Otra cuestión del máximo interés, ha sido la respuesta dada a los casos en que no consta el **análisis de la pureza de la sustancia**. La doctrina general es la impunidad del hecho cuando se trate de la tenencia de una simple papelina. Pero aun tratándose de una cantidad escasa —así dos bolitas de heroína con un peso conjunto de 0,22 gramos— lo procedente será la condena, cuando «*del conjunto de circunstancias concurrentes*» se deduzca que no se está ante un hecho aislado, limitado a una mera venta, sino que es una actividad habitual, dada la cantidad de moneda fraccionaria intervenida (**STS 22-10-04 (RC 1482/2003)**) o cuando se intervienen diversa clases de sustancias y se añade a ello algún otro elemento indiciario, como la no condición de consumidor del detenido, su carencia de medios lícitos de vida conocidos, etc.

La **STS 11-10-04 (RC 235/2003)** examina el **art. 359 CP**, delito de elaboración de sustancias nocivas, indicando que: «*El delito contenido ahora en el art. 359 del Código penal, y con anterioridad, en el art. 341 del Código penal de 1973, ha sido considerado como un delito de riesgo abstracto o potencial, de resultado cortado o anticipado, que protege la salud pública o de la colectividad. Como elementos se descomponen en los siguientes: a) la elaboración (también el despacho, suministro o comercio en general) de sustancias nocivas para la salud pública o productos químicos que puedan causar estragos, entendiendo por estragos, no grandes daños (como se tipifican en el art. 346), sino grandes males, que han de afectar a la salud pública, en función del rótulo del capítulo en donde se aloja el precepto; la distinción entre sustancias y productos es poco precisa porque las sustancias nocivas suelen ser, de ordinario, productos químicos, si comprendemos por lo “químico” aquello que se refiere a un compuesto molecular; b) que el autor del delito no se halle autorizado debidamente —dice el precepto—, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo, para tales acciones; c) finalmente, que tal conducta sea intencional, en el sentido de dolosa, conociendo y queriendo dicha actividad, incidiendo negativamente la teoría del error».*

También es digna de reseña, la **STS 13-12-04 (RC 884/2003)** que considera inaplicable la doctrina de las «dosis mínimas» cuando la **difusión** se realiza **entre menores** ya que, *«es cierto es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuricidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública. Sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan (en el presente caso se trata de niños de 7 y 12 años de edad)».*

Y finalmente, también debe darse cuenta de unas nuevas sustancias, **la GHB y GBL**, que han sido objeto de resolución por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En concreto, la **STS 15-12-04 (RC 221/2004 P)**, se adentró en el examen de las mismas, en estos términos: *«No han existido pronunciamientos en esta Sala sobre la aplicación a las sustancias denominadas GHB y GBL de la agravante específica de cantidad de notoria importancia, debiéndose seguir el mismo criterio que se ha tenido en cuenta para las demás drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, es decir quinientas dosis referidas al consumo diario, actualizados en informes del Instituto Nacional de Toxicología, debiéndose tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados. Faltaba conocer cual era ese estimado consumo diario, y el Instituto Nacional de Toxicología ha realizado un informe, que lleva fecha de 9 de diciembre de 2004, y que ha sido examinado en un Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 13 de diciembre, en el que se concreta que ese consumo diario estimado, tratándose de la sustancia GHB, se sitúa en una horquilla que se extiende desde los 4.200 mg hasta 21.000 mg, siendo la cuantía máxima de 21.000 mg o 21 gramos. Las quinientas dosis supondrían, por consiguiente, los 10.500 gramos, es decir diez kilos y medio de dicha sustancia en estado puro...» (FJ 1.º)*

19. Tenencia ilícita de armas

Los siempre arduos problemas de determinación de la responsabilidad penal, en casos —como sucede en el presente delito— en que varios

saben o utilizan en provecho propio la ilícita tenencia de armas, originan la necesidad de clarificar los criterios en la materia.

A tal efecto, la **STS 25-11-04 (RC 1226/2003)**, establece que: *«En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente acceso a los objetos prohibidos, como consecuencia de la convivencia o relación familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido mínimo que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.*

Pues bien, en relación a la tenencia ilícita de armas, aunque naturalmente la posesión puede ser compartida, para la incriminación penal *«se requerirá que se acrediten suficientemente circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera relación familiar y del conocimiento del porte del arma por parte, en este caso, de la madre, y que permitan deducir su coautoría en el sentido real de posesión o al menos de efectiva disponibilidad del arma».*

Y dichas circunstancias, que pueden ser muy variadas, y que difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, exigen no obstante, una comprobación positiva de los elementos que diferencia la relación familiar con el autor respecto de la autoría misma, *«pues la sólo relación familiar no puede ser un fundamento válido de la coautoría de la tenencia».*

Y por otro lado, las **SSTS 19-11-04 (RC 1382/2003)** y **28-10-04 (RC 1585/2003)** abordan otras dos cuestiones de interés: **la interpretación restrictiva del tipo** y la incidencia del **número de armas poseídas**, a los efectos de su calificación como depósito de armas de los arts. 566 y 567 CP.

Sobre la primera cuestión, se indica que el recurso al Derecho Penal, en los casos dudosos, debe quedar reducido a aquellos casos en que concurra un concreto peligro para la seguridad ciudadana, dejando al derecho administrativo sancionador los supuestos relativos a armas que no aparezcan, con claridad, incluibles en el art.563 CP.

Y sobre la segunda, se recuerda que el número de armas poseídas en el delito de tenencia de armas siempre deberá ser inferior a cinco, pues en caso contrario la conducta constituiría un depósito de armas de los

arts. 566 y 567 CP. En consecuencia *«Una interpretación de estos preceptos que concluyera en afirmar la existencia de tantos delitos de tenencia ilícita como armas en número inferior a cinco, resultaría incongruente con las previsiones legales, pues conduciría a la posibilidad de sancionar con mayor pena (al menos tres penas de uno a dos años de prisión) la tenencia de tres o cuatro armas cortas que el depósito de armas, constituido por más de cinco armas (una pena de dos a cuatro años), lo que no puede aceptarse como una interpretación lógica y sistemática de la ley. En sentido similar, la STS n.º 250/1997, de 26 de febrero...».*

20. Terrorismo

En cuanto a los delitos de terrorismo, que son objeto de recursos de casación casi de modo sistemático, en atención a las elevadas penas con que se encuentran castigados, la mayoría de los mismos se refieren a cuestiones de orden procesal (presunción de inocencia, quebrantamientos de forma o motivación de las sentencias).

Sin embargo, también contamos con sentencias que entran en el análisis de concretas normas legales, como la **STS 23-12-04 (RC 569/2004 P)**, que examinando la **cláusula penológica del art. 577 CP**, indica que *«El art. 577 CP constituye una cláusula penológica de específica agravación aplicable a los delitos enumerados en el mismo (donde se incluyen las amenazas y coacciones) cuando se cometan por personas que no pertenezcan a una banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública (según el Texto anterior). Como expone la STS 1819/01 una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole, caso del art. 577 CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, de forma que los hechos sancionados en el mismo lo son “per se”, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, siendo determinante no la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto. Lo anterior implica, además de la necesaria no pertenencia del acusado a*

una organización terrorista para la aplicación de este tipo penal, que tampoco pueda ser negado el hecho de que la amenaza, como es el caso, se concrete aún cuando el sujeto activo no sea miembro de dichas organizaciones, pues éstas pueden servirse de determinados núcleos o entornos afines que pueden seguir las directrices marcadas por la organización o, viceversa, éstas pueden desplegar su actividad terrorista siguiendo la instigación o inducción de aquellos que actúan en el seno de los núcleos afines, es decir, la efectividad del mal anunciado tiene relación con ambos tipos de conducta...» (FJ 1.º).

21. Violencia familiar

Sobre los delitos de violencia familiar, doméstica o de género, aunque ésta última expresión, que ha hecho fortuna, es de más reducido ámbito que la primera, se han dictado diversas resoluciones que han tenido ocasión de profundizar en el examen del art.153 CP, que tras las diversas reformas a que se ha visto sometido, en los últimos años, configura en la actualidad el tipo básico del maltrato familiar habitual.

A tal efecto, las **SSTS 28-2-05 (RC 227/2004 P)** y **15-10-04 (RC 1178/2003 P)** se han ocupado con detalle de dicho tema. La primera, con un examen completo del tipo, y la segunda analizando la cuestión del bien jurídico.

La **STS 28-2-05**, es de tal amplitud, que lo recomendable es su lectura directa, ya que, como se dijo, se efectúa un examen estructural del delito, con particular y complementaria atención al concepto de «habitualidad» en esta clase de delitos.

La otra sentencia, examina el «bien jurídico» protegido, diciendo que lo que se ataca en este delito no es sólo la integridad de la persona, sino que se ven afectados valores fundamentales de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar.