

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. DERECHO PROCESAL PENAL.....	69
1. PROCESO PENAL.....	69
1.1. Principios procesales. Igualdad. Scusatorio. Inmediación	69
1.2. Autoría y ejecución del delito: tentativa de inducción y complicidad; desistimiento y delito imposible	73
1.3. Concursos delictivos: supuestos varios.....	76
1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional	76
1.5. Prescripción: faltas.....	78
1.6. Prueba. Interpretación constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba electrónica. Confesión. Coimputado. Intervenciones telefónicas. Pericial. Testifical. Prueba ilícita.....	79
1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Límites del control casacional.....	86
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Alcance de las competencias de los jurados. Motivación. Razonabilidad de los juicios de inferencia. Competencia en delitos conexos.....	87
2. JUICIO ORAL.....	89
2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa....	89
2.2. Sentencia. Costas del proceso. Sentencia de conformidad. Auto de aclaración.....	89
2.3. Penalidad. Supuestos varios.....	90
2.4. Responsabilidad civil. Art. 116 CP. «Exceptio doli». Intereses indemnizatorios. Responsabilidad civil subsidiaria.....	92

	<i>Página</i>
II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO	94
1. CUESTIONES GENERALES.....	94
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta	94
1.2. Culpabilidad. Dolo. Error	97
2. AGRESIÓN SEXUAL.....	99
3. ABORTO.....	100
4. APROPIACIÓN INDEBIDA.....	102
5. ATENTADO	102
6. CONTRABANDO.....	103
7. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	105
8. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS	106
9. DELITO PUBLICITARIO.....	108
10. DETENCIÓN ILEGAL.....	109
11. ESTAFA	111
12. FALSEDADES	114
13. HOMICIDIO.....	115
14. INCENDIO	118
15. INSOLVENCIAS PUNIBLES	119
16. LESIONES	122
17. PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	124
18. PREVARICACIÓN	125
19. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.....	128
20. REVELACIÓN DE SECRETOS	130
21. SALUD PÚBLICA.....	131
22. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.....	137
23. TERRORISMO	138
24. VIOLENCIA FAMILIAR	139

En el año judicial 2008-2009, la Sala Segunda ha dictado numerosas resoluciones al tiempo que ha adoptado muy diversos acuerdos plenarios no jurisdiccionales, con todo lo cual se elabora la presente Crónica.

En cuanto a los **Acuerdos**, los más importantes, han sido los siguientes: Interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima; importancia de la guía de pertenencia en el delito de tenencia ilícita de armas; alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque; tipo de concurso entre los delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional; calificación de la tenencia de tarjetas de crédito falsas para su expendición; declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado; determinación correcta de la declaración en sentencia de la prescripción del delito; la utilización de menores en los delitos contra la salud pública; subtipo agravado de abuso de firma del art. 250.1.4 del CP en aquellos supuestos en los que se ha obtenido fraudulentamente la clave de acceso a la cuenta y límite máximo de la medida de seguridad de internamiento; y habilitación de medios probatorios procedentes de otra causa distinta a las que correspondan al nuevo juicio.

Empezando por el **Acuerdo de 25-11-2008**, mediante el mismo se resolvieron las siguientes tres cuestiones: 1.^a) que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP; 2.^a) que la falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de

La elaboración de la Crónica de la Sala Segunda ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Eduardo de URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Juan SAAVEDRA RUIZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

armas, no integra el delito del art. 564 del CP; y 3.^a) que la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá cuando se trate de, al menos, mil veces la aceptada por la Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia. Y por lo que se refiere al concepto de «buque», que «a los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra dicho concepto sino tan solo aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Lo cual, excluye, con carácter general, las lanchas motoras y planeadoras.

El **Acuerdo de 16-12-2008** entendió que «I.- El letrado que distraje dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del CP, comete delito de apropiación indebida. II.- La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del CP se ajustará a las reglas generales. Y III.- Además cometerá un delito del art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado.»

En la misma reunión, se acordó que: «La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito para poder ser sancionadas con fundamentos en el art. 386, párrafo 2.º del CP, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión.»

Como tercer asunto, se concluyó que «La persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad.»

Y por último, en la misma reunión, se acordó que «para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997.»

En cuanto al delito de utilización de menores en relación al tráfico de drogas, el **Acuerdo de 26-2-2009** estableció: «El tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.»

Por su parte, el **Acuerdo de 31-3-2009**, en relación a la estafa, no consideró firma «la utilización de las claves bancarias de otro». Y, en la misma reunión, se decidió que «La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.»

Finalmente, en el **Acuerdo de 26-5-2009**, se resolvió que »En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. Y en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.»

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, los criterios jurisprudenciales que estimamos más relevantes, establecidos en el año judicial 2008-2009.

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, de las que hemos seleccionado, las que exponemos a continuación, conforme al orden seguido otros años.

1.1. Principios procesales. Igualdad. Acusatorio. Inmediación

Las resoluciones que abordan el alcance y significación de los principios del proceso, siguen proporcionándonos consideraciones,

muy a tener en cuenta, dado los efectos que producen su eventual inobservancia.

De ahí que resultan dignos de mención, y justifica que encabecen esta Crónica, los pronunciamientos jurisdiccionales en materia de principios porque todo Estado, y desde luego el que establece la CE 78, no es un mero ordenamiento formal constituido por un agregado de normas sino una estructura conformada por principios y normas que encarnan valores democráticos para una auténtica convivencia social.

En tal orden de cosas, destacamos las sentencias que se han ocupado de los principios de igualdad, acusatorio e intermediación.

La **STS 16-11-2008 (Rc 10285/08P)**, realiza una amplia exposición del **principio de igualdad**, con cita de los artículos 1.1 y 14 CE, recoge los requisitos que el Tribunal Constitucional ha establecido deben concurrir para apreciar una desigualdad en la aplicación de la ley, y concluye afirmando que a la vista del «complejo panorama» descrito, *«es posible comprender la dificultad de reconocer un supuesto de trato desigual ante la ley, comenzando por la exigencia de que nos encontremos ante unos supuestos esencialmente iguales»*. La sentencia, después de la doctrina que expone, enumera, con un detalle encomiable, la cantidad de circunstancias diferentes a tener en cuenta a la hora de evaluar un hecho delictivo y la personalidad de su autor, a los efectos de individualizar la pena, finalmente imponible..

En cuanto al **principio acusatorio**, seleccionamos una sentencia de gran importancia doctrinal y damos cuenta de otras dos resoluciones que aplican dicho principio.

En efecto, la **STS 3-10-2008 (Rc 11379/07P)**, recuerda que *«...El principio acusatorio, que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.*

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acu-

sación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.»

Pero, y aquí viene el desarrollo más interesante, «esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia.

Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

(...) Siendo «el otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores.»

En consecuencia, «no se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación»

Y por tanto, si se excediera de los límites del objeto procesal, así marcados, se ocasionaría una indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado. (FJ 2.º).

En aplicación de dicha doctrina, de la mano de la **homogeneidad de los delitos**, las **SSTS 27-11-2008 (Rc 10307/08P)** y **20-1-2009 (Rc**

10525/08P), consideran no vulnerado el principio acusatorio, dada la homogeneidad de los delitos, en el primer caso, al condenar por coacciones frente a la acusación de agresión sexual; y en el segundo, por coacciones en vez de por detención ilegal como pedía la acusación.

En ambos casos, se subrayan dos ideas: que el debate comprendió toda la facticidad tenida en cuenta para la resolución final, impidiendo cualquier atisbo de indefensión, y que los delitos de que se acusaba contenían el núcleo de los tipos finalmente aplicados.

Y finalmente, sobre el **principio de inmediación**, la **STS 18-11-2008 (Rc 1662/07)**, con cita de la reciente Sentencia 294/2008 de 27.5, nos recuerda que la valoración de la prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

«a) La percepción sensorial de la prueba.

b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.»

Resultando una gran diferencia entre estas dos fases, ya que sólo el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

Y es que, como dijera la STS. 1507/2005 de 9-12: «El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.»

Es decir, la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del pro-

ceso de conformación de los hechos en cuanto permiten advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

Pero la inmediación, expresada especialmente en la fuerza acreditativa del testimonio, aún directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no solo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían, sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes. (FJ 15.^a).

1.2. Autoría y ejecución del delito: tentativa de inducción y complicidad; desistimiento y delito imposible

En materia de autoría, participación y ejecución del delito, citamos varias sentencias que examinan diversos aspectos relativos a dichas cuestiones.

Y así en la **STS 2-12-2008 (Rc 10136/08P)** se expone con brevedad y gran precisión, los requisitos de la **inducción al delito**: «a) *la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción. b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado. c) que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto. d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado. Y e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.»*

Se requiere, en definitiva, lo que se llama, una «*causalidad psíquicamente actuada*», que consiste en la acreditación de que ha existido un estímulo intensamente operativo para determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

En cuanto a lo que se denomina «**tentativa de inducción**», «*sólo podría darse cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución. Por ello, el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:*

a) *Cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.*

b) *Cuando estemos en presencia del denominado “omnimodo facturatus”, es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción» (FJ 8.º).*

Sobre **complicidad**, la **STS 18-11-2008 (Rc 11378/07 P)**, tras recordar que se trata de una cooperación «de carácter secundario o auxiliar», pero no tan inútil o anodina que se muestre como irrelevante o innecesaria para la comisión del hecho, por lo que se habla de «aportación o participación eficaz» o «contribución relevante», la aplica al caso examinado.

En relación al mismo, se ha de partir de que los actos realizados por quien se declarará cómplice, se limitaron a la simple vigilancia exterior, pero en un contexto en que el lugar de los hechos estaba conscientemente elegido, situado al fondo de una zona de garajes, en donde se halla el autor del hecho y en dicho acceso se coloca el coche de éste, impidiendo que la puerta metálica se cerrara, y todo ello a una hora en que no era fácil distinguir o identificar a las personas (19,30 o 20 horas del mes de octubre: hechos probados), cuando estaba oscureciendo, circunstancias todas que hacían poco posible la presencia episódica u ocasional de transeúntes.

Aun así «*esta ayuda, reforzadora y garantizadora de la acción principal, claramente accesoria o secundaria, puede calificarse de útil pero no imprescindible*», y como dice el fiscal carente del condominio del hecho, por lo que la a muerte del tercero fue planificada y ejecutada enteramente por el otro partícipe, limitándose quien es considerado cómplice a prestar una colaboración no necesaria. (FJ 1.º).

Sobre los grados de ejecución del delito, que giran en torno a dos categorías, la consumación y la tentativa, contamos con dos resoluciones dignas de reseña, la **STS 15-12-208 (Rc 10272/08P)** y la **STS 4-12-2008 (Rc 818/08)**.

En la primera, se está ante un caso de **desistimiento** previsto en el art. 16.2 CP, ya que existió una «voluntaria evitación de la consumación del delito» iniciado por el autor pues se trata del comienzo de la ejecución de un delito de asesinato, cometido mediante asfixia de la víctima,

en el que, no llegan a realizarse todos los actos necesarios para su consumación, por incompleta ejecución de los actos necesarios para su producción, lo cual deviene precisamente de la decisión voluntaria del autor que, sin presentarse obstáculo alguno impeditivo para la culminación de su inicial propósito criminal, desiste de culminar su originario designio homicida. (FJ 1.º).

Y en cuanto a la segunda, se trata de la tentativa inidónea, que conduce al examen del denominado **delito imposible**, respecto al cual no existe en el CP vigente, una norma equivalente al art. 52.2.º del CP anterior, que sancionaba como tentativa »los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Por eso, resulta de interés la presente resolución en la que se analiza con cierto detalle tan controvertida cuestión, de la mano de los efectos del art. 16 del Código Penal de 1995 que ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello significa, que *«Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella —como señala la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre— “los supuestos” de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.»*

Por el contrario son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados “ex ante” y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)» (FJ 5.º).

1.3. Concursos delictivos: supuestos varios

Otro de los capítulos habituales en esta *Crónica*, lo constituye las sentencias sobre concursos delictivos, ya de normas, ya de delitos, en los cuales se resuelven concretas combinaciones delictivas.

Y así, respecto al año judicial que se examina, seleccionamos, en cuanto al **concurso de normas**, las **SSTS 26-1-2009 (Rc 437/08)** y **30-10-2008 (Rc 2516/07)**.

En la primera, se diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal societaria, condenando por el segundo tipo. En tanto en la segunda, se considera punible sólo el blanqueo de capitales y no el delito fiscal de los que acusaba el Ministerio Público, no tanto por un error técnico del Ministerio Público sino por la aplicación, en última instancia, de la prohibición del principio de la interpretación «in malam partem».

Y en cuanto a los **concursos de delitos**, tenemos las **SSTS 28-2-2009 (Rc 10676/08P)** y **20-1-2009 (Rc 202/08)**, que resuelven los recursos planteados en base al criterio de la existencia o no, de conductas diferenciadas, productoras de resultados distintos, y de la innecesariedad de la producción de los mismos, reputando concurso real de robo con violencia y lesiones el entrar en un domicilio a robar y además, golpear con saña al anciano único ocupante del mismo, y, en la segunda, concurso real de violencia doméstica y detención ilegal, al unirse a la producción de malos tratos físicos, un encierro hasta que la policía libera a la víctima.

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

Dos resoluciones sobre cuestiones competenciales, merecen citarse en este apartado: la **STS 23-3-2009 (Rc 1732/08)** y la **STS 4-12-2008 (Rc 11171/08P)**.

En la primera, se trata de determinar el **criterio de asignación entre la Audiencia y el Jurado en los delitos contra las personas**. En tanto en la segunda, el conflicto proviene de la cierta complejidad del delito en cuestión.

La **STS 23-3-2009** trayendo a colación el **acuerdo de 5 de febrero de 1999**, recuerda que:

«En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputa a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial.»

Este criterio de prevalencia de la competencia del tribunal ordinario, es decir de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Juzgado de lo penal, en los supuestos de varios delitos no atribuidos todos al procedimiento de la Ley del Jurado, ha de aplicarse más allá de los términos literales de este acuerdo,

El fundamento de tal acuerdo se encuentra en que la Ley del Tribunal del Jurado ha querido limitar la competencia del jurado de modo que solo pueda conocer de los delitos recogidos expresamente en su art. 1.

Por su parte, la **STS 4-12-2008**, se ocupa de decidir el órgano judicial competente en un caso que se inicia por blanqueo de capitales y cuyos escenarios de investigación son Barcelona y Madrid.

Así las cosas, es preciso recordar el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2005 en el que se acordó que:

«...el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo; en consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa....»

Los hechos del caso se refieren a una importación de drogas de relevante importancia en la medida que la imputación que se efectúa a las personas concernidas es la de la comisión de un delito de tráfico de drogas —cocaína— de 1.800 kilos, más un delito de blanqueo, cuya investigación, iniciada por el delito de blanqueo, llevó a Estados Unidos y México, con intervención de sociedades *ad hoc* creadas en México así como en España para su recepción.

De ello deriva, la entidad y complejidad de la red clandestina de importación que empleaba medios extraordinarios, tales como vuelos privados con la finalidad de recoger el dinero.

Junto a esta realidad, hay que añadir otro dato no cuestionado: toda la instrucción de la causa fue llevada a cabo por el Juzgado Central n.º 4, siendo este Juzgado quien transformó las Diligencias Previas en Sumario —Sumario 68/2006—, y de la complejidad de la investigación, que tam-

bién tuvo como escenario México y Estados Unidos como lo acreditan las Comisiones Rogatorias, da fe el volumen de la causa: —16 Tomos con un total de 9.408 folios durante tres años— se inició la causa el 24 de Enero de 2005 y se dictó auto de conclusión el 4 de Febrero de 2008 sin ningún cuestionamiento acerca de la competencia territorial.

Llegados a este punto ya se está en condiciones de afirmar que el art. 65-1-d) de la LOPJ no sufre lesión porque el conocimiento de la causa quede residenciado en la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que la referencia legislativa nos lleva a esa competencia al tratarse de la investigación de un grupo organizado (y así lo califica el Ministerio Fiscal) con escenarios en un principio en Madrid y Barcelona.

Es ahora cuando entra en juego el Acuerdo del Pleno de la Sala antes citado que reconoce el Principio de Ubicuidad. Pues bien, desde este principio es clara la competencia territorial del Juzgado Central, porque parte de los elementos del delito fueron investigados en Madrid y el Juzgado Central fue el primero y único que dirigió la investigación. En conclusión el conocimiento de la causa para el enjuiciamiento debe ser el Tribunal competente funcionalmente esto es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y en concreto la Sección III.

Además, es bueno hacer una última reflexión —dice la sentencia-: es preciso relativizar y matizar los conflictos de competencia territorial porque se trata de contiendas entre órganos judiciales de la misma competencia objetiva y funcional, y por ello **el fuero territorial no puede ni debe alzarse como obstáculo a una justicia sin dilaciones ni demoras**, que incluso podrían provocar la puesta en libertad de alguno de los presos preventivos por agotamiento del tiempo máximo.

1.5. Prescripción: faltas

Sobre la siempre conflictiva prescripción, la **STS 1-10-2008 (Rc 2518/07)** aborda dicha cuestión en relación al proceso de faltas, en un caso en que se suscita la falta de prescripción de las faltas por las que una persona ha sido condenada junto con el delito por el que se condena al coacusado que ha consentido la sentencia de la Audiencia, admitiendo no obstante que no cabe aplicar el plazo de prescripción autónomo de una falta cuando los hechos se instruyen conjuntamente con otros que pue-

den ser constitutivos de delito, doctrina que ha acogido con reiteración la Jurisprudencia de la Sala Segunda (SSTS 592/2006 o 311/2007, entre las más recientes, donde se citan abundantes precedentes).

Respecto a tal asunto, el Tribunal Supremo, en la sentencia en cuestión, afirma que las faltas prescriben a los seis meses (art. 131.2 CP) desde la fecha de comisión hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, sin que pueda afectar a la misma la presentación posterior a los seis meses de una querrela por supuesto delito o incluso la deducción posterior de un testimonio, pues la falta habría prescrito ya por el transcurso del plazo previsto en el Código Penal, luego la responsabilidad ha quedado ya extinguida.

Ello significa que *«si la sentencia definitiva declarase el hecho falta se considerará prescrito porque ya lo estaba cuando el procedimiento se inició. En segundo lugar, si el procedimiento se sigue por delito y el mismo ha interrumpido el término de prescripción de la falta, habrá de estarse al título de imputación por delito, no actuando en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas, invocándose razones de seguridad jurídica y el principio de confianza, aun cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta»* (FJ 1.º).

1.6. Prueba. Interpretación constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba electrónica. Confesión. Coimputado. Intervenciones telefónicas. Pericial. Testifical. Prueba ilícita

Nuevamente, las cuestiones probatorias han ocupado una atención especial por parte de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo. Al respecto, seleccionamos de entre ellas, algunas que por su novedad o particular interés, merecen ser destacadas en esta *Crónica*.

Y comenzamos con la **STS 22-12-2008 (Rc 684/08)** que aboga por una **interpretación constitucional**, antes que literal de los preceptos en materia de prueba —trata, en particular de los artículos 728 y 729 LECrim—, afirmando que conforme al principio de defensa contenido en la Constitución y a los pactos internacionales de derechos humanos suscritos por España, no es posible rechazar una prueba pericial por extemporánea cuando no existía ningún obstáculo procesal para su práctica

«al tratarse de una pericial oficial, fácilmente realizable en el periodo de un mes que restaba hasta el comienzo del juicio oral y que más adelante se prorrogó hasta 6 meses». Se invoca, como refuerzo de dicha doctrina, las Sentencias de 6 de septiembre de 1988 del TEDH, «Caso Barberá, Messegué y Jabardo», corroborada por la STS de 27-1-1994.

Pero sin duda, las resoluciones que tratan de la **prueba electrónica**, han ocupado un papel protagonista en el año judicial que examinamos, como lo acredita el haberse dictado sobre tal cuestión, entre otras, las **SSTS 28-1-2009 (Rc 10999/07P)**, **18-12-2008 (Rc 10542/08P)**, **18-11-2008 (Rc 10265/08P)** y **8-10-2008 (Rc 10863/07P)**.

Todas ellas, han tratado, dentro del derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad, de la captura de los **números de IMEI o IMSI** de los teléfonos móviles.

Con tales acrónimos se hace referencia a: 1) IMSI, es un código de identificación único para cada teléfono móvil que se integra por una serie de números, este número puede ser capturado pero su hallazgo no facilita ni permite conocer ni el número de teléfono concernido ni menos su titular. Estos datos solo pueden ser cedidos por la operadora correspondiente; 2) IMEI, acrónimo de International Mobile Equipment Identity, es un código pregrabado que identifica el aparato telefónico, viene a equivaler al número de bastidor del vehículo. Tampoco permite conocer ni el número de teléfono ni el titular, lo que solo es posible si la operadora cede estos datos.

La **STS 18-11-2008**, tras reconocer que existía el precedente de la **STS 130/2007** que extendía el secreto protegido en el art. 18.3 CE a la captura de los datos externos, afirma que tal criterio ha sido modificado en sentencias posteriores, en el sentido de que en la actualidad, *«la doctrina de la Sala no incluye dentro del secreto protegido por la Constitución, la captura de los números IMEI o IMSI, precisándose sólo autorización judicial para que la operadora ceda a la policía los números del teléfono y en su caso el titular del aparato correspondiente al IMEI o IMSI capturado»* (FJ 1.º).

Sobre la prueba de **confesión**, se han dictado dos resoluciones que merecen darse a conocer.

La **STS 23-4-2009 (Rc 1789/08)** sobre **los efectos de la declaración autoinculpatario ante la Policía** en la que se reitera la doctrina de «la habilidad de las declaraciones autoinculpatorias vertidas ante los órganos en-

cargados de la investigación de hechos delictivos, como puede ser la policía judicial, siempre que esas declaraciones hayan sido vertidas en condiciones de legalidad constitucional y ordinaria. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo (de 28-11-2006) declaró que «las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia.»

Por otro lado, tal doctrina es recogida en la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, y, con anterioridad por el Tribunal Constitucional, así en STC 80/91, de 15 de enero (haciendo referencia a otras sentencias suyas como las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, entre otras muchas).

En el concreto recurso examinado, se concluye: «*Sentado lo anterior, ha de concluirse pues, que las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas*» (FJ 1.º).

Y la **STS 11-2-2009 (Rc 10951/08 P)** sobre la **valoración del silencio del acusado** que afirma «*Es claro por ser incompatible con el derecho a no declarar contra si mismo que la condena no puede basarse en la falta de explicación del acusado sobre los hechos que se le imputan, pero cuestión distinta es que excepcionalmente pueda tener un significado corroborador respecto de hechos acreditados por otros medios (en este sentido la reciente S.T.S. 945/08, con cita de nuestros precedentes, SSTC y S.STDH, casos Murray y Landrove)*» (FJ 1.º).

En cuanto a la prueba del **coimputado**, no han faltado tampoco sentencias. Y así, ya la **STS 14-10-2008 (Rc 1846/07)** con cita de la **STC 102/2008, de 28 de julio**, recuerda que la declaración del coimputado «no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal» sino que requiere de las corroboraciones necesarias.

La sentencia es modélica en cuanto a qué debe entenderse por «corroboración» pues expone las características que debe revestir, de la mano de la doctrina jurisprudencial existente (citándose, al respecto las SSTS 10-6-2008, 22-5-2008, 18-4-2008 y la más antigua 1060/2004) .

Pero es en la **STS 15-10-2008 (Rc 159/08)** en la que se contiene la doctrina básica en esta materia, que se resume en: «*Una consolidada*

jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado la aptitud de la declaración del coimputado para enervar el derecho fundamental que se denuncia como vulnerado en la impugnación. Su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que la declaración del coimputado aparezca corroborada por otras pruebas. En términos de la SSTC 153/97 y 49/98, la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada. El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la inculpativa se complementa en la moderna jurisprudencia por de la corroboración externa de la declaración inculpativa.

Además, y como requisito negativo, la ausencia de móviles o motivos que permite valorar esa inculpativa restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la inculpativa por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación» (FJ 1.º).

Finalmente, la **STS 30-3-2009 (Rc 696/08)**, tras exponer el sentido inculpativo de la declaración de un coimputado y del significado e importancia de la «corroboración» de la misma, concluye con la imposibilidad de condena en el caso examinado, tras indicar que «es incuestionable que los elementos de corroboración deben obtenerse de la sentencia condenatoria y del andamiaje argumental con el que el órgano jurisdiccional ha ponderado la suficiencia probatoria», pero sin que el juicio de autoría pueda hacerse depender de «una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva» ya que en la valoración probatoria «no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes» .

En esta sentencia, sobre el concepto **corroboración**, se dice: «no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible ‘corroboración mínima’, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso» (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3) (FJ 2; cfr., igualmente, STC 233/2002, de 9 de diciembre).

Y para concretar su significado, se añade: «*La STS 53/2006, 30 de enero apunta, en primer lugar, «que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, F 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, F 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F 3; 118/2004, de 12 de julio, F 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, F. 2). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias antes citadas). Y en cuarto lugar, que los elementos corroboradores que pueden ser tenidos en cuenta al revisar la decisión del Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F 4; 65/2003, de 7 de abril, F 6). Aspecto este último que, si bien aparece en las referidas sentencias como aplicable al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resulta igualmente de aplicación al recurso de casación, ante la imposibilidad de establecer de otra forma si el Tribunal de instancia tuvo o no como probados determinados aspectos fácticos en función de las pruebas de las que dispuso» (FJ 1.º).*

Sobre **intervención de las comunicaciones**, seleccionamos la **STS 22-1-2009 (Rc 1034/08)** que aborda el valor probatorio del testimonio de una prueba de tal clase deducido de otra causa, respecto a una causa posterior y distinta.

La resolución tiene dos partes, dignas de consideración. De un lado, descalifica esta práctica, entre otras cosas por las posibilidades de resoluciones contradictorias sobre el particular. Pero de otro, considera que tal incorporación no es en sí motivo de indefensión si las partes no alegaron ninguna irregularidad o ilegalidad en su momento.

Sobre **prueba pericial oficial**, la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07P)** examina la posibilidad que permite el art. 456 LECrim de que el instructor por propia iniciativa, disponga la realización de una pericia sin que tal previsión agote en modo alguno otras posibles opciones al respecto.

Por eso, se considera sin tacha alguna de irregularidad, el hecho de que la Administración sanitaria encargara un estudio sobre un brote viral

de hepatitis C, llevado a cabo con el rigor usual en la materia, y que tal informe se incorporara posteriormente a un proceso judicial en el que los expertos que lo realizaron comparecieron en la vista para someterse al interrogatorio de las partes.

En cuanto a la prueba **testifical**, destacamos como más interesantes, las siguientes:

STS 18-12-2008 (Rc 1786/08) sobre la **testifical familiar** examina el caso de una persona condenada por los mismos hechos en otro proceso que no fue instruido de sus derechos a no declarar contra su madre, según establece el art. 416 LECrim, en proceder injustificable pues no existe tal excepción en la ley.

En cuanto al **testigo víctima**, la **STS 20-1-2009 (Rc 202/08)**, poniendo en relación esta condición con la de pariente, resuelve: *«En el caso, la testigo declaró ante el Juez de instrucción debidamente informada del contenido del artículo 416, según se desprende del acta de dicha declaración. En el juicio oral no fue informada por el Tribunal al inicio de su declaración de la existencia de la dispensa, pero manifestó su deseo de no declarar, en caso de que ello fuera posible, ante lo que se le indicó que debía declarar. Aunque el Tribunal omitió, de un lado, cualquier indagación complementaria, que podía venir aconsejada por la referencia de la testigo a “su marido”, y también, de otro lado, alguna motivación expresa de su decisión, no consta en la causa que acusado y víctima estuvieran unidos por vínculo matrimonial, sino que eran pareja de hecho; consta que desde antes de los hechos habían interrumpido la relación afectiva que habían mantenido durante un tiempo aproximado de dos años; que desde los hechos se había dictado una orden de alejamiento; y que, según consta en el acta, desde entonces el acusado no había llamado a la víctima ni se había acercado a ella.*

Por lo tanto, no puede sostenerse con los datos disponibles que entre ambos subsistiera ninguna clase de relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio, por lo que en todo caso la testigo no estaba dispensada de prestar declaración, lo que hace que la valoración de su testimonio no haya vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente» (FJ 1.º).

En relación a las posibles especialidades de la **testifical víctima de malos tratos**, las **SSTS 28-1-2009 (Rc 756/08)** y **23-12-2008 (Rc 10036/08 P)**, ahondan en este tipo de testimonios.

En la primera, se examina el caso de la esposa del maltratador que acude a Comisaría a denunciar, sin que se le informara de que el art. 261 LECrim determina que no está obligada, y ante ello se establece la doctrina de que tal denuncia, equiparable a la testifical del art. 416 LECrim, si se refiere a hechos en la que la denunciante es víctima del denunciado y busca el amparo y protección de la ley, no advertirle de que no está obligado a hacerlo es innecesario, inútil y carece de función. Distinto, sin embargo, es aprovechar tal comparecencia para ser interrogada de otros hechos ajenos, correspondientes a su esposo, sin hacerse tal advertencia. En ese segundo caso, tales manifestaciones son inválidas.

Y en la otra resolución citada, se expresa el canon valorativo de una prueba que no se ha presenciado, por lo que cautelas aparte, de lo que se trata es de comprobar si la sentencia de instancia ha sido respetuosa con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. Y para ello, es necesario apreciar corroboraciones —en el caso, el parte de lesiones y la testifical de la víctima que refiere haber oído alguna pelea con su agresor y cómo la víctima se cubría en la calle para no dejar ver los moratones consecuencia de las previas agresiones—.

Otra incidencia de interés en la prueba testifical, es la **negativa a declarar** en el plenario, en relación a si ello permite acudir, para condenar, a la prueba de referencia.

Ese es el tema que afronta la **STS 10-2-2009 (Rc 763/08)** que recuerda la doctrina sobre los testigos de referencia o indirectos, en el sentido de que son subsidiarios y complementarios que sólo pueden ser tenidos en cuenta «cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical».

Pero, se concluye, cuando lo que sucede es que el testigo directo se niega a declarar, no estamos ante un supuesto de imposibilidad de testifical que autorice a acudir a la testifical de referencia, admitida en el art. 710 LECrim, ya que no hubo imposibilidad material de prestar tal testimonio sino uso del derecho a no declarar contra el padre, que confiere la legislación criminal vigente.

Y finalmente, anotamos sobre **prueba ilícita**, la **STS 29-9-2008 (Rc 2226/07)** que, examinando la controvertida cuestión de los efectos de la llamada **conexión de antijuridicidad** con otras pruebas, considera prueba autónoma de la previa declaración de ilicitud de las intervenciones

telefónicas practicadas, a la prestada por el acusado en comisaría y en el juzgado de instrucción aunque, finalmente en el plenario se negara a declarar.

La lectura de tales declaraciones en el acto del juicio —dice la sentencia— «*aportó elementos de cargo de fuente no contaminada y, por ello, utilizables del modo que lo ha hecho la sala de instancia, sin que ello suponga vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones*» (FJ 1.º).

1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia. Límites del control casacional

La temática del derecho a los recursos, expresamente reconocido en el art. 24.2 CE, constituye una de las más importantes manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, residenciado en las propias partes procesales.

Entre las cuestiones planteadas, un año más, se ha suscitado el derecho a la **segunda instancia penal**, respondiendo la **STS 3-10-2008 (Rc 11279/07P)**, conforme a la consolidada doctrina de la Sala, que el propio Tribunal Constitucional, así en STC 136/2006, FJ 3.º, ha considerado que el actual recurso de casación cumple adecuadamente las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin perjuicio de que una vez se generalice la segunda instancia penal, la tutela del derecho a los recursos, suponga una mayor garantía.

Más interés, ha revestido, la **STS 2-4-2009 (Rc 11241/07P)**, en la que se abordan los **límites del control casacional de la garantía constitucional de la presunción de inocencia**, respondiendo a tan crucial asunto, con apoyo en SSTS n.º 331/2008, de 9 de junio; 625/2008, de 21 de octubre; 797/2008, de 27 de noviembre, y 900/2008 de 10 de diciembre, del siguiente modo: «ha de partirse de que, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, *lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de

*prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de **contradicción** y **publicidad**.*

*Por razón de **b**) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las **afirmaciones** que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**» (FJ 1.º).*

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Alcance de las competencias de los jurados. Motivación. Razonabilidad de los juicios de inferencia. Competencia en delitos conexos

Otro apartado habitual de estas «Crónicas» lo constituye el examen de las resoluciones sobre el procedimiento previsto en la LOTJ 5/1995, entre las cuales, destacamos en el presente año judicial, las siguientes:

STS 12-2-209 (Rc 10798/08 P), en la cual, delimitando el **alcance de las competencias de los jurados**, se dice: «*El Jurado no decide sobre la aplicabilidad de circunstancias modificativas, sino sobre si declara probados o no los hechos que justifican la resolución del Magistrado Presidente sobre la aplicación de aquellas circunstancias*» (...)

«Otras valoraciones jurídicas, y precisamente entre ellas la exención por justificación del hecho cometido por el acusado, sí que son competencia del Jurado, implícitas en la decisión sobre la cuestión de la culpabilidad. Así cuando el Jurado declara que ésta concurre está valorando que los hechos que declaró probados no merecen ser tenidos por justificados. Y, cuando declara no culpable al acusado, pese a que el hecho declarado probado, tras el juicio de tipicidad pueda tenerse por subsumible en un tipo penal, está valorando dicha conducta como justificada. Lo que, y eso es otra cuestión, exige que también haya dado adecuada respuesta sobre los hechos que el objeto del veredicto le proponga al respecto. Correspondencia que controlará el Magistrado Presidente cuando reciba el acta del veredicto, que deberá devolver si la decisión sobre culpabilidad adoleciera de todo apoyo en el veredicto sobre el hecho» (FJ 6.º).

Tampoco faltan decisiones sobre la **motivación** del veredicto o de la sentencia, en esta clase de proceso. Y así, en la **STS 2-12-2008 (Rc**

10136/08 P) se reitera la doctrina de la Sala, señalando la especialidad que concurre en estos casos: *«... no es de más recordar que esta Sala, dada la extracción popular de los jurados, ha manifestado que la motivación exigida a estos últimos no debe poseer el mismo nivel intelectual y técnico que la que puede exigirse a un juez profesional. La propia ley así parece indicarlo al referirse a una «sucinta» explicación de las razones que ha tenido para declarar probados o no probados los hechos que se le someten a su consideración en el objeto del veredicto»* (FJ 5.º).

En cuanto a la **razonabilidad de los juicios de inferencia** de los jurados, la **STS 20-1-2009 (Rc 11291/07 P)** se pronuncia en el sentido de que «hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala —SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003—, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado», y que el mismo incluye la verificación de la consistencia y razonabilidad de los juicios de inferencia alcanzados en la instancia, debiendo efectuarse dicho examen, conforme a las —SSTC 135/2003 ó 263/2005—, entre otras:

- a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y
- b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

De ese modo se da cumplimiento, se concluye, a la garantía de la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial —art. 9-3.º CE—.

Y por último, sobre la competencia del Tribunal del Jurado en los **delitos conexos**, la **STS 26-6-2009 (Rc 11328/08 P)** abordó el escabroso suceso del doble asesinato de dos mujeres policía, además de otros delitos conexos como agresión sexual, allanamiento de morada, profanación de cadáveres, incendio, robo y quebrantamiento de condena, revocando la condena de la Audiencia al considerar que los hechos debieron enjuiciarse por el Tribunal del Jurado.

En efecto, de conformidad con el art. 5 apartado 2 de la LO 5/95, del Tribunal del Jurado, la competencia del Jurado atrae a otros ilícitos que, en principio no son competencia de este tribunal, según la enumeración de delitos que se contiene en el art. 1 de la mencionada ley, cuando, como sucedió en este caso, los diversos ilícitos cometidos «se encuentran en

una especial relación instrumental o de facilitación de su ejecución o de favorecimiento de la posterior impunidad.

Decisión que, por razones de estricta técnica jurídica, remite el proceso a un nuevo enjuiciamiento, esta vez, ante el Tribunal del Jurado, sin que ello cause especial alarma ya que la persona cuya condena se ha anulado sigue en prisión por otras causas.

2. Juicio Oral

2.1. *Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa*

Destacamos en el presente apartado, dos resoluciones que se ocupan del **derecho de defensa**, la primera **STS 2-10-2008 (Rc 1861/07)**, que lo conecta con gran despliegue argumental al **principio de contradicción**, y recuerda que es una exigencia en todas las fases del proceso, y la segunda **STS 2-12-208 (Rc 10432/08P)**, que examina los frecuentes comportamientos abusivos anteriores al juicio, en materia de **cambio de letrado**, y reitera la doctrina de que el derecho de defensa, contenido en el art. 24.2 CE no puede servir de cobertura a peticiones extemporáneas en tal sentido que sólo buscan suspender el juicio.

2.2. *Sentencia. Costas del proceso. Sentencia de conformidad. Auto de aclaración*

Sobre cuestiones relacionadas con la sentencia, se han producido declaraciones respecto a las costas, la sentencia de conformidad y el alcance del auto de aclaración que, seguidamente, examinamos.

En cuanto a las **costas procesales**, la **STS 5-11-2008 (Rc 11338/07P)** examina y revoca su imposición, en un caso en el que existieron varios acusados, con resultado desigual en el fallo, habiéndose limitado la sentencia de instancia a imponer las costas a los condenados, en base al art. 123 CP, sin mayores precisiones. Por el contrario, el Tribunal Supremo resuelve del siguiente modo: al haber dos acusados de cinco hechos delictivos, y ser absueltos los dos de uno de ellos, un quinto de las costas procesales deben declararse de oficio; a uno de los condenados deben imponérseles las costas correspondientes a los dos delitos por los que ha sido condenado, pero sólo en una décima parte en cada

caso, al compartir condena por esos delitos con el otro acusado; y al otro condenado, dos quintos por los dos delitos por los que fue condenado y de los que no se acusaba al otro procesado y dos decimos, al igual que el otro acusado, por los dos delitos por los que ambos fueron condenados.

La **STS 3-12-2008 (Rc 115/08)** se ocupa, con prolijidad, de la recurribilidad de las **sentencias de conformidad**, concluyendo que en el caso no existió violación del art. 787-6.º de la LECrim y por el contrario, ha de estarse a lo previsto en el párrafo 7.º de dicho artículo:

«...Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada...»

Por todo lo cual, se desestima el recurso.

Por último, la **STS 22-12-2008 (Rc 1169/08)** trata con cierto detalle, de lo sucedido con un auto de aclaración —en realidad dos, pues con el segundo se pretendió aclarar el anterior— mediante los cuales se cambia el título de imputación «y esto es algo que no cabe dentro de los estrechos límites del art. 267 LOPJ», se dice, y, por ello el motivo debe ser estimado (FJ 1.º).

2.3. Penalidad. Supuestos varios

En materia de penalidad, incluimos algunas de las resoluciones dictadas que estimamos de mayor interés.

La **STS 23-12-2008 (Rc 10036/08P)** cuestiona la imposición de la **pena máxima posible** sobre la base de la gravedad de los hechos y su reiteración, en un caso de violación del art. 179 CP, afirmando que *«la gravedad de los hechos, que resulta evidente, y su reiteración ya están contemplados por el legislador al establecer la pena mínima para el delito continuado de violación en nueve años y un día de prisión. Consecuentemente, la superación de ese límite, que ya supone una importante privación de libertad, requiere del Tribunal una argumentación en la que se constaten otros elementos agravatorios que lo justifiquen, pues la pena debe mantener la proporcionalidad con el hecho concreto enjuiciado dentro de los límites penológicos señalados por la ley.»* Por

tal razón, se corrige la pena impuesta que se deja en el mínimo legal posible.

Por su parte, la **STS 28-1-2009 (Rc 966/08)**, con cita del **acuerdo plenario de la Sala de 1-3-2005**, recuerda, en relación al **arresto sustitutorio de la pena de multa** que: «la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP» cuyo límite está en 5 años, tras la reforma operada por la LO 15/2003, por lo que no se puede superar.

Otra cuestión digna de atención, es la que aborda la **STS 18-12-2008 (Rc 10595/08P)** relativa al **cómputo del tiempo de prisión preventiva**. Y a tal efecto, recuerda que *«Existe, pues, la regla general en virtud de la cual los hechos delictivos que han sido objeto de condena deben haberse cometido con anterioridad al ingreso en prisión preventiva del condenado por otra u otras causas en las que haya resultado absuelto o se le haya impuesto una pena de prisión inferior, en cuyo caso dicha prisión preventiva le podrá ser abonada para cumplir la sentencia condenatoria, pero excepcionalmente si esos hechos delictivos han sido cometidos en el espacio temporal intermedio entre la prisión preventiva sufrida y la sentencia dictada en la causa correspondiente a dicha prisión (absolutoria) nada hay que oponer al abono de aquélla para el cumplimiento de la pena impuesta por causa de hechos delictivos cometidos en el período intermedio pues no puede reconocerse en estas condiciones la patente de impunidad a la que nos hemos referido con anterioridad. Como también expone la STS 1021/2005, después de la L 15/2003, que da nueva redacción al art. 58 CP, ésta ha venido a recoger la interpretación jurisprudencial del anterior art. 33, ya mencionada, sin que exista razón alguna para modificar nuestra anterior Jurisprudencia» (FJ 2.º).*

Tampoco es desdeñable la doctrina que resulta de la **STS 20-1-2009 (Rc 202/08)**, al considerar inaplicable, por mor del principio de **prohibición de la «reformatio in peius»**, añadir una pena legal omitida en la sentencia —porque se le había olvidado pedirla al Fiscal— cuando el Ministerio Fiscal no recurrió en casación, ni se adhirió al recurso de la otra parte, limitándose a señalar que debía subsanarse el error del Fiscal y de la Sala enjuiciadora al no imponer pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas prevista en el artículo 153 del Código Penal, al tratarse de una pena procedente según la ley.

2.4. Responsabilidad civil. Art. 116 CP. «Exceptio doli». Intereses indemnizatorios. Responsabilidad civil subsidiaria

Sobre cuestión tan interesante, no han escaseado los pronunciamientos de la Sala, en cuanto son frecuentes los daños y perjuicios provenientes de del hecho criminal.

Así, la **STS 2-4-2009 (Rc 867/08)** se ha ocupado de la interpretación del **art. 116 CP**, indicando la indebida aplicación del artículo 116.2 del Código Penal, por la Audiencia, puesto que distribuyó las diferentes cuotas indemnizatorias correspondientes a cada condenado, sin advertir que esa distribución debe hacer referencia a las relaciones internas entre los mismos, de cara a un eventual derecho de repetición entre ellos, pero que en nada ha de afectar a la obligación solidaria que todos tienen, en orden a la reparación de los perjuicios causados con los delitos, frente a los perjudicados, como consecuencia de lo dispuesto en el referido precepto cuando dice que *«Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.»*

En la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07P)**, se examina la alegación de **exceptio doli** por la aseguradora, habida cuenta del **acuerdo de la Sala de 24-4-2007** a fin de no abonar unas gigantescas indemnizaciones consecuencia de la actuación de un anestesista, y se dice: *«La recurrente, en defensa de su tesis, invoca un acuerdo de pleno de esta sala (de 24 de abril de 2007) que contempla los supuestos en que el vehículo de motor fuera directamente utilizado como instrumento del delito, caso en el que se exoneraría a la aseguradora por el seguro obligatorio de la responsabilidad de los daños buscados directamente por el autor. Pero tampoco en esto tiene razón, porque la exclusión de responsabilidad viene dada por la circunstancia de que la acción de referencia estaría preordenada de forma rigurosamente exclusiva a la producción de un delito, de manera que tal modo de operar carece de cualquier encaje en los usos propios, socialmente aceptados, de los vehículos de motor.*

En las acciones de M... es dable identificar una dimensión connotada de grave ilegitimidad que, en tal sentido, claramente, las separa de los usos y fines típicos de la actividad del anestesista. Pero no es lo único que se dio, pues ese aspecto concurre, se superpone, tiene como marco, el de la prestación específica de los servicios característicos de estos

profesionales, que —cierto que con tal incidencia no indiferente— concurre de manera efectiva en todos los casos. Porque, en efecto, siempre y en cada supuesto, M... prestó asistencia facultativa a cada uno de los pacientes que se relacionan en los hechos probados.

Es por lo que este motivo tampoco resulta atendible» (FJ 2.º).

En cuanto a la siempre compleja cuestión de los **intereses indemnizatorios**, la **STS 22-4-2009 (Rc 1883/08)** distingue entre interés legal e interés moratorio por lucro cesante, afirmando: «...A) respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC debe considerarse incluida en la expresión «devengando esta cantidad el interés legal desde la fecha de esta sentencia», de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposición legal, a la que no contradice la sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial.

B) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión «interés legal» que se emplea en el fallo de la sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la sentencia, sino que, según ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querrela, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad»» (FJ 5.º).

Y en cuanto a supuestos de **responsabilidad civil subsidiaria**, seleccionamos el supuesto a que se refiere la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07 P)** que afirma:

«La jurisprudencia de esta sala en materia de responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120,4.º Cpenal es bien conocida: la misma nace de la existencia de un vínculo, generado, obviamente, por razón de algún interés recíproco o la persecución de un beneficio. Vínculo que no tiene que ser jurídico ni responder a la morfología propia de alguna figura típica de contrato, pues puede ser fáctico; bastando con que el mismo dé lugar a cierta posición preeminente de uno de los implicados, que coloque a la contraparte bajo alguna forma de dirección o dependencia (por todas, SSTs 371/2008, de 19 de junio y 822/2005, de 16 de junio). Y es bien patente que la relación de M... con Casa de Salud se ajusta perfectamente a este esquema», por más que sostuviera la recurrente que se trataba de una entidad sin ánimo de lucro ya que le es aplicable el principio cuius comoda eius est incomoda.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

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

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que se traducen en su influencia sobre el «quantum» penológico del caso, han merecido, en el último año judicial, la atención que resumidamente exponemos a continuación.

Empezando por las **agravantes**, la **STS 8-10-2008 (Rc 10016/08P)**, se ocupa de la llamada **alevosía sobrevenida**, en estos términos:

«La reciente STS número 550/08, retomando precedentes anteriores de nuestra Jurisprudencia que cita profusamente, expone que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aún cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima.

Es decir, según la Jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada. Esta doctrina es aplicable al presente caso, debiendo subrayarse además como elemento relevante la desproporción absoluta entre las posibilidades de agresión o ataque de la víctima y el agresor que disponía de un arma apta para el disparo desde una posición privilegiada según se describe en el «factum». Lo verdaderamente relevante en este caso es que según las circunstancias antedichas la víctima carecía de cualquier posibilidad de defensa» (FJ 2.º).

Y sobre **reincidencia**, la **STS 25-3-2009 (Rc 10597/08P)** estima el recurso del Ministerio Fiscal que combatía la sentencia de instancia en la que no se aplicó dicha agravante por un mal entendido formalismo: que no se hizo constar los datos concretos en que se basaba su solicitud, a

pesar de que en el mismo escrito de acusación indicaba al Tribunal el concreto folio de las actuaciones donde figuraba el certificado del Registro Central con todos los datos necesarios para comprobar si procedía o no apreciar tal agravante.

En materia de **atenuantes**, examinaremos pronunciamientos sobre **dilaciones indebidas** y la **drogadicción**.

En cuanto a las **dilaciones indebidas**, consideradas como atenuante analógica, la **STS 19-9-2008 (Rc 567/07)**, recuerda que «*La jurisprudencia de la Sala (Cfr. STS de 5-5-2008, n.º 165/2008) viene reiterando desde la decisión del Pleno de 1999, (21-5-1999), que las dilaciones indebidas conllevan la lesión de un derecho fundamental que debe ser compensado en la pena a imponer, de tal manera que la privación de derechos que implica la pena guarde proporción con la gravedad de la culpabilidad por el hecho.*

La «dilación indebida» es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SS del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras)» (FJ 2.º.2)

Y en cuanto a la **drogadicción**, que genera frecuentes referencias jurisprudenciales, son de destacar las **SSTS 25-2-2009 (Rc 1293/08)**, **17-2-2009 (Rc 1485/08)** y **4-11-2008 (Rc 433/08)**.

Las tres resoluciones desarrollan ampliamente la cuestión, destacando la **STS 1293/08** por el grado de detalle con que diferencia los distintos grados de dicha circunstancia y la **STS 433/08** porque se ocupa de un caso en el que la drogadicción del acusado se asocia a su padecimiento de HIV, lo cual conduce a los siguientes razonamientos:

«2. *En el caso, la sentencia no declara probada en el relato de hechos probados la intoxicación plena ni el síndrome de abstinencia. Tampoco la adicción a las drogas. No obstante, en la fundamentación jurídica se basa para apreciar la atenuante de drogadicción como muy cualificada en que, según el dictamen forense que obra en la causa, la acusada padece HIV desde hace diez años; tuberculosis en 2004; accidente vascular isquémico en 2005 y crisis epiléptica en 2004; y además refiere consumo de heroína y cocaína por vía nasal.*

Como hemos dicho más arriba, padecimientos como los aquí descritos podrán servir de base fáctica para la apreciación de una eximente incompleta o de una atenuante cuando vengan unidos a una adicción de larga duración, o incluso reciente y de especial intensidad, a drogas productoras de graves efectos en el sujeto, como ocurre con la heroína.

Sin embargo, en el caso no es posible apreciar la atenuación cuestionada, pues en la sentencia no se describe la adicción de la acusada de forma que sea posible calificarla y establecer de forma razonable sus posibles consecuencias, junto con los demás padecimientos, en cuanto a la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión. Ausencia de descripción que asimismo impide calificar el consumo que la acusada refiere como una adicción grave que pudiera condicionar su conducta impulsándola hacia la acción delictiva. Al no estar establecida debidamente una adicción grave, por su intensidad o por su duración temporal, además de por la clase de droga consumida, no es posible vincular los efectos de dicha adicción a los derivados de aquellos padecimientos que, por sí solos, y por su mera existencia, no determinan una disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto.

Tampoco el dictamen forense, que esta Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim, permite alcanzar conclusiones diferentes. Además de lo ya consignado, el facultativo señala que no presenta punciones venosas, que no se detectan trastornos amnésicos, que su inteligencia está dentro de la norma y que el discurso es coherente aunque presenta cierta somnolencia y bradipsiquia, sin alteraciones en el contenido del pensamiento, y concluye que la exploración psíquica es normal en el momento de la exploración y que no se puede aceptar una afectación de las capacidades de la persona para los actos relatados en los atestados policiales.

3. *No obstante, aun cuando la adicción no pueda ser calificada como grave a los efectos atenuatorios del artículo 21.2.^a del Código Penal, de los hechos se desprende la existencia de alguna relación entre el consumo de drogas y los hechos delictivos declarados probados, consistentes en la venta de una pequeña cantidad de heroína, lo cual permitirá al Tribunal en ejecución de sentencia, dar aplicación a las previsiones contenidas en el artículo 87 del Código Penal, que no exige que sea grave la dependencia a las sustancias a las que se refiere el artículo 20.2.^a del mismo Código» (FJ 1.^o).*

Respecto a circunstancias **eximentes**, la **STS 17-3-2009 (Rc 11153/08P)** se ocupa de la circunstancia de **estado de necesidad**, considerándola inaplicable, por falta de prueba, en el caso, una vez recordados sus tres requisitos, conforme a lo previsto en el art. 20 5 CP: que 1.º) el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2.º) la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, 3.º) el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Por último, sobre la **circunstancia mixta de parentesco**, prevista en el **art. 23 CP**, la **STS 30-3-2009 (Rc 11289/08)**, la considera inaplicable a un caso en que no se daba convivencia entre agresor y agraviado ya que, según los hechos probados de la sentencia recurrida, el «parentesco» entre ambos se reducía a «una relación sentimental de pareja, desde hacía dos años, sin convivencia», circunstancia que la alejan de una convivencia *more uxorio* o análoga a la matrimonial tal como exige el precepto.

1.2. Culpabilidad. Dolo. Error

En materia de culpabilidad, examinamos aquí, dos resoluciones que versan sobre un mismo delito — homicidio — en las que se tratan, respectivamente, del dolo eventual y la imprudencia. Además, damos cuenta de otra sentencia, sobre error.

La **STS 6-2-2009 (Rc 10762/08P)** considera existe un homicidio por **dolo eventual** en un caso en el que, según resulta del *factum*, la acusada dejó a su víctima amordazada y fuertemente atada de manos y pies, a pesar de que le hizo saber que era diabética y tenía que inyectarse, por lo que esa situación de inmovilidad ponía en riesgo su vida; recibiendo como respuesta un «por mí como si te mueres», en situación prolongada por espacio de unas 12 horas, que es lo que tardó la víctima en desatarse.

El Tribunal Supremo —estimando el recurso del Ministerio Fiscal que apoyaba el voto discrepante de uno de los magistrados de la Audiencia— dice: «*Según se sabe, existe dolo cuando se obra con conocimiento de que, al ejecutar una acción o al omitirla, se crea para ciertos bienes un peligro concreto jurídico-penalmente desaprobado. Es decir, al generar con plena conciencia un riesgo preciso que no se controla en todas sus posibles consecuencias. En el caso, con la inmovilización, la inculpada dio lugar a una situación actual de peligro vital, inmediatamente conocida por ella en sus términos. Y decidió mantenerla, al dejar deliberada-*

mente de realizar la conducta de deshacer las ligaduras, que habría podido evitarlo. De este modo, se produjo una omisión relevante con pleno conocimiento de las consecuencias a las que, con alta probabilidad, llevaba esa opción; y con conocimiento también, es obvio, de que se estaba en situación de evitarlas; lo que configura un supuesto de los denotados como de comisión por omisión, u omisión impropia, en cuanto consistente en el incumplimiento de la obligación de impedir un resultado criminal debido a una acción positiva de la ahora recurrente» (FJ 1.º).

La **STS 27-2-2009 (Rc 10412/08P)**, examinando un caso de homicidio por **imprudencia**, condena como tal, la muerte de dos ocupantes de un cayuco «por hambre y frío» consecuencia de una travesía realizada sin las condiciones mínimas de seguridad para la vida exigibles a quienes realizan este tipo de transportes por mar, a cambio de dinero porque se trata de un comportamiento que origina un «riesgo no permitido», propiciando «un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones y, la inobservancia de todo tipo de previsiones», lo cual supone la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado exigible.

En cuanto al **error**, la **STS 10-10-2008 (Rc 2084/08)**, recuerda, con gran claridad los requisitos que la jurisprudencia de la Sala viene exigiendo para considerar presente un error de hecho:

«a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del «factum» derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente,

para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna» (FJ 5.º).

2. Agresión sexual

Diversas sentencias se han ocupado de los delitos contra la libertad sexual, tratando cuestiones relacionadas con el abuso o la agresión sexual, principalmente.

Así la **STS 2-4-2009 (Rc 1392/08)**, desestimó el **error** alegado en base a condiciones culturales distintas —se trataba de un ciudadano ecuatoriano— sobre la base de que de lo actuado no cabe considerar que el condenado desconociera la ilicitud de su conducta, máxime cuando llevaba varios años en España.

Por su parte, en cuanto al delito de **agresión sexual**, se han dictado diversas resoluciones, pudiendo destacarse la **STS 24-4-2009 (Rc 1585/08)** que contiene una descripción de las modalidades agravadas, la **STS 29-1-2009 (Rc 1592/07)** que recuerda los **requisitos** del tipo básico, contenido en el art. 178 CP: «1.º *Ha de existir violencia o vis física sobre el cuerpo de la víctima; o alternativamente intimidación o vis psíquica, esto es, amenaza de un mal injusto que ocasiona miedo sobre el sujeto pasivo. Si falta este requisito 1.º, puede existir el delito de abuso sexual de los arts. 181 y ss.*

2.º *Como requisito derivado del término agresión sexual, ha de existir un contacto corporal entre al menos dos personas diferentes, sin importar el sexo: hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres.*

3.º *Asimismo, derivado también de tal concepto de agresión sexual, se exige un específico elemento subjetivo del delito, consistente en la actuación del autor con ánimo lúbrico o libidinoso.*

4.º *Como elemento negativo del tipo, y por lo dispuesto en el art. 179, se excluye el que tal contacto corporal pueda consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o alguno de los otros modos de comisión asimilados a tal acceso carnal en este art. 179, que constituye la frontera superior de la figura de delito que estamos examinando.*

5.º *Por último, ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a con-*

seguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto» (FJ 5.º).

Y, finalmente, la **STS 22-4-2009 (Rc 11263/08P)** que estima compatible la intimidación propia del delito y la **agravación referida a la especial vulnerabilidad de la víctima**, extranjera que no hablaba nuestro idioma y desconocía las costumbres de nuestro país, y que siendo invitada por sus tíos a venir a España, la alojaron en su domicilio en tanto le buscaban trabajo, aprovechando tales circunstancias, precisamente su tío, para conducirla una noche en su vehículo hacia una zona oscura y solitaria, donde la agredió sexualmente.

3. Aborto

Sobre el delito de aborto, previsto en el Título II del Libro II del CP, en sus artículos 144 a 146 CP, dos sentencias han resuelto sendos recursos de casación.

La primera, **STS 10-11-2008 (Rc 2488/07)**, considera que existe un **delito de coacciones** en el obrar de quien compele a una menor a abortar, en contra de la voluntad de ésta, ya que, en el caso *«el acusado ejerció sobre la víctima una compulsión determinante de un obrar no querido por ella —la practica de un aborto— mediante la intimidación que representaba la advertencia de que, de otro modo, no volvería a ver al hijo de ambos. Un comportamiento así plantea sin duda el problema de la diferenciación con el delito de amenazas: la opinión dominante rechaza que la intimidación integre el delito de coacciones y la reconduce al de amenazas de acuerdo con el principio de especialidad ya que la amenaza es fundamentalmente una intimidación y porque normalmente cuando el CP quiere incluir la intimidación en el término violencia lo hace expresamente. Pero otro sector minoritario de la doctrina, y en todo caso la jurisprudencia de esta Sala, incluye los supuestos de intimidación en el delito de coacciones, estableciendo como diferencia entre este delito y el de amenazas un criterio temporal según el cual habrá amenaza cuando lo que se anuncia es un mal para el futuro y un delito de coacciones cuando se anuncia un mal presente. Con arreglo a este criterio, y dado*

que el menor estaba ya en poder del acusado cuando hizo su advertencia el 8 de agosto para que acudiera ese mismo día a la clínica a someterse al aborto, el hecho aparece correctamente calificado, según la jurisprudencia, como delito de coacciones» (FJ 3.º).

Y la segunda, **STS 5-2-2009 (Rc 10612/08P)**, revoca la condena impuesta por la Audiencia y procede a dictar la **absolución** del recurrente, por un problema de prueba, con base en los siguientes razonamientos: «4. En cuanto a la existencia del aborto, la sentencia la considera probada por las manifestaciones de los médicos forenses en el acto del juicio oral, ratificando sus anteriores informes. La sentencia considera como prueba irrefutable el resultado positivo del test de embarazo, lo que textualmente considera como “un indicio claro de que existió embarazo y tuvo lugar un aborto». Parece que no estima suficiente este dato y lo pone en relación con una testigo de referencia que manifiesta que la abortante le facilitó este dato. También como argumento contundente afirma la sentencia que los médicos manifestaron que “el Citotex que fue suministro a Florentina a los indicados fines (sic)” aclararon que existen multitud de medicamentos por medio de los cuales puede ser provocado un aborto y especial idoneidad del citotex medicamento que fue suministrado (sic) a Florentina a los indicados fines.

5. La parte recurrente alega que las manifestaciones inculpatórias ante la Guardia Civil se hicieron bajo presión y la amenaza de que serían expulsadas del país si no acusaban al recurrente. Estas declaraciones fueron ratificadas en sede judicial pero ninguna de las dos testigos compareció a las sesiones del juicio oral para que pudieran ser contrastadas sus declaraciones anteriores. El Ministerio Fiscal impugna el motivo con argumentos formales. Esgrime que cuando se ordenó la celebración del juicio y continuación del mismo, sin la presencia de las testigos, su abogado no formuló protesta y tampoco cuando se leyeron sus declaraciones si bien reconoce que el acusado al utilizar el derecho a la última palabra hace constar que «lo que dijeron las chicas no es verdad, deberían haber estado en la Sala ellas.

6. Los derechos y garantías constitucionales son de la titularidad exclusiva del acusado y no son administrados por la representación técnica que, como toda actividad profesional, puede estar más o menos acertada. La rotundidad de la expresión del acusado obligaba a la Sala a un esfuerzo complementario y más intenso para justificar por qué su alegación carece de valor y se demuestra inconsistente ante la existencia

de otras pruebas sin escudarse en las deficiencias técnicas del letrado si es que existieron. De todas formas y remitiéndonos a lo precedentemente expuesto, los delitos relativos a la prostitución están acreditados por las pruebas anteriormente examinadas» (FJ 2.º).

4. Apropiación indebida

La **STS 9-2-2009 (Rc 1028/08)**, examina las vicisitudes de las relaciones tía-sobrino, en relación al llamado **contrato de vitalicio** por si de lo sucedido, pudiera desprenderse un delito de apropiación indebida.

El Tribunal Supremo descarta, en el caso, tal ilícito penal ante la insuficiencia del relato fáctico contenido en la sentencia de la Audiencia, ya que:

«la sentencia, pese a proclamar que “ese” dinero recibido por el acusado en préstamo no fue específicamente dedicado al pago de los costes de la residencia de la tía, en modo alguno afirma que el sobrino se negase a tal pago, ni que incurriera en causa de resolución del vitalicio por incumplimiento de sus obligaciones.

Se afirma en la sentencia que la apropiación indebida se consuma en octubre de 2005, cuando la tía sufre un infarto cerebral y el acusado no dedicó el dinero a “subvenir las necesidades de la tía”. Ahora bien, ni en ese fundamento, ni en los hechos probados, se dice que el acusado se negase a tal atención. Lo que sí se dice es que en tal fecha la hija de la perjudicada regresa de París y es ella quien la ingresa en una residencia pública.

Independientemente de que el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas del vitalicio no implica por sí solo el delito imputado, sino, en su caso, la resolución del contrato con las devoluciones que procedieran, lo relevante es que la descripción de hechos se limita a constatar que no se produjo el ingreso en una residencia privada. Pero omite toda argumentación sobre los datos que permitan conocer las razones de tal situación» (FJ 1.º).

5. Atentado

La no siempre fácil diferenciación entre los delitos de atentado y resistencia, se explica con gran claridad en la **STS 3-4-2009 (Rc 1272/08)** en la que se parte de un hecho de la experiencia, a saber, que es más fre-

cuenta que el atentado tenga lugar fuera de las comisarías que en el interior por lo que en este último caso, será necesario ponderar especialmente la desigualdad de situaciones, la absoluta superioridad de que gozan en tal contexto, los agentes de la autoridad y la afectación al orden público que pudiera haberse producido.

En razón de ello, se resuelve que:

«La resistencia tiene que ser grave, activa, persistente y con el ánimo de oponerse al cumplimiento de las decisiones de la autoridad dentro de sus facultades. Existe una escala que es necesario recorrer, según la intensidad de la reacción que se iniciaría en su eslabón más grave por el atentado, seguiría la resistencia grave, el maltrato de obra, la simple resistencia o la desobediencia grave que nos llevaría a situarnos en conductas calificadas como delictivas. Existen, como en el caso presente, situaciones en las que, un simple forcejeo que no cabe elevar a la categoría de delito, sino integrarlo en la falta contra el orden público en los que se observa, por la escasa virulencia de la conducta del acusado, un simple forcejeo que supone una actitud de desobediencia leve que pueden ser integrados en la falta del artículo 634 del Código Penal. Este es el caso y la pena que se determinará en el apartado correspondiente» (FJ 2.º).

6. Contrabando

La reciente aprobación del **Tratado de Lisboa**, cuya ratificación por España se autorizó por **LO 1/2008, de 30 de julio**, ha sido objeto de aplicación en la **STS 17-9-2008 (Rc 451/07)**, en relación con determinadas actuaciones de ciudadanos procedentes de países recientemente incorporados a la UE, como, en el caso examinado por la resolución, los nacionales de Estonia.

La sentencia trata de la problemática de la sucesión de leyes en el tiempo, la retroactividad y las normas extrapenales complementarias a la norma penal.

Por su interés, y para una mejor comprensión, reproducimos lo más relevante del FJ 1.º, a pesar de su extensión:

«...en el presente caso estamos mucho más allá de una simple modificación fáctica, operada por la vía de reforma de las disposiciones administrativas de remisión. En efecto, el principio de libre circulación de mercancías representa una de las piezas angulares de la estructura polí-

tico-normativa de la Unión Europea (cfr. art. 23 —antiguo artículo 9— del tratado fundacional 25 de marzo 1957). Recientemente, la LO 1/2008, de 30 de julio, ha autorizado la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. En su preámbulo se proclama y reitera el objetivo de “...fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible, garantizando la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento”.

Todo indica, pues, que la entrada de Estonia en la Unión Europea, no limita sus efectos, desde el punto de vista del juicio de tipicidad, a una mera transformación fáctica, orientada a actualizar los parámetros cuantitativos tomados en consideración en el momento inicial de la formulación típica. Esa incorporación al régimen aduanero común conlleva un verdadero cambio global de naturaleza axiológica. No son razones estratégicas de pura oportunidad legislativa las que han de ser ponderadas por la Sala a la hora de valorar la incidencia de la ampliación de las fronteras comunitarias.

Descartado un enfoque formalista, más útil en los casos de sucesión de normas penales, se impone un criterio teleológico, que atienda al verdadero alcance de la rectificación normativa. Conforme a esta idea, la modificación de la norma extrapenal de reenvío —en el presente caso, el Tratado de adhesión de Estonia en la Unión Europea como Estado de pleno derecho— conlleva una variación axiológica, con una incidencia definitiva en los mecanismos de protección del bien jurídico. No ha existido una degradación en la intensidad del injusto, producto de una renovada valoración fáctica, de limitado alcance cuantitativo, sino una verdadera supresión de la relevancia penal de la acción típica cuando las mercancías importadas proceden de Estonia. Y ello acontece en el momento del enjuiciamiento.

La Sala no puede acoger el criterio del Tribunal a quo, que condena a ambos recurrentes con el argumento de que las normas penales temporales, conforme establece el art. 2.2 del CP se sustraen a las reglas generales —FJ 2.º, apartado D—. Así se desprendería de su enunciado, con arreglo al cual, “los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

En el presente caso, no es posible sostener que estemos en presencia de una ley temporal. No lo son la legislación de contrabando aplicada

ni, por supuesto, el tratado de adhesión de Letonia a la Unión Europea. Leyes temporales son aquellas cuyo plazo de vigencia se justifica en atención a circunstancias excepcionales que aconsejan una mayor severidad en la respuesta penal a determinadas conductas. De ahí que no resulte procedente equiparar el precepto aplicado –art. 1.1 de la LO 7/1982, 13 de julio, vigente en la fecha de los hechos–, al régimen jurídico que es propio de las leyes temporales. (FJ 1.º).

(...) Pues bien, es un hecho notorio que Estonia forma parte ya de la Unión Europea. El Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, ha supuesto la ampliación de los países miembros de la Unión. El Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España es de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

Conforme al art. 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Estonia –además de las ya mencionadas– han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, según se desprende del Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión, también publicado en el núm. 106 del BOE de fecha 1 de mayo de 2004. Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Estonia y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo II, apartado I –libre circulación de mercancías–, apartado J –productos alimenticios– fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libre circulación de mercancías» (FJ 1.º).

7. Delitos contra la Hacienda Pública

A pesar de que no son muy frecuentes, tampoco han faltado en el año judicial que examinamos, las sentencias que se ocupan de los delitos contra la Hacienda Pública, regulados en los artículos 305 y ss CP.

De entre ellas, cabe mencionar la **STS 12-2-2009 (Rc 308/08)**, que examina el modo de aplicación de la norma extrapenal a un delito que está construido mediante la técnica de las leyes penales en blanco.

Y así, tras indicarse que:

«En el caso del delito fiscal ...la aplicación del tipo penal en blanco exige que el Tribunal complete el tipo con el deber fiscal previsto en la ley fiscal, pondere las circunstancias que permiten subsumir las operaciones bajo el concepto de hecho imponible de la misma, y establezca las demás condiciones, objetivas y subjetivas del tipo, así como la condición objetiva de punibilidad...»

Continúa *«... La Audiencia dice —predeterminando, en verdad, el fallo por la introducción en los hechos probados conceptos jurídicos que adelantan la subsunción de hechos no descritos como tales — que “en las citadas declaraciones se ocultaron de forma consciente, bases imposables derivadas de determinadas operaciones de prestación de servicios”. Es evidente que de esta descripción de la conducta imputada, en la que se ignora cuáles son las “operaciones determinadas”, no es posible deducir si se trata de hechos imposables según el art. 4 de la Ley del IVA y si la base imponible es la que se consigna en la sentencia, ni tampoco si la suma no ingresada alcanza a la que señala la Audiencia. Dicho de otra manera: con los datos ofrecidos por el Tribunal de instancia es imposible determinar si la base imponible ha sido jurídicamente determinada de manera correcta.»*

De todo lo cual resulta que no es posible condenar pues:

«En la medida en la que no han sido observadas en la determinación de los hechos las exigencias de los principios de legalidad y de la presunción de inocencia, la sentencia debe ser casada por haber infringido el art. 349 CP 1973» (FJ Único)

8. Delitos contra los extranjeros

La incidencia del fenómeno inmigratorio en España, está haciendo que el **artículo 318 bis CP**, el único que configura el Título XV BIS del Libro Segundo del CP, «De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», genere una continua jurisprudencia.

En el último año judicial, la **STS 11-4-2009 (Rc 399/09)**, es un buen ejemplo de su aplicación, ya que trata de una solicitud de acogimiento

por razones familiares de un ciudadano chino por parte de quien decía ser su madre sin que lo fuese.

Esa conducta —dice la sentencia precitada— «se subsume, sin duda, en el delito tipificado en el artículo 318 bis.1 del Código Penal, que castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.» ... «ya que ya que la recurrente, con fraude, utilizando documentación falsa y, por consiguiente, de forma ilícita, solicitó el acogimiento para su inmigración a España de un súbdito chino del que decía ser su madre cuando eso no era cierto, siendo irrelevante el hecho de que no se hubiese acreditado que fuese la recurrente la autora de la falsificación de la documentación.»

La doctrina sobre el mencionado tipo, se incluye en la sentencia que nos recuerda que *«En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre, que **está incluida en esa conducta típica cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad.** A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos “directa o indirectamente” el legislador ha querido también integrar en el tipo aquellos comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.*

Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 59/2006, de 19 de enero, y 284/2006, de 6 de marzo, que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería.

Deben considerarse, pues, entradas ilegales las efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanecer en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocul-

tar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como será el supuesto de visados obtenidos mediante falsas alegaciones.

Hay que señalar que se trata de un delito de mera actividad que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. La consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito.

Por última, aunque en el tipo básico se refiere a personas, en plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona, si bien, ello determina que, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal» (FJ 1.º)

9. Delito publicitario

Recogemos igualmente, en esta Crónica, la **STS 26-1-2009 (Rc 253/08)**, sobre el delito publicitario previsto en el **art. 282 del CP**, dado la escasa jurisprudencia existente sobre el mismo.

La resolución, se centra en la insuficiencia de la sentencia recurrida en cuanto al relato histórico que fundamentó la condena, lo cual va a determinar la estimación del recurso dado que en el *factum* no se incluye la cuestión capital del delito, esto es, la oferta que realmente se hizo.

Y es que, como dice la sentencia, *«la operación de subsunción de una oferta comercial en este tipo penal pasa necesariamente por el conocimiento preciso, exacto y completo, de la oferta o de la publicidad de que se trate, en sus términos concretos y tal y como éstos integraron el anuncio o el ofrecimiento.*

Por otro lado, la sentencia examina el tipo en cuestión, exponiendo la doctrina sobre el mismo: *«...el art. 282 del C Penal, que castiga a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos. La estructura del tipo lo es de peligro y no excluye una comisión de estafa cuando exista disposición*

patrimonial determinada por error relevante derivado de una acción engañosa, que pueda estar en su caso en la falsa oferta o en la mendacidad de la publicidad. Fuera de ese supuesto la misma disconformidad con la realidad de lo afirmado en la oferta o en la publicidad del producto o del servicio integra este delito, pero teniendo en cuenta que no abarca las exageraciones toleradas socialmente en la actividad publicitaria en cuanto dirigidas mas a la motivación del consumidor que a la transmisión de información concreta y creíble, ni las omisiones o insuficientes de lo ofrecido en el anuncio que no tiene normalmente el carácter de información exhaustiva de todo cuanto pudiera interesar al destinatario del producto o servicio; ni tampoco aquellas características en lo anunciado u ofrecido que devienen imposibles o distintas por razones sobrevenidas no dependientes de la voluntad o del control del anunciante» (FJ 3.º).

10. Detención ilegal

Otro de los delitos clásicos, como la detención ilegal, que ya aparece en el **CP de 1848** con una fórmula idéntica a la actual «el particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad», ha sido objeto de un profundo examen en la **STS 3-3-2009 (Rc 454/08)**.

En dicha resolución, entre otras cuestiones, se examina si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, «...cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...», como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a «*El particular...*» que contiene el apartado 4 del 163.

El tema, suscitó un **Pleno no jurisdiccional de la Sala, de fecha 27-1-2009**, que se saldó con el siguiente acuerdo: «*La remisión que el artículo 167 del código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.*»

Los argumentos que apoyan el criterio en cuestión, se recogen de modo amplio en la sentencia, y son los siguientes:

«a) *De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación*

al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a “**El particular...**”, lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a “**El particular que encerrare o detuviere a otro...**”

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aún cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el «plus» en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los

cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163». (FJ 3.º).

11. Estafa

El delito de estafa, ha sido, también en el presente año judicial, uno de los que ha generado mayor número de sentencias resolviendo recursos de casación penales.

De entre las mismas, ofrecemos la siguiente muestra:

Sobre el concepto de **especial gravedad**, la **STS 14-9-2008 (Rc 2464/07)**, se refiere al cambio jurisprudencial operado a través del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007.

Y así, —se dice— antes de dicho Pleno, de una manera sintética se contemplaban dos situaciones:

a) Pluralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías que aisladamente consideradas, ninguna de ellas superaba los 36.060'73 euros —seis millones de ptas.—. En tal caso la doctrina de la Sala era la de aplicar *exclusivamente* la continuidad delictiva del art. 74, pero *sólo el párrafo segundo* dada su especialidad al tratarse de infracciones contra el patrimonio, lo que suponía la posibilidad de recorrer *en toda su extensión* la pena correspondiente al delito que en relación a la estafa era la pena de seis meses a tres años, con independencia de aplicar —motivadamente— la pena superior en uno o dos grados en los casos de que revistiese notoria gravedad y afectase a una generalidad de personas (delito masa).

b) luralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías pero una o varias de esas cuantías es *superior* a 36.060'73 euros —seis millones de ptas.— aunque otras no lo alcancen. En tal caso la respuesta era la de aplicar *conjuntamente* el subtipo de especial gravedad del párrafo 6.º del art. 250-1.º CP y *además* la continuidad delictiva con aplicación, también, del art. 74-2.º, de suerte que en tal caso la pena sería la prevista en el art. 250-1.º CP, prisión de uno a seis años y multa, y por la continuidad se podría recorrer en toda su extensión la pena de prisión, es decir, podría imponerse hasta los seis años siempre teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pero no aplicándose el art. 74-1.º con lo que *no* sería vinculante en todo caso la imposición de la pena en

su mitad superior. También aquí quedaba abierta la posibilidad de agravación en los supuestos de delito-masa antes referido.

El origen de los 36.060'73 euros se encuentra en el párrafo 7.º del art. 529 del CP 1973 que se refería a la especial gravedad que para su estimación como muy cualificada a la que se refería el art. 528 CP, inicialmente se fijó en cantidades superiores a los 2.000.000 ptas. y posteriormente a los 6.000.000 ptas., lo que se mantuvo en relación al actual 250-1-6.º del vigente CP pero traducido a euros, si bien ya sin el valor de muy cualificada porque esta hiper-agravación no se recogió en el actual Código —SSTS de 16 de septiembre de 1991, 16 de julio de 1992, 13 de mayo de 1996, 12 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1999, 21 de marzo de 2000, 6 de noviembre de 2001 y 864/2002, entre otras—.

Ya en relación al actual Código Penal el presupuesto para la *doble y sucesiva* aplicación del subtipo de especial gravedad más la continuidad delictiva con aplicación del art. 74-2.º sin riesgo de vulneración del *non bis in idem* era que en casos de continuidad delictiva, alguna de las partidas defraudadas, aisladamente consideradas supere los 36.060'73 euros.

En tal sentido y entre otras muchas se pueden citar las SSTS 1444/2002 de 14 de septiembre, 206/2002 de 5 de diciembre, 142/2003 de 5 de febrero, 238/2003, 27i6/2005 de 2 de marzo, 356/2005 de 21 de marzo, 1019/2006 de 16 de octubre, 1245/2006 de 17 de noviembre ó 548/2007 de 12 de junio, entre otras» (FJ 4.º).

Sobre el llamado **principio de autoprotección**, la **STS 24-9-2008 (Rc 2314/07)** afirmó:

«... El engaño bastante como elemento normativo de la estafa debe ser objeto en cada caso concreto de la adecuación correspondiente para establecer el juicio de idoneidad, de forma que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». Esta doctrina, en todo caso, debe ser aplicada con la debida cautela pues en principio la idea de desprotección de la víctima es una excepción que sólo puede ser achacada a una incuria grave de la víctima. En el caso de autos nada de esto sucede si nos atenemos no sólo a los principios sino a las reglas de experiencia por las que se rige el tráfico mercantil en el contexto relatado, de forma que llevar la diligen-

cia de la parte que debe realizar la obra hasta extremos no usuales en el mismo no puede llevar consigo su desprotección desde el punto de vista de la tutela penal. Además, es evidente que el recurrente concibió su artificio engañoso desplegando diversas acciones sucesivas que incluso hicieron desistir al perjudicado del derecho de retención del artículo 1600 CC» (FJ 3.º).

Y en relación a la **manipulación informática o artificio semejante**, prevista en el **art. 248.2 CP** la **STS 17-12-2008 (Rc 92/08)**, la considera incurso en *«la conducta de quien, sin tener autorización para utilizar el servicio BBVA net Office para realizar transferencias para realizar pagos, prevista en el art. 248.2 accede al mismo aprovechando que tal servicio no tenía clave para realizar transferencias de fondos, dirige a la entidad bancaria el preceptivo y habitual fax firmado por un administrador autorizando una transferencia a favor de un proveedor real y por una operación también real y válida, pero enviándolo en primer lugar, a un número inexistente para que la operación quedase inicialmente frustrada, y a continuación a través del servicio BBVA net office realizar la transferencia a su propia cuenta, esto es está alterando o modificando el número de las cuentas corrientes a las que debía ir a parar el dinero, aparentando ser las cuentas corrientes de los proveedores de la empresa, (pues)no cabe duda de que está empleando un artificio ante el banco o entidad de crédito a quien suministra los datos requeridos para que se produzca una transferencia de fondos a sus propias cuentas, y no solo finge unas operaciones realmente autorizadas, sino que consigue que las mismas pasaran inadvertidas en la cuenta de la empresa, en la que aparecen realizados los cargos a favor del cliente designado en el fax, con la consiguiente disminución de su patrimonio, ha de considerarse como constitutiva del «artificio semejante a la manipulación informática» que consigue la transferencia in consentida de fondos.*

Consecuentemente el delito cometido es la estafa del art. 248.2 CP en cuanto ha habido ánimo de lucro, engaño integrado por el artificio semejante a los informáticos y transferencia indebida de fondos, y no el delito de apropiación indebida que propugna la Sala de instancia, por cuanto en este delito la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte, y en este caso la acusada no estaba en posesión legítima ni ilegítima de los fondos en cuanto no estaba autorizada para efectuar pagos» (FJ 3.º).

12. Falsedades

La fe y la seguridad en el tráfico jurídico, como dijera la **STS 24-2-2009 (Rc 1115/08)**, son los **bienes jurídicos** que tutelan los delitos de falsedad por lo que —como indica la precitada sentencia— si no se acredita la vulneración de los mismos, no habrá tal clase de delito.

Igual idea se desprende de la **STS 2-4-2009 (Rc 172/08)**, que sostiene que cuando se trata de una mención de **absoluta intrascendencia** en el tráfico jurídico, no cabe hablar de delito de falsedad ya que éste exige que «el contenido resultante de la actuación del sujeto del supuesto delito sea mendaz», lo cual no se corresponde con la supresión de una palabra, como es «dispensado» en un documento protocolizado, para referirse a si el interesado había o no dispensado los honorarios generados por el documento, cuestión que la Hacienda Pública puede comprobar sin ningún problema, examinando el propio documento y «los libros de contabilidad fiscal cuya llevanza corresponde fuera del protocolo notarial.»

Por el contrario, cabe hablar de **falsedad ideológica**, según la **STS 10-10-2008 (Rc 48/08)**, cuando se confecciona un documento en el que un empleado bancario simula una operación —pues se trataba de un negocio ajeno al banco— que contienen el nombre comercial, el anagrama del banco, el sello, la fecha y firma de la entidad .

Y es que, como estableciera el Pleno de la Sala Segunda de fecha **26-2-1999** y ha seguido una constante jurisprudencia (**SSTS 1302/2002, 71/2002 y 325/2004**, entre otras), la falsedad que disciplina el art. 390.1.2 CP requiere «la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento». Supuesto aplicable al caso examinado en la sentencia correspondiente al **Rc 48/08**, en la que se ofrecían extratipos, a partir de un negocio existente, con cobertura formal pero que encubría un engaño a través de un despliegue documental, en el que «a su antojo» el acusado utilizaba documentos matrices de carácter original, resguardos falseados y, en definitiva, simulaba la intervención de una persona jurídica, en absoluto partícipe en el negocio subyacente.

También resulta de interés la **STS 10-2-2009 (Rc 148/08)**, respecto al **concepto de documento mercantil** que recuerda la **STS n.º 900/2006, de 22 de septiembre**, que señalaba que «*son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la crea-*

ción, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades.»

Y por tal razón, se consideran mercantiles los documentos a que se refieren los siguientes hechos: dos cartas falsificadas, con fecha 4 de marzo y 5 de abril de 2004, a nombre de una aseguradora, que aparecen como firmadas por empleados de ésta, dirigidas a requerir a una persona, cliente del acusado y perjudicado por los hechos, para el reintegro de las sumas que le habían sido abonadas por error, todo ello en relación a las cantidades que correspondían a aquel como asegurado.

La razón de ello, es que *«en el caso se trata de requerimientos efectuados dentro de la operativa propia de la compañía aseguradora, a la que se hace figurar falsamente como emisora, orientados a la recuperación de cantidades que se dice abonadas por error en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles. No se trata, por lo tanto, de una mera comunicación interna o dirigida a los asegurados, sino de un requerimiento formal, de manera que los documentos falsificados podrían acreditar la reclamación de la compañía frente al asegurado, por lo que deben ser considerados documentos mercantiles»* (FJ 2.º).

Finalmente, damos cuenta de la importante **STS 22-1-2009 (Rc 16/08)** que considera la **tenencia de tarjetas de crédito falsificadas** que el acusado «pretendía hacerlas circular como tales», falsificación de moneda, al exigir el **acuerdo plenario de la Sala de fecha 16-12-2008** para poder sancionar conforme al delito de falsedad previsto en el **art. 386.2 CP**, «la acreditación de una finalidad de transmisión».

13. Homicidio

Dentro de los delitos del «homicidio y sus formas» que se hayan incluidos en el Título I del Libro II del CP, en sus artículos 138 a 143, ambos inclusive, destacan dos sentencias sobre aspectos culpabilísticos: la primera, de **6-2-2009 (Rc 10762/08P)**, y la segunda, de **27-2-2009 (Rc 10412/08P)**.

En la primera resolución, la cuestión estudiada es la **compatibilidad entre el dolo eventual y la alevosía**, en un caso de asesinato intentado.

Los hechos esenciales de la sentencia, consistieron en que la acusada taponó la boca y orificios nasales de la agredida *«lo que, sabidamente, tenía que producirle la muerte de manera inmediata, sin alternativa posible.»*

Y dicha situación, *«aun en la hipótesis del dolo eventual, tendría que jugar igualmente la alevosía, y debería hacerlo sin que la compatibilidad entre ambas figuras tuviese por qué suscitar algún problema conceptual; pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar — como medio de ejecución — puede perfectamente producirse aun en la hipótesis de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto también según, entre otras, SSTS 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero»* (FJ 1.º).

En el caso, que el Tribunal Supremo transforma de lesiones en asesinato en grado de tentativa, se explica que la acusada abandonó a la citada *«en la cama, maniatada, amordazada y con el almohadón fuertemente apretado sobre su cara, sin importarle las consecuencias que se pudieran derivar de su actuación. Salvadora D... sólo pudo volver a respirar al ser auxiliada por su perro que le apartó el almohadón de la cara»*; y como resultado sufrió diversas equimosis.

Así, lo que se desprende de esta descripción es que, de no haber mediado ese movimiento por parte del animal, Salvadora habría muerto enseguida por asfixia.

De donde se sigue, claramente, que la inculpada *«llevó a cabo con plena conciencia una acción objetivamente idónea para acabar con la vida de su víctima, al dejarla en condiciones tales que la muerte le habría sobrevenido de forma prácticamente inmediata»*, de no haberse dado la circunstancia expuesta, (que) es obvio fue ajena a la voluntad de la acusada, y que tuvo el efecto de interrumpir la secuencia causal conscientemente desencadenada por la misma.

En definitiva, hubo una acción idónea para producir la muerte, realizada sobre una persona reducida previamente a una situación de total inermidad; y ese resultado, finalmente, no se produjo por la interferencia de una causa ajena a la voluntad de la autora. En consecuencia no cabe hablar de lesiones. (FJ 3.º).

La otra sentencia citada, examina un caso de **homicidio por imprudencia**, en el que os hechos consistieron en la muerte de los dos ocupan-

tes de un cayuco, *por hambre y frío*, siendo ésta la causa inmediata, según el informe de autopsia y como recalca la propia sentencia de la Audiencia que consideró que «el mismo hecho de la *travesía sin la suficiente comida y agua* fue la causa de los fallecimientos.»

Pues bien, planteada la cuestión de la llamada **relación de causalidad**, la sentencia, con cita de la STS 4-7-2003, n.º 966/2003, recuerda que la doctrina actual acude al concepto *de imputación objetiva*, entendiéndose que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o «*conditio sine qua non*», relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

Y, con relación a un supuesto similar, de entrada ilegal de inmigrantes, en el que el delito se produjo, no mediante el viaje en una embarcación, sino en una furgoneta carente de las mínimas dimensiones y respiraderos oportunos, produciéndose el fallecimiento por asfixia de tres inmigrantes, ya la Sala —STS n.º 886/2008, de 19 de diciembre—, confirmó la condena hecha en la instancia contra el *conductor* del vehículo, precisando que la muerte era un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones, la inobservancia de todo tipo de previsiones, y, en las condiciones que relata el *factum*, la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado.

De todo ello, concluye la presente sentencia, «*resulta la responsabilidad que les ha sido atribuida a los acusados, y entre ellos al recurrente, tanto hubieran sido ellos los últimos organizadores del viaje marítimo, como si no, puesto que aquélla claramente resulta de la asunción de la condición de patronos de una embarcación en la que, contraviniendo*

toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se aventuraron a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes» (FJ 2.º).

14. Incendio

Sobre el delito de incendio, de amplia regulación en el CP, pues ocupa un capítulo propio del Título XII del Libro II («De los delitos contra la seguridad colectiva»), a pesar de su difícil aplicación, contamos en el presente año judicial con dos interesantes sentencias.

La primera, **STS 30-9-2008 (Rc 11277/07)** se adentra por su discutida naturaleza, a fin de diferenciarlo del delito de daños, sosteniendo que *«la **diferencia esencial con el delito de daños**, o en su caso la falta, radica, por lo tanto en la conciencia del peligro a la vida o la integridad física de las personas que el autor busca con la acción contra el patrimonio. Esta situación hace que el delito del art. 351 se configure como delito de peligro “hipotético o potencial”, dijimos en la STS 1623/2003, de 7 de octubre, en el que lo relevante es la idoneidad de la acción para la producción del peligro que se recoge en la tipicidad, la vida o la integridad física de las personas. De esta manera, no es necesario la efectiva causación de un daño sino la idoneidad para producir el peligro que se protege....»*

De ello resulta que en el caso, cuyos datos sintéticamente hablando, son que el acusado, que había mantenido una discusión con su familia, pide alcohol y quema su vivienda, alcanzando el fuego a la puerta, muebles y habitación en la que se inicia, alcanzando el humo el resto de la vivienda habitada por sus hermanos sin que el peligro llegara a concretarse por la presencia inmediata de los servicios de extinción, estamos ante un delito de incendio pues *«cuando se realiza la acción el acusado conoce que en el piso superior estaban sus familiares a los que ponía en peligro en su vida o integridad física, abandonando el lugar de los hechos tras la producción del incendio» (FJ 2.º).*

Y la segunda, **STS 10-3-2009 (Rc 192/2008)**, aborda la cuestión de la prueba, en un caso de incendio por imprudencia, en el que el autor prendió fuego en una parcela suya, sin licencia de la Consejería de Medio Ambiente correspondiente y sin cortafuegos perimetral, afectando el

fuego a otras parcelas limítrofes, con daños en el arbolado y peligro para algunas personas.

En el caso, se aborda con cierto detenimiento la cuestión de la **prueba indiciaria**, tema capital en este delito dada la dificultad de contar con pruebas directas y contundentes.

Al respecto, la sentencia aporta los hechos indiciarios plenamente acreditados, con que se dispone la condena del recurrente, en los siguientes términos: *«aparte del incendio y de las características de la zona en que se produjo (“área de peligro extremo de incendios forestales”), así como de sus consecuencias dañosas y del peligro para uno de los vecinos y del guardia civil que acudió para exigirle que abandonara su vivienda, que los guardias civiles que patrullaban por la zona vieron al acusado en el lugar del incendio cuando se encontraban a muy corta distancia del mismo, que el fuego salía de su finca hacia fuera, que las marcas de hollín en la valla de la misma estaban por la parte interior de su finca, y que, ante la presencia de los citados agentes el acusado —al que dieron el alto— desatendió dicha orden —“desapareciendo en la espesura del humo”—, comprobando que, al rato, volvió con una azada, y que, en las inmediaciones de su casa, había rastrojos y manojos acumulados y ceniza blanca. Las sospechas de los guardias civiles sobre el origen del fuego, partiendo de cuanto ellos pudieron observar, viene a coincidir con las conclusiones a que llegaron los peritos de la Consejería de Medio Ambiente, con “el método de evidencias físicas”»* (FJ 3.º).

Lo anterior —sigue diciendo la sentencia— se refuerza por el hecho, que considera circunstancia extraordinariamente relevante, de la reacción del acusado al ser sorprendido por los guardias civiles en el lugar del incendio.

A la vista de todo lo expuesto, considera el Tribunal Supremo que el Tribunal de instancia ha inferido razonablemente la implicación del hoy recurrente en la producción del incendio de autos y que la sentencia recurrida cumple adecuadamente la exigencia de motivación constitucionalmente impuesta, por lo cual el recurso de casación se desestima.

15. Insolvencias punibles

En materia de responsabilidad penal derivada de actividades empresariales fraudulentas, ligadas a situaciones de impago a acreedores, se reco-

gen en la presente *Crónica* dos sentencias: una, la **STS 18-2-2009 (Rc 1612/08)** que contiene una amplia interpretación jurisprudencial de la Ley Concursal a efectos penales, y otra la **STS 4-2-2009 (Rc 429/08)** que pasa revista los requisitos exigibles para la aplicación del art. 260 CP.

La **STS 18-2-2009**, contiene, como se dijo, la doctrina penal fundamental en relación al derecho concursal, aplicable al tipo básico del **art. 260 CP**.

Y así, parte de que al art. 260 CP no cabe aplicar la jurisprudencia que interpretaba el Código derogado, el cual, en el art. 520 sancionaba la quiebra fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, mientras que el tipo penal aplicado en la sentencia combatida castiga al que agravare dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia ya causadas.

Seguidamente se dice que *«Conviene tener muy en cuenta que a tenor de la Ley Orgánica 15/2003, de 11 de noviembre, la separación que la Ley Concursal establece entre los ilícitos civiles y penales, ya proclamada en su Exposición de Motivos, se recoge de manera expresa en el art. 163.2 de dicha ley, cuando dice que “el concurso se calificará como fortuito o como culpable”, pero que “la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Esta afirmación coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP, en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y la desaparición de la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del CP de 1973. Ahora, tanto “este delito” como “los delitos singulares relacionados con él” (v. gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.) “podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”. A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora, y ya desde el CP de 1.995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que “la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. Esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica*

(art. 164.1 LC). *Se cierra así el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil e igualmente respecto de la jurisdicción laboral (STS 612/2006, de 2 de junio).*»

Por otro lado, en relación con los hechos del caso, se dice, que «las razones esenciales para que fuera declarada la quiebra fraudulenta de «PA, S.A.» consistían en la falta de la documentación contable determinante de que «no ha sido posible conocer la verdadera situación de la quebrada a través de sus libros». El art. 891 del Código de Comercio establece que la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario. La entidad quebrada no ha propuesto prueba que desvirtúe la falta de documentación ordenada y fiable de la que pueda desprenderse su verdadera situación económica. La presentación de los Libros en la Agencia Estatal de Administración tributaria no hace que automáticamente dichos libros reflejen el contenido real de la situación de la empresa quebrada.

En definitiva, la entidad en cuestión «ha presentado una documentación que no coincide con las deudas reclamadas, se presenta de forma extemporánea, no se encontraba en las oficinas de la empresa en el momento de la declaración de quiebra y de su estudio no ha sido posible determinar la verdadera situación de la quebrada. A partir de septiembre de 1.994, la quebrada se encontraba en una situación de grave crisis económica, se produce el impago generalizado de todos los créditos y no se formula solicitud de quiebra voluntaria o suspensión de pagos. Todo ello, conduce a calificar la quiebra como fraudulenta». (FJ 5.º).

En cuanto a la **STS de fecha 4-2-2009**, expone la doctrina para la aplicación del **art. 260 CP**, del siguiente modo:

«...El artículo 260, modificado por la LO 15/03, que únicamente suprime los términos quiebra y suspensión de pagos para sustituirlos por “el que fuere declarado en concurso”, castiga, dentro del capítulo de las insolvencias punibles, al que haya alcanzado dicha situación de crisis económica o insolvencia por una conducta dolosa realizada por el propio deudor o persona que actúe en su nombre, añadiendo que para graduar la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. Por último, este precepto desconecta los avatares o conclusión del proceso civil o mercantil de la responsabilidad penal exigible por el mismo, sin que la calificación civil de la insolvencia vincule a la jurisdicción penal.

Los requisitos fijados jurisprudencialmente para aplicar el artículo 260 mencionado se refieren, pues, en primer lugar, a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso, en segundo lugar, que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada dolosamente por aquél, y, en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, aunque esta exigencia no aparece mencionada específicamente en el precepto citado. Ahora bien, la Jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, por lo que señalamos más arriba en relación con el apartado segundo, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores (SSTS 1757/02 o más recientemente 1018/06).

Se trata por tanto de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso.

Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial» (FJ 1.º).

16. Lesiones

El derecho fundamental a la tutela de la integridad física y moral (art. 15 CE), encuentra en los delitos de lesiones su protección penal, destacando entre sus diversos tipos, las lesiones síquicas.

Entre las sentencias que han tratado de dicha modalidad de lesiones, contabilizamos las **SSTS 79/2009 (Rc 5/09)** y **10-10-2008 (Rc 10319/08P)**.

En la primera, tras exponerse la doctrina en la materia, se examina el caso en cuestión y se confirma la decisión de la Audiencia que había estimado presente un delito de lesiones síquicas.

Y así, se dice: «*En el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir “normales”, precisa la STS. 629/2008 de 10.10, corres-*

pondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión, declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal o real según los casos, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto, subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente a este delito. Será necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de la agresión o si, por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto, subsumible en el delito de lesiones.»

Aplicando dicha doctrina al caso examinado, se concluye:

«En el caso de autos, los distintos informes médicos que se detallan en el hecho probado refiera como consecuencia de los hechos la ofendida padece un trastorno por estrés postraumático, que requirió tratamiento médico especializado con medicación ansiolítica y psicoterapia de apoyo, señalando los días de incapacidad en un tiempo prolongado, 74 días, que se declara probado. Desde luego, el diagnóstico, la cronicidad de la lesión y el periodo de tratamiento que se declara exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo y tienen una sustantividad propia y distinta de la detención ilegal, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos que realiza la sentencia de instancia» (FJ 3.º).

Y en la segunda sentencia, cuyos hechos probados reflejan la conducta de los acusados, consistente en: «el hecho de oprimir los ojos con los pulgares, someter al detenido a golpes continuos con la cabeza tapada, a continuas vejaciones, golpes, le llevan en el maletero del coche con la cabeza cubierta, le someten a condiciones de privación de libertad duras, describiéndose los habitáculos y las condiciones de sujeción, hechos que, además de innecesarios en la detención y al ataque a la integridad moral, son causales al resultado de lesiones y se traducen en las secuelas que se describen en el hecho probado, estrés postraumático crónico, y durante la ejecución con los deseos e intentos de autolesión que el perjudicado sufrió», se recuerda que:

«Resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con

intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad. Lo relevante es la prescripción del tratamiento efectuado por un médico siendo indiferente que la actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (en este sentido, SSTS 355/2003, de 11 de marzo, 625/2003, de 28 de abril, 2463/ 2001, de 19 de diciembre).

Por ello, y como en el caso de autos, el informe de los médicos forenses refiere un diagnóstico de estrés postraumático crónico que requirió tratamiento psicológico y psiquiátrico, señalando días de sanidad en un tiempo prolongado que se declara probado, se concluye que los resultados producidos “*exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo, y tienen una sustantividad propia y distinta de la propia de la agresión, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos en los que se insta en el recurso*”.

Resolviéndose, por último, en cuanto al posible **concurso de delitos** producido que dado que del hecho probado resulta una pluralidad de acciones, con dos habitáculos en los que se priva de libertad, con la relación variada de hechos que desbordan y exceden de la consideración de hecho único productor de resultados, es preciso decantarse por la consideración de una pluralidad de acciones con distintos resultados que concurren realmente» (FJ 1.º).

17. Pornografía infantil

Otro de los delitos que, como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías, está teniendo más desarrollo en los últimos años, es el relativo a la **pornografía infantil on-line**.

Y a tal efecto, cabe destacar la **STS 30-1-2009 (Rc 1358/08)** que contiene con gran desarrollo explicativo, la doctrina sobre el mencionado delito y la **STS 12-11-2008 (Rc 10673/08 P)**, que estudia un caso de distribución de material pornográfico infantil a través de internet.

En la última de las sentencias citadas, se trataba de un material compuesto por fotografías de menores de edad de 13 años, distribuido por la red, a través de Edonkey, programa similar al E-mule, que llenaba las exigencias legales previstas en el artículo 189 1 b) CP.

La sentencia, resulta de interés, además, por el acervo jurisprudencial que recoge y que sirve para disponer de la jurisprudencia más reciente existente, sobre este tipo delictivo.

En concreto, se citan las **SSTS 913/2006, 696/2008** —que se califica como «caso idéntico»—, **767/2007**, sobre continuidad delictiva, **1.444/2004**, sobre el subtipo «organización» operando en página web, o **292/2008, de 28 de mayo** que también se califica de «caso idéntico» al tratado en la presente sentencia, en cuyos hechos probados se hace constar que se encontraron varios discos compactos de ordenador con cientos de archivos pornográficos de similar contenido.

18. Prevaricación

De nuevo en relación a este delito, contabilizamos algunas sentencias tanto del tipo administrativo como judicial.

En el primer caso, la **STS 15-12-2008 (Rc 284/08)** aplica el **art. 404 CP**, que castiga al funcionario que adopta una resolución para la que carece totalmente de competencia, omite las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, u omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo en el que actúa.

Se trató de la demolición de un edificio, contra lo estipulado en la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, RD 2568/1986, de 26 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo, produciéndose el mencionado delito en base a las siguientes razones:

«La resolución adoptada por el Alcalde por sí y ante sí y ejecutada al día siguiente, huérfano de toda justificación que pudiera provenir de un

riesgo grave de derrumbe que se ha acreditado inexistente; la omisión consciente del procedimiento legalmente establecido, con indefensión de los afectados; la apresurada actuación para revestir de legalidad la resolución, requiriendo el mismo día de la demolición a los técnicos municipales informes que justificaran el estado de ruina del edificio, configurarían la actuación del acusado como consciente de la ilegalidad de su conducta y a sabiendas de que ésta era fruto exclusivo de su personal voluntad, es decir, arbitraria» (FJ 2.º).

Sobre **prevaricación judicial**, citamos las **SSTS 23-3-2009 (Rc 1732/08)** y **3-2-2009 (Rc 1085/07)**. La primera, que desestima tal delito, condenando, en cambio por cohecho, y la segunda, que la aprecia, junto al delito de cohecho.

La **STS 23-3-2009** se ocupa de la **prevaricación por razones de forma o procedimiento**, que se opone a la prevaricación por razones de fondo, al considerar, tras un detallado examen de las decisiones adoptadas por un Magistrado en el curso de un determinado proceso, que todas ellas tuvieron amparo jurídico.

En cambio, la **STS 3-2-2009**, condena por tres delitos de prevaricación y dos de cohecho, a otro Magistrado, tras realizar un amplio estudio de la responsabilidad penal de los jueces.

En tal sentido, es digno de recogerse, las siguientes afirmaciones:

«La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, mas que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de cohecho, soborno, no sólo perjudican la imagen del juez independiente, también la del juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho.

(...) En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.

Los modelos de tipificación son varios: la prevaricación recogida en el Código penal español con tres figuras, la acción de dictar resolución injusta (art. 446) que extiende la negativa a juzgar (art. 448) y al retardo malicioso (art. 449), punibles con dolo o culpa (art. 447). Las distintas tipificaciones tienen su fundamento común en el hecho de “torcer el derecho”.

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen faliabilidad humana, se han propuesto diversos criterios.

Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez.

Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

Por su parte, “Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse ‘sic et simpliciter’ los calificativos que

tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. Se destacan los dos elementos del delito de prevaricación, el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se esta dictando la resolución injusta. “El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos... el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...”

El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión “a sabiendas” es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica» (FJ 5.º).

19. Quebrantamiento de condena

Sobre el delito previsto en el art. 468 CP, el Tribunal Supremo se ha visto obligado mediante **acuerdo del pleno de 25-11-2008** a unificar

doctrina, dado los dos criterios existentes, sobre el valor atribuible al consentimiento de la víctima.

En efecto, el mencionado acuerdo estableció: « El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP», de lo que resulta que el incumplimiento, por ejemplo, de la pena de alejamiento, imponible, especialmente, en los delitos de violencia familiar, como consecuencia de un presunto consentimiento de la víctima, integra el referido delito.

En tal sentido, se han dictado ya resoluciones que recogen dicho criterio.

Una de ellas, la **STS 24-2-2009 (Rc 10604/08P)** indica que: *«El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella.»*

Y ello, debido a que *“en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución.”*

Por tanto, «No cabe... aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria”» (FJ 1.º).

Y otra, la **STS 29-1-2009 (Rc 10618/2008 P)**, considera bien aplicado el art. 468 CP pues:

«a) Desde un auto de 25.11.2004, del Juzgado de Instrucción 32 de Madrid, luego prorrogado por otro de 23.3.2005, se encontraba en vigor una medida cautelar por la que José Antonio tenía prohibido acercarse a su mujer M.^a Teresa.»

b) A pesar de dicha prohibición, el procesado de manera continua, sin el consentimiento de su esposa, se presentaba en el domicilio de esta cuando le parecía bien.

Tal comportamiento, que es el narrado en los hechos probados de la sentencia recurrida, constituye el citado delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468 CP (FJ 5.º).»

20. Revelación de secretos

Las conductas atentatorias a la intimidad de las personas, físicas o jurídicas, si bien en este segundo caso entran en juego otros bienes jurídicos, se hayan igualmente representadas en la jurisprudencia de este último año judicial.

Y así, en la **STS 16-12-2008 (Rc 491/08)**, se examinan los arts. 278, 279 y 280 CP para determinar su posible aplicación a un caso de cesión in consentida de los datos de proveedores y clientela de una empresa a otra, efectuado por una gestoría que tenía acceso a dicha información.

La conducta, se incardina dentro del delito de **revelación de secretos de empresa** al cumplir los requisitos previstos en el art. 279 CP, a saber:

- 1.º Tiene por objeto el llamado secreto de empresa.
- 2.º El medio comisivo consiste en la difusión, revelación o cesión de tal secreto.
- 3.º Sujeto activo ha de ser quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, esto es, de mantener el secreto que él precisamente conoce porque su relación concreta con la empresa así lo exige.

Y ello, porque las **listas de clientes** son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad comercial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes.

Tales listas, a pesar de que algunas Audiencias no las consideran secreto de empresa, son guardadas por las empresas celosamente en sus ordenadores para mantenerlas al margen del conocimiento de otras de la competencia.

Y con apoyo en la reciente sentencia de la Sala 285/2008 de 12 de mayo, se las considera secreto de empresa.

Por su parte, la **STS 10-12-2008 (Rc 655/08)**, analiza el art. 417 CP, que tipifica el delito de **revelación de secretos por funcionario**, partiendo de que la acción delictiva conforme a la jurisprudencia de la Sala, puede recaer, tanto sobre secretos como sobre informaciones, esto es, hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son, por su propia naturaleza, reservados, protegiendo así la ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los asuntos de que conocen, sean o no «secretos» en su sentido más estricto (STS 584/1998, 14 de mayo).

Y resultando que los hechos del caso se refieren a las preguntas que van a integrar el examen de unas oposiciones, respecto a las cuales no existe una declaración normativa que confiera formalmente carácter secreto al cuestionario, la cuestión era determinar si encajan en el concepto de *informaciones*.

En el presente caso —dice la sentencia— *«la relevancia típica de la acción desplegada por el recurrente es incuestionable. Gerardo M G incurrió en algo más que una infracción de su estatuto corporativo. Con la divulgación de las preguntas del examen que integraban el tercero de los ejercicios, el acusado menoscabó de forma irreversible el derecho de todos los aspirantes al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, frustró las expectativas del resto de los opositores, cuya confianza en la vigencia de los principios de mérito y capacidad tuvo que resultar decisiva en la suscripción de la convocatoria. Erosionó también la imagen del Ayuntamiento de M..., extendiendo la idea de nepotismo en los procesos de selección de los funcionarios públicos llamados a integrarse en su plantilla. Estas consecuencias, directamente asociadas a la divulgación de lo que no tenía que haber sido divulgado, permiten afirmar el juicio de tipicidad y rechazar las alegaciones del recurrente sobre la falta de relevancia penal de los hechos»* (FJ 1.º).

21. Salud pública

Como es tradicional, el capítulo de los delitos contra la salud pública, en su versión de narcotráfico, aglutina el mayor número de pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En el año judicial a que se refiere esta *Crónica*, se han producido dos importantes acuerdos del Pleno de la Sala, que han tenido reflejo en las sentencias dictadas, posteriormente.

Y así, el **Acuerdo de 25-11-2008, que ha definido los conceptos de extrema gravedad y el concepto de buque**, en relación a estos delitos, ha generado las **SSTS 19/02/2009 (Rc 10803/08P)**, **27-2-2009 (Rc 10774/08P)** y **24-9-2008 (Rc 10139/08P)** y **31-3-2009 (Rc 10302/08P)**.

La primera de las resoluciones citadas, tras indicar que en el mencionado acuerdo se convino en que «La aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia», se resuelve el caso planteado, en el que la sustancia tóxica de que se trataba, era haschís.

En consecuencia, se adopta la siguiente decisión: *«La agravante de notoria importancia, cuando se trata de la sustancia estupefaciente haschís, se fijó, por acuerdo del pleno de esta Sala celebrado el día 19 de noviembre de 2001, en la cantidad de dos kilos y medio de dicha sustancia por lo que la extrema gravedad, tras multiplicar por mil esa cantidad, se apreciará a partir de los dos mil quinientos kilos de haschís, cantidad que se ha superado con mucho en el presente caso en el que se intervinieron 7.164,910 kilos de tal sustancia estupefaciente, e incluso fue superior a esa cantidad de dos mil quinientos kilos el haschís desembarcado en la última operación realizada en la madrugada del día 21 de enero de 2007 ya que se declara probado que el desembarco fue de al menos 113 fardos de entre 25 y 30 kilogramos cada uno de haschís, que en la cifra más favorable al acusado supondrían 2.825 kilos de dicha sustancia»* (FJ 5.º de R. H)

En la **STS 27-2-2009**, se decide en el mismo sentido, descartando alegatos muy variados, indicando que en la actualidad se sigue el criterio de multiplicar por mil la notoria importancia para obtener el límite de la extrema gravedad, conforme al Pleno de esta Sala de fecha 25 de noviembre de 2008 y Sentencia de 11 de febrero 2009, entre otras.

Por lo tanto, *«la extrema gravedad concurre en este caso, puesto que el haschís intervenido en la operación superó los tres mil kilogramos de peso, distribuidos en fardos recuperados, según el hecho probado que en*

este cauce casacional del art. 849-1.º, es de inexcusable respeto, lo que significa que la impugnación de la aplicación de la ley debe hacerse sobre la base intocable del relato histórico, discutiendo el acierto jurídico de la calificación. (FJ 2.º).

Por su parte, la **STS 24-9-2008**, tras hacer una incursión sobre los conceptos «notoria importancia» y «extrema gravedad», con cita de otras sentencias anteriores y del significado de dichas expresiones, conforme al diccionario de la lengua de la RAE, y con apoyo en otro acuerdo plenario, de fecha 19-10-2001, concluye en que no alcanzándose en el caso las mil veces la cuantía intervenida, procede no aplicar la agravante de «extrema gravedad» y sí sólo la de «notoria importancia» fijado en el acuerdo de 2001 en quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio, de conformidad, igualmente con otros precedentes jurisprudenciales. Así, *«si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de notoria importancia (cfr, entre otras, SSTs 657/2003, 9 de mayo; 2345/2001 de 10 diciembre y 2055/2001 de 8 de noviembre), parece obvio que la cantidad intervenida en el presente caso —2.250 kilogramos— no supera en mil veces aquella cuantía. Y no la alcanza porque faltan casi 250 kilos de hachís, suma nada despreciable cuando de lo que se trata es de aplicar el tipo hiperagravado» (FJ 2.º).*

Sobre el **concepto de buque**, de conformidad con el precitado **Acuerdo de 25-11-2008**, se dictó entre otras, la **STS 31-3-2009**, la cual tras analizar y descartar las normas que regulan el concepto de «buque», en derecho mercantil y fiscal, manifiesta que «A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de «buque». La agravación —se dice— está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad.

Y aplicando tal nueva doctrina la caso en cuestión, se dice: *«En el presente caso, el Tribunal de instancia no describe las características de la embarcación en la que se transportaron los bultos que contenían la droga intervenida, que había sido transportada desde la playa hasta un carril situado en las proximidades de la carretera nacional. En el factum se habla únicamente de «una embarcación», y luego —en el FJ 4.º— se*

dice que, «en el caso de autos, no consta con exactitud las características de la embarcación utilizada, de la que sólo pudo recuperarse el motor, pero de lo que no hay duda es de la cantidad de hachís incautada, 1350 kilogramos, lo que exige necesariamente una embarcación, dadas las características de la travesía –estrecho de Gibraltar– sin duda potente que se convierte por otro lado y claramente en un medio específico y absolutamente necesario para realizar el transporte, lo que justifica la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad.»

El desconocimiento de las características de la embarcación utilizada para transportar los bultos que contenían la droga intervenida en el presente caso impide, lógicamente, la aplicación al mismo del subtipo agravado de «extrema gravedad» del art. 370.3.º del CP, relativo a los supuestos de utilización de un “buque” para el transporte de la droga objeto del delito» (FJ 4.º).

En cuanto al **Acuerdo de 26-2-2009, sobre utilización de menores o incapaces** en esta clase de delitos, lo han aplicado con gran aparato motivador, las **SSTS 12-3 (Rc 1454/08)** y **27-2 (Rc 10986/09P)**, ambas de 2009.

En particular, la segunda de las resoluciones citadas hace un recorrido histórico de la cuestión, en relación con los criterios manejados por la doctrina y la propia Sala, poniendo de manifiesto que la esencia de la agravación radica en una «utilización abusiva» del menor o incapaz, al margen de que sean tales, resultando así comprensible, que en la primera de las resoluciones precitadas, no se aplique en un caso en que el menor tenía 17 años y se limitaba a abrir la puerta del lugar donde se despachaba la droga, ya que —se dice— se trata más bien de un «supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas».

Además, se han dictado otras muchas resoluciones sobre cuestiones harto repetitivas, sin duda buscando en el recurso de casación, demorar el momento de la ejecución de la sentencia, habida cuenta de las elevadas penas de prisión, asignadas a estos delitos.

Entre éstas, destacamos algunas que versan sobre aspectos menos frecuentes o, que resuelven cuestiones bien conocidas, con razonamientos algo más originales.

Y así, en los supuestos de **ausencia del mínimo psicoactivo**, la **STS 16-4-2009 (Rc 1489/08)**, tras recordar la doctrina sobre la cuestión, se trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo del

2007, recurso 1816/2006, respecto a la cual se comenta que «Desde luego, como en esta sentencia se dice, no es obstáculo para excluir tal inocuidad que en el caso concreto *no haya podido determinarse la cantidad de principio activo* de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, si, como allí ocurría, *supera en casi tres veces aquella dosis mínima.*»

Y en la misma línea, se recuerda que «*Esta Sala en casos semejantes al actual ya tiene declarado que la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos, se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia. En tal sentido SSTS de 30 de junio de 2005, 10 de julio de 2002, 280/2007 de 27 de marzo ó 687/2007 de 17 de julio...*»

Por eso, en el caso que se juzga, a pesar de la ignorancia de la pureza de la droga, la cantidad de droga intervenida supera en ocho veces la dosis mínima citada, bastando que tuviera una pureza en poco superior al 12,19% para alcanzar la barrera que excluye la inocuidad.

Pero es que, además, —se añade— «los hechos probados declaran que el acusado poseía dinero procedente de las ventas de droga en cantidad superior al percibido del adquirente al que se hizo la entrega que fue detectada y se le imputa.»

Pero es más, la misma sentencia justifica la imputación de dedicación del imputado al tráfico, **más allá de la concreta acción que determinó la detención**, cuando analizando la prueba testifical da cuenta de que el testigo de cargo proclama en el juicio oral que, en otras ocasiones, recibió del acusado otras entregas (*una o dos veces más*). (FJ 2.º).

En cuanto al **tráfico de drogas en establecimiento penitenciario**, la **STS 17-3-2009 (Rc 411/08)**, tras referirse a la razón agravatoria contenida en este supuesto, previsto en el **art. 369 8.º CP**, se estima que no concurren especiales razones de lesividad y peligro de difusión de este ilegal tráfico en el establecimiento penitenciario donde fue aprehendida la droga que llevaba la persona acusada.

Y ello se hace, con cita la **Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado** que nos dice: «El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas,

dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación.»

«De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad.»

Además el subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto.»

Así las cosas, concluye la resolución, como en este caso se trata de la entrega por la acusada, a un interno en un centro penitenciario, en una comunicación familiar, de tres papelines de cocaína con un peso neto de 2,185 gramos, con una riqueza de sólo el 16,7% y valoradas en 150 euros, procede mantener la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada, siendo de desestimar el único motivo formalizado por el Ministerio Fiscal» (FJ Único de Ministerio Fiscal).

Y finalmente, sobre la **determinación de la multa** imponible en estos delitos, para cuyo cálculo sólo existe la escueta previsión del **art. 377**

CP que remite al «precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener», la **STS 17-12-2008 (Rc 1456/08)**, tras reconocer que es cuestión no exenta de dificultades, ofrece las soluciones posibles al caso, entre las cuales se incluye, incluso, la cita de una página web.

En concreto, se establece: *«Es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr, Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.*

Aun así, no se trata de aceptar de forma incontrovertible que estamos en presencia de un hecho notorio y, como tal, exento de prueba. La posibilidad de impugnación de esa cuantía está fuera de dudas. El principio de contradicción, cuya naturaleza estructural le convierte en vehículo indispensable para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, ha de permitir, siempre y en todo caso, ofrecer al órgano jurisdiccional una prueba alternativa encaminada a cuestionar el valor ofrecido por el Ministerio Fiscal» (FJ 2.º).

22. Tenencia ilícita de armas

Sobre esta temática, clásica en el derecho penal, seleccionamos dos casos concretos: la calificación de la tenencia de una ballesta y las consecuencias de la falta de guía del arma.

Sobre la primera cuestión, la **STS 19-1-2009 (Rc 286/08)** descarta que **las ballestas** sean armas a los efectos del art. 563 CP, ya que en el citado artículo se castiga *«la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas»*. Pero los arts. 4 y 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no incluyen en su casuístico listado de armas prohibidas, por lo que ha de concluirse en la no inclusión de la tenencia de tales ballestas en el precepto penal transcrito.

En cuanto a **la falta de guía de pertenencia**, la **STS 3-2-2009 (Rc 1462/07)**, se indica que el legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del art. 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas.

De ese modo, no cabe incluir en la expresión «licencias o permisos necesarios», cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de «guía de pertenencia».

Por su lado, la Sala II del Tribunal Supremo constituida en Sala General, no jurisdiccional acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008 *«La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal.»*

De esta forma, se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenerse la nueva jurisprudencia, abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala n.º 878/2007, de 8 de noviembre.

Y conforme al criterio fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa. (FJ 5.º).

23. Terrorismo

Sobre delitos de terrorismo, se han dictado, igualmente, diversas resoluciones, de entre las que destaca, sin duda alguna, la recaída en el **Caso Ekin, STS 22-5-2009 (Rc 10084/08P)**, probablemente la sentencia más larga dictada nunca por el Tribunal Supremo: su extensión total es 1096 folios, de los cuales los hechos probados ocupan 268 páginas.

Entre los temas más interesantes abordados en dicha resolución, sobresalen: concepto de asociación ilícita; la asociación terrorista; diferencias entre pertenencia o integración y el delito de colaboración con banda armada.

Por su indudable interés y significación, remitimos directamente a su lectura.

Sin embargo, merecen también cita la **STS 23-9-2008 (Rc 2506/07)**, sobre enaltecimiento del terrorismo que considera incluido en el **art. 568 CP** la acción de enarbolar, ondear, flamear y desplegar al viento el símbolo compuesto por el escudo adulterado de la Real Sociedad Club de

Fútbol y el dibujo, acrónimo, símbolo y lemas de la organización terrorista ETA.

Ya que tal hecho constituye la expresión simbólica de la aceptación y exaltación de su significado y llevar a cabo tal acto ante un concurso plural de personas en un espectáculo deportivo —partido de fútbol de 1.^a división entre dos equipos en un gran estadio— comporta enaltecer, vitorear y aplaudir los valores que representa, colocando a los mismos —ejercicio de la violencia terrorista y subversión del orden constitucional— y a sus autores en actitud de loa, reconocimiento y admiración universales, resultando obvio afirmar, respecto al dolo, que de los elementos objetivos sobradamente acreditados no puede derivar otra finalidad que la exaltación del terrorismo, con todo lo que implica la actividad delictiva y las personas que la llevan a cabo. (FJ 3.º).

24. Violencia familiar

Concluimos esta Crónica, con una referencia al tema de la inevitable **violencia familiar o de género**, que no sólo no cesa sino que cada vez con mayor frecuencia, accede a la casación.

En tal sentido, aparece como particularmente representativa, la **STS 17-12-2008 (Rc 71/08)** que examina el interesante caso de si cabe aplicar los delitos previstos en los arts. 153 y 173.2 CP a una relación de convivencia, basado en la prestación de servicios de limpieza y otras tareas domésticas,

El Tribunal Supremo, resuelve la cuestión en sentido afirmativo, tras estimar el recurso el Ministerio Público, en base a los siguientes razonamientos:

«la condición de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” significa que ha de tratarse de una convivencia doméstica.

Ahora bien no cabe restringir aquella relación a las demás incluidas en los arts. 153 y 173.2 CP; por cuanto ello implicaría cercenar el carácter enumerativo con que se presenta el precepto eliminando uno de los elementos del círculo de sujetos pasivos.

De otra parte, a pesar de la coincidencia de palabras entre la frase “núcleo de su convivencia familiar» y la llamada «familia nuclear”, no

puede extenderse que el precepto se refiere a una familia estricta; por cuanto dentro del artículo y fuera de él, el Código Penal contiene referencias a miembros de una familia que no responde al modelo estricto sino a otro muy ampliado.

Y es obvio que una “prestación de servicios” puede responder a un concierto sobre reparto de roles, en modo alguno incompatible con el concepto de convivencia doméstica, incluso dentro de la familia matrimonial.»

Aplicando lo anterior, al presente caso, resulta que la víctima estaba perdiendo casi totalmente la visión y se había quedado sin la persona que, por ello, le ayudaba. Y como conociera a O., un alcohólico de albergue variable, le invitó a vivir a su hogar, desarrollando ambas personas durante meses sus vidas en aquel lugar, ocupándose O. de la limpieza y otras tareas domésticas y de guiar a García.

«No se incluye una relación de afectividad; pero tampoco se exige siempre tal condición dentro del círculo de sujetos pasivos. Y no cabe desconocer que, en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, queda claro que la norma trata de abarcar la violencia doméstica aunque no sea estrictamente familiar.

Así las cosas, la Audiencia debió trasladar el hecho desde el art. 617.2 CP, al art. 153, 1y 2, en relación con el 173.2 CP y castigarlo como delito. Y el motivo deducido por el Ministerio Fiscal ha de ser estimado» (FJ 6.º)