

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

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

2 Juicio Oral

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

II.- DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1 Cuestiones generales

- 1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Excusa absolutoria familiar y circunstancia mixta.

- 1.2. Culpabilidad. "Actio libera in causa". Dolo eventual.
2. Abuso sexual.
3. Agresión sexual.
4. Apropiación indebida.
5. Blanqueo de capitales
6. Coacciones
7. Delitos contra la Administración de Justicia
8. Delitos contra la Administración Pública
9. Delitos contra la Seguridad Vial
10. Delito electoral
11. Delitos societarios
12. Detención Ilegal
13. Estafa
14. Extorsión
15. Falsedades
16. Homicidio
17. Incendio
18. Lesiones
19. Pornografía infantil
20. Prevaricación
21. Salud pública
22. Tenencia ilícita de armas
23. Terrorismo
24. Torturas
25. Traición
26. Violencia familiar

En el año judicial 2011-2012, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, además de numerosas resoluciones que han ido configurando la doctrina jurisprudencial elaborada en el pasado curso judicial, ha celebrado diversos Plenos en los que ha adoptado decisiones de gran trascendencia¹.

A título de ejemplo, citamos la **reunión celebrada el 13 de junio de 2012** en la que se decidió, por mayoría, no admitir la querrela presentada contra el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

Cabe mencionar además, el **acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 25-04-2012**, sobre la punibilidad de la tentativa inidónea de Homicidio (inidoneidad del medio), en relación al uso de pistola sin munición.

ACUERDO: El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, la doctrina jurisprudencial que estimamos más interesante, fijada en el año judicial 2011-2012.

I.- DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Sobre aspectos relacionados con el proceso penal, recogemos, como en otros años, una síntesis de algunas de las cuestiones más relevantes que se han suscitado en el año judicial a que se refiere esta Crónica.

1.1 Principios procesales. Legalidad. Acusatorio.

En cuanto al **principio de legalidad**, la **STS 12-12-2011 (Rc 11164/2011-P)**, resolvió una pretensión bastante original, consistente en que se complementarían los tipos penales del terrorismo con las normas de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre Terrorismo (2002/475/JAI) y que se subsuma, con base en ella, la conducta de los acusados en el delito de terrorismo.

¹ 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.

La sentencia, que contiene abundantes argumentos, citas de sentencias del TJUE y normas comunitarias al respecto, concluye con que tal pretensión no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad penal, “tanto por razones formales, al imponer una norma penal a través del preámbulo de una Convención, como materiales, al crearse un supuesto típico que no aparece específicamente determinado y previsto en el C. Penal interno.”

Respecto al **principio acusatorio**, traemos aquí dos sentencias: **SSTS 28-12-2011 (Rc 623/2010) y 20-3-12 (Rc 11814/2011-P)** .

En la primera, se trató el tema de que se habría vulnerado dicho principio por no ajustarse a los hechos objeto de acusación. La respuesta al caso fue: “El Tribunal no es un amanuense que escriba al dictado de la acusación, y por tanto, con respeto a los hechos, puede efectuar la redacción del juicio de certeza fáctico al que haya llegado con su propio estilo y redacción respetando los hechos vertebradores de la acusación, y por tanto añadiendo detalles periféricos.” (F. J. 2º)

Y en la segunda, se recuerda la doctrina de que “el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en el acta de acusación. b) que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el Tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado estén contenidos en el tipo delictivo de acusación, de modo que en el calificado por el Tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.” (F. J. 1º)

1.2 Autoría y ejecución del delito: coautoría, comisión por omisión, “extraneus” y tentativa

Sobre temas de autoría, empezamos con un par de sentencias que tratan temas de **coautoría**.

Así, la **STS 29-11-2011 (Rc 10504/2011-P)**, se ocupa de lo que la doctrina llama las “**desviaciones previsibles**”, aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima de un acto depredatorio por uno de los integrantes del robo.

Sobre la base del dolo eventual, se estima la comunicabilidad a todos los partícipes del *iter* que recorra *el pactum scaelerisiva* (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que *no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.*

Del mismo modo, también referido a la coautoría, la conocida teoría del **dominio funcional del hecho**, se examinó en la **STS 17-2-2012 (Rc 11125/2011-P)**, que se explica del siguiente modo: "*cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores... la coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho", de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".» (F. J. 10º).*

En cuanto a la responsabilidad en los casos de **comisión por omisión**, la **STS 2-11-2011 (Rc 184/2011)**, revisó el caso de un sargento respecto a una imputación por torturas en la que se parte de que todos están presentes y son conscientes de las supuestas torturas que otros compañeros infligen a los detenidos y todos ellos tienen obligación de impedirlo y más el jefe del grupo.

El recurrente -se dice- sabía la infracción delictiva que se le atribuía, cometida por omisión, y pudo haberse defendido acreditando que no tuvo conocimiento de lo que otros hacían ni se lo hubiera permitido de haberlo conocido. Defensa que no hizo de modo suficiente para obtener la absolución.

Nos referimos, seguidamente, al tema de la participación del "**extraneus**", en particular en un delito de alzamiento de bienes, que se estudia en la **STS 30-11-2011 (Rc 228/2011)**.

En la sentencia se recuerda que si el «extraneus» no puede ser autor en el caso de delitos especiales, sí puede realizar, sin menoscabo

del principio de legalidad, los tipos de participación –inducción o cooperación necesaria–, que consistan en aportaciones esenciales para la conculcación del tipo penal.»

Y que, de conformidad con el art.65.3 CP debe recibir una respuesta menor que el autor de aquel tipo penal a quien se dirige el mandato de la norma. Por eso, al implicar su participación una menor antijuridicidad de la acción, al no ser el destinatario directo de tal reproche penal, el órgano de enjuiciamiento ha de pronunciarse sobre la respuesta punitiva concreta que merezca en el caso, y como no lo hizo, procedió la estimación del recurso y la imposición de una pena acorde a su participación en los hechos.

Y por último, en este apartado, abordamos el tema de la tentativa, en la siempre resbaladiza tarea de la **distinción entre tentativa acabada e inacabada**, cuestión a la que se refiere la **STS 13-10-2011 (Rc 252/2011)**.

La sentencia, tras una abundantísima muestra de jurisprudencia, refiere que ésta sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, punto de vista –se dice- que debe ser modificado a la vista de la redacción del art. 62 del Código Penal.

En efecto, “en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.”

Aplicando dicha doctrina al caso en el que aparece afirmada la inequívoca voluntad de causar la muerte del adversario, “el peligro inherente a la ejecución de dos disparos con una escopeta de caza, por su propia configuración técnica, se deriva del hecho notorio de que provoca una expansión incontrolada de los perdigones, multiplicando la capacidad lesiva del impacto y, con ello, el peligro que es propio del intento”. Sólo procede, pues, la rebaja de la pena en un grado.” (F. J. 5º)

1.3 Concursos delictivos: supuestos varios

Los siempre problemáticos supuestos de **concurso delictivos**, han encontrado en el año judicial que comentamos, diversos ejemplos que han sido resueltos con sentencias como las que a continuación citamos.

Estafa impropia y alzamiento de bienes: STS 23-3-2012 (Rc 488/2011).

En este caso, la aplicación del concurso de leyes en la concurrencia entre doble venta y alzamiento de bienes requiere como requisito que el perjudicado por la doble venta o contrato simulado y por la situación de insolvencia sea el mismo, que es precisamente lo que sucede en el presente caso. Y si fueran personas distintas, estaríamos ante un concurso ideal del art.77 CP (F. J. 9º).

Exhibicionismo seguido de abuso sexual: STS 1-2-2012 (Rc 962/2011).

En el caso no hay unidad natural de acción , en la medida en que esta construcción ha de descartarse en aquellos supuestos en los que se afecte a bienes personalísimos –y la indemnidad sexual lo es- o existan varios sujetos pasivos –el acusado hizo víctima de sus acciones a una segunda menor no identificada-. Pero puede hablarse de concurso de normas, a resolver por la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, *“el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”*, pues el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro.

Falsedad en documento privado y estafa: STS 5-3-2012 (Rc 1141/2011).

La solución este caso, es la misma que en la sentencia anteriormente citada, aplicación del art. 8.3ª CP, según el cual el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Y ello porque nos encontramos ante un documento falso que es un "documento privado", ya que el carácter finalista de este tipo falsario requiere para su comisión la intención de "perjudicar a otro", intencionalidad que por el contrario no es exigible cuando se trata de documentos públicos, oficiales o de comercio (víd. STS núm. 305/2011, de 12 de abril).» (F. J. 3º).

Por último, tenencia de explosivos y daños terroristas: STS 23-11-2011 (Rc 11227/2011 P).

En esta ocasión, la Sala entendió que los hechos no deberían ser sancionados conforme a un concurso aparente de normas, sino en atención a las reglas propias del concurso de delitos, por lo que

estaríamos en presencia de un concurso medial (art. 77.1 CP), en la medida en que el *factum* dibuja, en el caso de J Z, una conducta –el acopio de explosivos- concebida como medio y, por tanto, funcionalmente subordinada a provocar la explosión del repetidor de telefonía móvil.

1.4. Competencia: alcance de la reforma LO 5/2010, en relación a procesos en trámite

La reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio afectó a numerosos artículos –cerca de 200- y, por ello incidió en numerosos delitos, cambiando las penas o introduciendo o suprimiendo subtipos, con el consiguiente efecto en materia de competencia.

Pues bien, sobre este tema, citamos la **STS 27-9-2011 (Rc 602/2011)** que sentó la doctrina de que **abierto juicio oral se mantiene la del órgano ya designado para el enjuiciamiento**; y **STS 12-12-2011 (Rc 1423/2011)** que estudió con cierto detalle la regla “**tempus regit factum**”, en relación con la aplicación sobrevenida de nuevas reglas de enjuiciamiento, siguiendo idéntico criterio.

Esta doctrina, con apoyo en diversas normas y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el principio de irretroactividad del art.9.3 CE, se basa en la teoría de la *perpetuatio jurisdictionis*, que, al menos tras el auto de apertura del juicio oral, en el procedimiento abreviado, determina formalmente el órgano declarado competente para el enjuiciamiento. Criterio idéntico al que inspira el artículo 788.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que dispone que "Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del tribunal Jurado, éste continuará conociendo".

Se trata, además, como dice la precitada **STS 12-12-2011**, del criterio más respetuoso con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y con el principio de seguridad jurídica.

1.5 Prescripción: cómputo de plazos en relación al delito objeto de condena (Acuerdo plenario de 26/10/2010).

La **STS 26-4-2012 (Rc 1925/2011)**, estimó un recurso, apoyado por el Ministerio Fiscal, en base al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de fecha 26 de octubre de 2010, en el que se establecía que "*para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho*

plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado."

Y ello porque la sentencia fundamentó su pronunciamiento en que atendió a la calificación de la Acusación Particular, cuando "el plazo de prescripción ha de venir referido al delito -al único delito- por el que fue condenado el acusado ahora recurrente. Y siendo éste el tipificado en el art. 402 C.P., que sanciona con una pena de prisión de uno a tres años, el plazo prescriptivo lo era de tres años según el art. 131 C.P. vigente al momento de los hechos, que es más favorable que el actual, modificado por la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

El día a quo se sitúa en el que el acusado ha cometido los hechos (3 de diciembre de 2003) y el día ad quem aquél en que se dirigió el procedimiento contra el acusado: el 25 de noviembre de 2008, por lo que a esta última fecha el delito "efectivamente" cometido y por el que ha sido condenado el recurrente, ya estaba prescrito." (F. J. 2º)

1.6 Prueba. Cuestiones generales: dispensa del derecho a declarar; prueba anticipada; protección de testigos; prueba ilícita; prueba indiciaria. Clases de prueba: intervención de las comunicaciones; testifical; ADN; Entrada y Registro.

Las resoluciones en que la Sala ha tratado, de modo específico, cuestiones relacionadas con la prueba, han sido numerosísimas, como viene siendo habitual.

A efectos de una mayor claridad, dividimos este apartado en dos grupos: cuestiones generales sobre prueba y tipos o clases concretas de pruebas.

En cuanto al primer grupo, comenzamos con el tema de la **dispensa del derecho a declarar**, del que se ocupó la **STS 22-11-2011 (Rc 213/2011)**, en la que se ordena repetir el juicio, con nuevos magistrados, ante lo que se ve en el video del juicio, que la sentencia casacional califica de "situación dantesca", con las hijas del acusado, menores, llorando, éste dirigiéndose a ellas en su idioma, percepción evidente de temor en éstas y negativa final de las testigos a declarar.

Sobre la **prueba anticipada**, la **STS 16-3-2012 (Rc 11768/2011 P)**, calificándolo de “**protocolo procesal**” recuerda el contenido del art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo apartado 2, dispone que «cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes», y que «a efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730.»

Todo este protocolo procesal -dice la sentencia de nuestro Tribunal Supremo- se ha cumplido escrupulosamente en la sentencia recurrida, por lo que se ha valorado como prueba de cargo, permitiendo su valoración por los jueces «a quibus».

En cuanto a la problemática que genera la **protección de testigos**, establecida en la LO 19/1994, de 23 de octubre, la **STS 5-10-2011 (Rc 264/2011)**, tras recordar que resulta esencial el conocimiento de la identidad de los testigos de cargo, para que el acusado, coordinadamente con su Defensa, pueda argumentar las razones de que dispusiera para cuestionar la credibilidad de tales testimonios, considera que se vulnera el derecho de defensa si tal identidad no se facilitó, cuando lo solicitaron las partes, al tratarse de un derecho que recoge la citada ley.

Sobre **prueba ilícita**, tampoco han faltado resoluciones. Y así, en la **STS 28-11-2011 (Rc 404/2011)**, se declara la ilicitud de la declaración de una menor contra su madre, sin ser advertida de la dispensa que le confiere el art.416 LECrim.

Por su parte, la **STS 12-3-2012 (Rc 10625/2011 P)**, examina la siempre compleja cuestión de la **conexión de antijuricidad**, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, y la propia jurisprudencia de la Sala (SSTC 81/1998, 49/1999; 94/1999; 171/1999; 136/2000; 28/2002; 167/2002; 261/2005; y 66/2009) y (SSTS 406/2010, de 11-5; 529/2010, de 24-5; 617/2010, de 22-6; 1092/2010, de 9-12; y 91/2011, de 18-2, entre otras) .

Y concluye, a su vista, que en el caso, hubo prueba independiente, ya que *“al haber admitido el recurrente la autoría de los hechos en la*

vista del plenario, asistido de su letrado y cumplimentándose por tanto todas las garantías legales y constitucionales, se rompería, según la jurisprudencia del Tribunal de Constitucional y de esta Sala, el nexo de antijuridicidad de las pruebas derivadas de las intervenciones telefónicas en la hipótesis de que estas llegaran a declararse ilícitas. Visto lo cual, no se precisa ya profundizar en mayor medida de lo que se ha hecho en los fundamentos precedentes sobre el tema de la ilicitud dada la intrascendencia que tendría para su condena». (F. J. 75º)

También vale la pena, traer aquí la cuestión de la **prueba indiciaria**, examinada en la **STS 2-2-2012 (Rc 1021/2011)**, en la que el recurso defendió la existencia de un suicidio en vez del homicidio declarado por un tribunal del jurado.

La resolución, nos recuerda que la prueba indiciaria se basa en una hipótesis a verificar, un elemento de elección consistente en la hipótesis más aceptable que ha de escoger el Tribunal de, entre todas las hipótesis ofrecidas, y un razonamiento racional que excluya otras posibles alternativas, las cuales han de descartarse cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar.

Y esto es lo sucedido en el caso, en que a la vista de los indicios recogidos, debidamente valorados por pericial y otras pruebas, nos encontramos con una hipótesis alternativa cuya probabilidad estadística no se presenta como la probabilidad prevaleciente.

Pasando ya, al segundo grupo de cuestiones sobre prueba, en particular, a examinar sentencias sobre **clases de prueba**, la primera constatación es la proliferación en el año a que se refiere esta *Crónica*, a sentencias sobre el **derecho al secreto de las comunicaciones**, y a su prueba conexas con él: la **intervención de las comunicaciones**.

De entre ellas, aconsejando su consulta directa, por su extensión y cierta complejidad, seleccionamos éstas: **STS 12-3-2012 (Rc 10625/2011 P) sobre SITEL**; **STS 27-9-2011 (Rc 182/2010) sobre las informaciones confidenciales para intervenir un teléfono**, las cuales necesitan corroboración; **STS 22-12-2011 (Rc 93/2011)**, que establece la doctrina de que **no requiere autorización judicial la interceptación de conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público**.

Sobre la **prueba testifical**, también abundantísimamente tratada en la doctrina establecida en este año, **citamos la STS 14-10-2011 (Rc 514/2011)** sobre el reiterado asunto de la **incomunicación de los testigos**, establecida en el art.704 LECrim. Y al respecto se recuerda que su posible infracción no es condición de la validez de la declaración

ni, consecuentemente, impide su valoración, pero el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical.

En cuanto a la prueba de **ADN**, la interesante **STS 25-10-2011 (Rc 10759/2011 P)**, examina el tema de los **ficheros policiales**, a la luz de la LO 10/2007, de 8 de octubre, de base de datos policial sobre identificadores de ADN, distinguiendo los diversos supuestos que pueden darse. Y recordando la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético.

También hemos seleccionado una sentencia sobre la diligencia de **entrada y registro**, en la que se examinaron las **garantías aplicables**. Se trata de la **STS 2-12-2011 (Rc 11769/2011 P)**.

En la mentada sentencia, tras un exhaustivo estudio del art.569 LECrim, se analiza el caso de un registro sin presencia de quien ya estaba detenido, a pesar de que “si algo resulta de los datos de la causa es que, una vez incautada la droga y capturados los responsables del transporte, no existía ningún riesgo en la posposición de la diligencia, ya, meramente complementaria; y porque la distancia entre el lugar de la prisión del que ahora recurre y su vivienda podría haberse salvado con facilidad en breve tiempo”. Consecuencia de ello, es la declaración de la “ilegitimidad de la diligencia, que acarreará la de la incautación del dinero”, entregado luego al impugnante, y que siempre tendría que quedar sujeto a las responsabilidades económicas que se derivaran para él la causa, que es, concluye la sentencia, lo que, en definitiva, procede.

1.7 Derecho a los recursos. Absolución en la instancia. Revisión de los juicios de inferencia basados en pruebas personales

La STS 6-3-2012 (Rc 888/2011) afirma la imposibilidad de que en casación se produzca una condena “ex novo” -según doctrina SSTs. 998/2011, de 29 de septiembre; 1052/2011, de 5 de octubre; 1106/2011, de 20 de octubre; 1215/2011, de 15 de noviembre; ó 1223/2011, de 18 de noviembre- de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia *“cuando la condena requiera entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación”*. (F. J. 5º)

Por su parte la **STS 31-10-2011 (Rc 206/2011)**, considera improcedente rectificar supuestos errores de calificación jurídica cuando se afecte a la **culpabilidad o la inocencia**, pues revocar la absolución dictada en la primera instancia, requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso.

Y para subsanar posibles omisiones en la declaración de hechos probados que afectarían al delito posiblemente cometido –en el presente caso- habría que valorar medios de prueba de indudable naturaleza personal y tributarios de la inmediación en su práctica.

En cuanto a la posible **revisión de los juicios de inferencia de instancia**, la **STS 3-3-2012 (Rc 795/2011)**, tras recordar la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional en la materia, examina un recurso casacional en que el recurrente discrepaba de la valoración de la prueba realizada por el órgano de instancia.

En aplicación de tal doctrina, se desestimó el recuso ya que tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH, impiden un juicio revisorio, al margen de la inmediación, de los elementos subjetivos atinentes a la conducta del agente, y -particularmente en este caso-, vedan sustituir el criterio de la Audiencia basado en la duda entre la concurrencia de culpa consciente y el dolo eventual, construido a partir de la percepción de pruebas personales directas.

1.8 Ley del Tribunal del Jurado. Estructura y motivación del veredicto

Las sentencias del tribunal del jurado que acceden a casación, no son proporcionalmente demasiadas pero siempre contienen elementos de interpretación peculiares, dada la singularidad de dicho procedimiento.

Es lo sucedido, por ejemplo, con la **STS 22-12-2011 (Rc 10938/2011 P)**, que recuerda que *“la especificidad de la motivación en las sentencias del Tribunal del Jurado, integrado por Magistrado Presidente y Jurado, deriva de la diversidad de funciones que a uno y otro confirió la ley reguladora, ejercitando la libertad de configuración que le atribuyó el artículo 125 de la Constitución al legislador. Esa especificidad, junto con la trascendencia que al respecto tiene el sentido condenatorio o absolutorio de la sentencia y la naturaleza -indiciaria o directa- de los medios de prueba considerados y, aún más, si cabe, la referencia a la función que cumple la exigencia de motivación, son los elementos a los que ha de estarse para concluir si en un caso concreto se ha dado o no el debido cumplimiento a la garantía constitucional que aquí se invoca.”*

A tal efecto –continúa la resolución- se impone al Magistrado Presidente la obligación de velar por el buen desempeño de los jurados en la emisión y redacción del veredicto.

En particular, el **objeto del veredicto** incluirá aquellos hechos alegados por las partes cuya proclamación de probados tendría *base razonable*, siendo así compatibles con la presunción constitucional de inocencia. Y la **estructura** del apartado histórico del objeto del veredicto, en lo que concierne al hecho principal, varía según su afirmación sea tributaria de prueba directa o de prueba indiciaria, pero en todo caso el hecho principal (cada uno de los hechos principales) deberá reunir *todos* los datos de hecho sin los cuales no podría tenerse por aplicable el tipo penal imputado y no debiera recoger *ningún* dato cuya exclusión sea intrascendente a tales efectos.

Y en el caso de que, por declararse probados por el Jurado los hechos que lo justifican, la sentencia sea de condena, el Magistrado Presidente la redactará exponiendo *ahora* aquellos motivos, que, *antes*, fueron determinantes para que su decisión fuera la de no disolver el Jurado y someterle el objeto del veredicto.

No se trata pues de que el Magistrado justifique la decisión del Jurado declarando un hecho probado. Es la suya la que debe justificarse, porque, en cuanto que es la que decide que esa eventual condena respetaría la garantía de presunción de inocencia, es precisamente esa decisión, y solamente esa decisión, del Magistrado Presidente, en cuanto a la admisibilidad constitucional de la condena, la que es susceptible de someterse a control por vía de recurso de apelación fundado en el motivo del artículo 846 bis c) apartado e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello, la obligación del Jurado de indicar los elementos de juicio considerados ha de cumplirse porque solamente así podrá detectarse si el Jurado rechazó para formar su criterio aquellos medios probatorios que, en la valoración del Magistrado Presidente, avalaban el respeto a la garantía de presunción de inocencia. Y si los medios de prueba que diversamente asume el Jurado incurren en ilicitud. O si, excluidos los medios de prueba avalados por la valoración del Magistrado, las demás razones que el Jurado expone revelan arbitrariedad. En todos esos casos procedería la devolución del acta al Jurado. Y el no hacerlo da lugar a un específico motivo de apelación: el previsto en el artículo 846 bis c) apartado a) párrafo segundo in fine. Esa y no otra es la función que cumple la obligación de motivar el veredicto por el Jurado. (F. J. 4º)

2 Juicio Oral

La fase de juicio oral, llamada significativamente “plenario”, está considerada, sin duda, como la más importante del proceso porque en ella

tiene lugar la prueba y, como consecuencia de ella, los pronunciamientos del órgano de enjuiciamiento, sobre el objeto procesal sometido a su consideración.

Pues bien, sobre cuestiones relacionadas con esta fase, se han dictado también, diversas resoluciones, de las que entresacamos algunas de las que consideramos de mayor relevancia.

2.1 Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa

La **STS 9-2-2012 (Rc 20716/2009)**, dictada en el denominado (“Caso Garzón”), entre las diversas cuestiones novedosas que afronta, examina el respeto al derecho de defensa, en particular en momentos previos al juicio, en este caso, en las comunicaciones abogado-presos preventivo, mantenidas en un centro penitenciario.

La sentencia puede considerarse paradigmática del significado de tan trascendental derecho y su lectura directa es lo más recomendable. Sin embargo sobre esta cuestión, seleccionamos algunos párrafos para que pueda calibrarse el nivel de razonamientos expuestos en la misma:

*“El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, (Caso Azko y Akcros/Comisión) que cita otras anteriores en el mismo sentido, que **“... el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión...”**”.*

El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia, requiriendo para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con toda *“que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso. “*

“El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. No se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.”

“En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un

proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado en cuanto a la persecución y sanción de las conductas delictivas, solo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de derecho. Nadie discute seriamente en este marco que la búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia. “

2.2 Sentencia. Acumulación. Conformidad. Costas del proceso.

Sobre **acumulación de condenas**, es decir el modo de ejecutar las sentencias cuando una misma persona tiene varias sentencias condenatorias, la Sala ha dictado numerosas resoluciones –aunque la mayoría de las decisiones sobre este tema, se resuelven vía autos de inadmisión- que tratan multitud de incidencias.

A tal efecto, citamos por su interés -y con el fin de facilitar su eventual consulta- las siguientes: **SSTS 24-2-2012 (Rc 11639/2011 P)**, **19-1-2012 (Rc 11419/2011 P)**, **22-12-2011 (Rc 11234/2011 P)**, **6-10-2011 (Rc 10668/2011 P)**, **10-2-2012 (Rc 11617/2011 P)**, **15-2-2012 (Rc 11549/2011 P)** y **21-10-2011 (Rc 10827/2011 P)**.

En cuanto a **sentencias de conformidad**, hemos seleccionado las **SSTS 12-12-2011 (RC 10865/2011 P)** y **23-3-2012 (Rc 1145/2011)**.

La primera de ellas contiene un amplio estudio de la conformidad, considerando que no es “una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral”.

Y la segunda, tras reiterar la doctrina expuesta en la anterior, se refiere a que son sentencias contra las que no cabe casación, en principio, siempre que se haya respetado una doble exigencia: los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan plasmado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

Por último, sobre **costas del proceso**, la **STS 12-12-2011 (Rc 10852/2010 P)** resume los criterios en materia de imposición de las costas de la acusación particular:

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

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.

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

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS 464/2007 de 30 de mayo, 717/2007 de 17 de septiembre, 750/2008 de 12 de noviembre).

Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio) porque las impone la ley (art. 123 Cpenal), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 Cpenal). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes si se alegara que han sostenido pretensiones temerarias frente al acusado.

En el caso presente, se concluye, observado y escuchado el vídeo del juicio oral, unido al rollo de la Sala, en el trámite de conclusiones no hay referencia por las partes, a la cuestión de las costas. Consecuentemente si no consta que la acusación formulase pretensión de abono de dichas costas, no es factible su condena, como con acierto declaró la sentencia de instancia.

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

En materia de penas, sigue generando sentencias dignas de estudio, la expulsión del territorio nacional de extranjeros condenados por delitos cometidos en España.

Muestras de esta temática son: las **SSTS 25-1-2012 (Rc 11148/2011 P)**, **27-3-2012 (Rc 1182/2011)**, que sostienen la misma

doctrina, que resumimos, según dicción literal de la primera de las citadas, del siguiente modo:

“Esta clase de expulsión, acordada en el curso de la ejecución de la pena –referida ésta a cualquier pena privativa de libertad, cuya duración no se especifica y que es aplicable en consecuencia a todas ellas–, ha sido entendida en cuanto a su naturaleza más bien como una medida de seguridad por razones de política migratoria, y que permite la expulsión para el caso de que el reo haya accedido al tercer grado penitenciario, o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Dicha posibilidad se condiciona a que lo solicite el Ministerio Fiscal, pues el precepto comienza señalando “a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas”, si bien en el último inciso, cuando la ley regula su rechazo por el órgano judicial ejecutor de la pena de forma motivada, tal rechazo lo será, de nuevo, previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo que sugiere que igualmente podría haberlo solicitado el penado, ya que, en caso contrario, esta nueva audiencia del Ministerio Fiscal carece en absoluto de sentido.

Y *“En punto al momento procesal que pueda ser el procedente para utilizar esta sustitución del cumplimiento de la pena por la expulsión al transcurso de las tres cuartas partes de la condena, que es nuestro caso, claramente el precepto comentado se refiere a que los jueces o tribunales pueden acordarlo “en sentencia, o durante su ejecución”. (F. J. 2º)*

En cuanto a las **medidas de seguridad**, la **STS 1-2-2012 (Rc 11024/2011 P)**, aborda el siempre complicado asunto de la **duración del internamiento en centro psiquiátrico**, indicando que hay que prescindir de la culpabilidad, y tener en cuenta, fundamentalmente, la peligrosidad de quien resulta absuelto a pesar de haber cometido un delito.

Y se concreta así: *«... respecto al límite temporal de la medida de internamiento... en España antes del CP 1995, (y) ahora bajo la vigencia de este último Código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente cuando consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho Código en su art. 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el art. 6.2 del mismo CP 95 y conforme lo interpreta la Circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero. Esta referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido", como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en*

cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23).”

Y además, “... habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica”. (F.J.3º)

La **STS 6-3-2012 (Rc 1511/2011)**, se refiere al **fundamento** en la imposición de estas medidas, que se sintetiza en que el legislador penal parte de una idea: las medidas de seguridad «*se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*» (art. 6.1 del Código penal).

Esa peligrosidad demostrada por la misma, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el *futuro*, origina una prognosis que se funda: a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.^a del Código penal cuando condiciona al Tribunal para aplicar una medida de seguridad, a «... que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». b) Necesidad en el caso enjuiciado para la imposición de tales medidas: el juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (art. 95, CP) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, «si fuere necesario».

Y en cuanto a los **finés y función de la medida a adoptar**, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico...y se protege también a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, “evitando la reiteración de tales actos en el futuro”. (F. J. 3º)

2.4 Responsabilidad civil. Supuestos varios.

En relación a la responsabilidad e civil “ex delicto”, pronunciamiento habitual en la casi totalidad de las sentencias penales, la tarea de seleccionar sólo algunas de ellas especialmente relevantes u originales es como se comprenderá, tarea difícil.

Sin embargo, nos atrevemos a dar cuenta de las cuatro siguientes:

STS 8-11-2011 (Rc 2139/2010) que aborda el tema de la **responsabilidad de las compañías aseguradoras en el caso de lesiones dolosas causadas con un vehículo como instrumento criminal**, recordando la normativa existente y los Plenos de la Sala al respecto, en el último de los cuales, de 24-4-2007, acordó:

"No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor".

STS 12-12-2011 (Rc 10852/2010 P), que trata de la **responsabilidad del Estado, derivada de la producción de lesiones a un funcionario en el interior de centro penitenciario.**

La sentencia considera que el Estado debe responder porque en el caso examinado "se dio un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte de alguien -no importa quién ni de qué nivel- que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos de esta causa, en concreto perjuicio del funcionario recurrente. Así, el motivo tiene que estimarse, con la consecuente declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado". (F. J. 2º)

La **STS 6-10-2011 (Rc 765/2011)**, trata la **responsabilidad subsidiaria de una entidad eclesiástica**, imponiéndola, en virtud del art.120.4 CP, dada la dependencia del autor del delito con dicha entidad (una parroquia), un cocinero que actuó fuera de su condición de cocinero de las colonias, pero que fue, justamente, tal calidad la que le permitió moverse, fuera de control, en el ámbito de los menores y acceder a sus habitaciones de la forma que consta, sin que su principal lo hubiera evitado.

Por último, la **STS 23-3-2012 (Rc 488/2011)**, señala la **responsabilidad civil en un caso de alzamiento de bienes**, descartando se trate del montante de la obligación que el deudor quería eludir, dado que la misma no nace del delito, siendo, por el contrario lo procedente la *"la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad del negocio jurídico otorgado, reponiendo los inmuebles objeto de la fraudulenta disposición a la situación jurídica preexistente y reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo."* (F. J. 11º)

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Sobre los delitos examinados por la Sala, al resolver los distintos recursos de casación planteados, ofrecemos una apretada síntesis de los problemas tratados en las sentencias que los han resuelto.

1 Cuestiones generales

1.1 *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Excusa absolutoria familiar y circunstancia mixta.*

Sobre circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, determinando una agravación, atenuación o exención de la pena, seleccionamos algunas de las resoluciones que nos han parecido de mayor interés.

Y así, entre las **agravantes**, la **STS 22-2-2012 (Rc 11313/2011 P)**, al examinar la **circunstancia de alevosía**, revoca en este punto la sentencia de instancia por no haber aplicado la doctrina reiterada de la Sala que tiene establecido que **una defensa pasiva no la elimina**.

En efecto, la defensa de la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso se concretó en agarrar la pistola por el cañón, momento en el que disparó el portador del arma, no impide la aplicación de la alevosía “porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de Abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de Noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de “heridas de defensa” en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para el agresor”.

Y si ya de por sí, a utilización de un arma de fuego por el agresor frente a la víctima inerte, ordinariamente debe calificarse como ataque alevoso. SSTS 815/2006 de 15 de Junio; 848/2007 de 31 de Octubre y 892/2007 de 29 de Octubre, en el caso examinado “se utiliza un arma de fuego y la defensa de la víctima fue meramente pasiva e ineficaz, tendente a evitar el disparo sobre su cuerpo, sin que ello supusiese ni mínimamente un riesgo para la acción del agresor”. Concurrió pues alevosía, y se resuelve que se produjo un asesinato y no un mero homicidio.

Sobre **atenuantes**, la **STS 29-12-2011 (Rc 943/2011)**, se pronunció sobre la circunstancia de **ludopatía**, que desde el punto de

vista psiquiátrico, se le ha venido considerando como un trastorno de la personalidad, y últimamente, como un trastorno mental.

La sentencia expone la doctrina existente al respecto, y entrando en el caso enjuiciado, en el que los hechos que se valoran arrancan desde el año 1999 (“por lo menos”, expresan los jueces «a quibus»), y solamente en los últimos cuatro o cinco años es donde se aprecia una “dependencia emocional del juego”, decide que es correcta la aplicación de la ludopatía como atenuante simple, ya que “de los elementos que la Audiencia baraja no aparece en modo alguno que haya desaparecido la conciencia de la antijuridicidad de su conducta, sino todo lo contrario, es consciente de la trasgresión de la norma” por lo que “una drástica disminución de la pena como consecuencia de su afición –si se quiere, afectación patológica– al juego, no es tolerable desde el punto de vista de las circunstancias de todo orden concurrentes en el caso”. (F. J. 2º)

Respecto a **eximentes**, en la **STS 17-2-2012 (Rc 11125/2011 P)**, se trató sobre el **trastorno límite de la personalidad**, recordando la doctrina de la Sala que “si bien admite que los trastornos de la personalidad o psicopatías pueden ser considerados dentro del ámbito del artículo 20.1ª, recuerda en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, *“en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido”* (STS nº 696/2004, de 27 de mayo; nº 1363/2003, de 22 octubre; núm. 2167/2002, de 23 diciembre y la de 10 de junio de 2009 resolviendo recurso 11597/2008).

Y como en el caso, según la pericial de instancia, los trastornos que presenta el recurrente afectaban a *cierta dificultad de contención de impulsos, pero no incidieron el día de los hechos en modo alguno en sus capacidades intelectivas y volitivas, no se considera de aplicación.*

En cuanto a la **circunstancia mixta de parentesco prevista en el art.23 CP**, en relación con el homicidio en una **pareja homosexual**, la **STS 6-3-2012 (Rc 11799/2011 P)**, recuerda la doctrina existente sobre el art.23 CP, indicando que “está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 Cpenal incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del Ccivil que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual”.

Y dado que a la vista de los hechos no hay duda de que se está ante “una relación sentimental de carácter estable”, no sería admisible

excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual.

Por ello, se aplica con carácter de agravante, en el homicidio juzgado por el jurado, que omitió tal apreciación.

Y por último, sobre la **excusa absolutoria**, la **STS 25-1-2012 (Rc 928/2011)**, la considera **inaplicable en un delito de falsedad documental y estafa**.

Y ello por dos razones: a) en relación al delito continuado de falsedad de documento mercantil, porque este ilícito penal queda extramuros de aquélla, como tiene dicho repetidamente la Sala, entre otras, en SS.T.S. de 30 de junio de 1.981, 25 de febrero de 2.005 y 24 de abril de 2.007; y b) en cuanto al delito continuado de estafa, porque el art. 268 C.P. extiende sus efectos únicamente al autor de la defraudación cuando la víctima sea su cónyuge en los casos no exceptuados en el precepto, ascendientes o descendientes y hermanos por naturaleza o adopción y los afines en primer grado siempre que vivan juntos». (F. J. 2º)

1.2 Culpabilidad. Dolo eventual.

Las lesiones, campo fértil para el estudio de las cuestiones de culpabilidad, ofrecen buenas posibilidades para distinguir manifestaciones diversas de aquélla.

Así, en la **STS 10-10-2011 (Rc 11002/2011 P)**, recuerda la doctrina existente sobre **el dolo eventual**, *“por otra parte del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable (STS de 8 de Agosto de 1998, por ej.) puesto que ambos suponen igual menosprecio del autor por el bien jurídico tutelado (entre otras las SsTS de 15 de Mayo de 1999 o 22 de Mayo de 2008), cuando, conjugando las doctrinas clásicas de la “probabilidad” y del “consentimiento”, el autor de la acción ilícita ejecuta voluntariamente ésta con plena previsibilidad de la causación del resultado y aceptando la eventualidad del acaecimiento de éste como consecuencia de aquella (vgr. STS de 26 de Octubre de 2009).*

La propia generación, voluntaria y consciente, del riesgo de la producción de la lesión del bien jurídico justifica, para la doctrina de esta Sala insistentemente proclamada en coherencia con la dogmática más actual, la justicia del reproche por lo finalmente acontecido.” (F.J.1º)

Dolo eventual que sirve, igualmente, para determinar la **frontera entre el actuar doloso y el imprudente**, ya que, en éste último, aunque

se exija la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, a partir del riesgo ocasionado, no puede afirmarse ni la alta probabilidad de su producción ni la representación consciente del agente ni, por ende, la aceptación, o incluso desprecio, por la eventual causación de semejante consecuencia.

Y en la **STS 23-12-2011 (Rc 127/2011)**, se aborda la distinción entre **dolo eventual** y **la imprudencia consciente**, recordando la doctrina expuesta en las sentencias de la Sala **890/2010, de 8 de octubre** y **1187/2011, de 2 de noviembre**, en las que se afirma lo siguiente:

*“Sobre el tema del **dolo** se argumenta en las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, que “**el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado**”.*

*“Pero ello no excluye un **concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado**” (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).*

*“...se estima que obra con dolo quien, **conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando** la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca”.*

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del “aceite de colza” o “del síndrome tóxico”) ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al

estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, “ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta”.

“Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de ‘asentimiento’, ‘asunción’, ‘conformidad’ y ‘aceptación’, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo”.

2. Abuso sexual

En cuanto a los delitos sexuales, comenzamos con el de abuso sexual **imputado a un funcionario público (arts. 443 y 444 CP)**, cuestión tratada en la **STS 6-10-2011 Rc 432/2011**.

En la misma, se dice que “lo cierto es que los hechos que se declaran probados no constituyen delito alguno de abuso sexual, atribuido a José María L.... En efecto, no se evidencia en ellos el ejercicio de una superioridad de la que se haya prevalido el sujeto activo, para yacer con la ofendida. La voluntad de ésta siempre fue libre y pudo acceder o no acceder a la solicitud.

Y aunque por solicitar los favores sexuales el funcionario ya cometió el delito del art. 443.2 C.P., para castigar conjuntamente por el

delito contra la libertad sexual es preciso que éste exista (art. 444 C.P.), lo que no aparece en el caso.

Que la denunciante accediera a las apetencias sexuales del acusado por una promesa incumplida, tal circunstancia no convierte la relación sexual en delictiva. El engaño operaría en menores de 16 años, como preceptúa el art. 183 C.P. al regular el estupro, pero no en mayores de edad como en el caso examinado.

3. Agresión sexual

Sobre el delito, de mayor gravedad, de agresión sexual, se han dictado numerosas resoluciones, de las que seleccionamos las que seguidamente se exponen.

STS 4-10-2011 Rc 10433/2011 P sobre la **doctrina de la unidad natural de la acción** en esta clase de delitos.

La doctrina de la unidad natural de acción, dice la sentencia, podría entenderse como "la concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción". Siendo los dos aspectos esenciales a considerar: la estructura de la conducta delictiva y el dolo del autor del hecho.

Y así, se dice, desde el primer punto de vista la doctrina científica ha venido considerando a los delitos de agresión sexual como delitos integrados "por varios actos", concepto próximo al de los "tipos mixtos alternativos", en los que resulta indiferente la utilización de una o más modalidades comisivas para la consecución del resultado.

Y desde el punto de vista del dolo del autor, sería suficiente la conciencia y voluntad de penetrar a la víctima por la vía expresada en el Código contra su voluntad.

Del mismo modo, se destaca que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

De todo lo cual, se concluye, que nos hallamos ante un solo delito en los supuestos que analizamos.

STS 29-12-2011 Rc 11247/2011/ P sobre la **agravación del carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas.**

En el caso, tras exponerse la doctrina al respecto, resumida en que concurrirá cuando “se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994)”, se examina el caso del recurso resuelto.

Y se determina que no concurre en la “acción consistente en agarrar por los brazos y sujetar a la víctima o en amenazarla con emplear la violencia física o con causar perjuicios a la familia, aunque sean suficientes para afirmar la existencia de actos de agresión sexual”.

Por último, en la **STS 4-10-2011 Rc 10433/2011 P**, se examina el **subtipo agravado po uso de arma.**

Y se parte de que “la simple exhibición del arma no sería suficiente para cualificar la acción, si sólo se persiguen y consiguen efectos intimidatorios, pues es lo cierto que mediando para la configuración del tipo de violación la "intimidación", ésta puede producirse y el agente servirse de un instrumento peligroso para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, venciendo su posible resistencia. Se trata por tanto con la interpretación restrictiva de limitar el "uso del arma o instrumento peligroso" para producir intimidación, o por el contrario se hace un uso del arma que comporta un riesgo para la vida o la integridad corporal del ofendido por el delito.”

Pero en el caso, “el sujeto aplicó el arma a puntos vitales del cuerpo de los ofendidos por el delito, en especial el cuello, donde pinchaba insistentemente con la punta del cuchillo, aun sin producir lesión, pero es indudable que cualquier movimiento de la víctima no controlado o cualquier reacción de los amedrentados era susceptible de originar como inmediata consecuencia una grave lesión, con virtualidad letal.”

De ello deriva que el mentado subtipo haya sido adecuadamente aplicado.

4. Apropiación indebida

Sobre el delito previsto y penado en el **art.252 CP**, se han dictado diversas sentencias en el año judicial cuya *Crónica* realizamos. Y de las cuales, seleccionamos las siguientes:

STS 2-4-2012 Rc 1406/2011 que condena como tal, la conducta de quien “recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de un título que le obligaba a conservar y devolver los bienes recibidos, reconociendo expresa y documentalmente la titularidad real del perjudicado, y se apropió del activo patrimonial de la sociedad, disponiendo de él como propio, sin conocimiento ni autorización de su propietario, vendiendo la finca a un tercero y haciendo suyo el dinero recibido.”

STS 29-3-2012 Rc 907/2011 que recuerda que en el artículo 252 del Código Penal se contemplan dos conductas diferentes: la apropiación de cosas no fungibles, mencionando expresamente efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial; y la distracción de dinero o cosas fungibles. Siendo elemento común necesario que la recepción de lo luego apropiado o distraído se haya producido legítimamente en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregar o devolver lo recibido. O bien que quien los recibió lo niegue.

De forma que se incurre en el delito por **no dar al bien del que se dispone el destino pactado**, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto”.

STS 28-3-2012 Rc 959/2011 que se refiere al llamado “**punto sin retorno**”. Con tal expresión, se habla de que el delito se consuma cuando se impide de forma definitiva la posibilidad de entregar o devolver el dinero, llegando la conducta ilícita a un **punto sin retorno**, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales.

Ese es el caso de los hechos objeto de la sentencia en que “el acusado finalmente entregó el solar de la calle... sobre el que se iban a edificar las viviendas, como dación en pago al Banco...”. Es claro que con esta precisión la sentencia impugnada está señalando el **punto sin retorno** de la apropiación, pues desde ese momento no existía posibilidad alguna de que el perjudicado pudiese recibir algún día, con más o menos demora, las viviendas adquiridas con anterioridad a otra

entidad y sin que el dinero desviado, al que no se le ha dado y ya no se le puede dar el destino pactado, le fuese devuelto”.

STS 22-11-2011 Rc 151/2011 que se ocupa de la **liquidación de cuentas en un caso de relaciones jurídicas de cierta complejidad**.

Y en tal sentido, se recuerda que “la jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusiónismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252.

En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos –concluye la sentencia- , es que resulta imprescindible la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.

5. Asociación ilícita

En relación con una asociación concreta, la **STS 28-12-2011 Rc 623/2010**, aborda el estudio del **art.515 nº 5 CP** que considera asociación ilícita a “... *las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos, asociaciones, por razón de su ideología, religión, creencias...*”.

A tal efecto, se parte del factum e el que se recoge las siguientes afirmaciones:

a) Que todos los recurrentes forman parte “... *de una asociación denominada HSE la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad y por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, que sienten propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos...*”.

b) Se dice quienes ocupan puestos relevantes en dicha asociación, y que todos los condenados recurrentes son miembros de pleno derecho

a excepción de José Manuel Q y Fabián P que son "*miembros en perspectiva*", pero todos tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

c) Que propagan la supremacía de la raza blanca impulsando el odio y la violencia utilizando como medios de difusión los conciertos de música, citando al grupo O... del que dos recurrentes forman parte.

d) Se citan las revistas El M... y E... a través de las cuales se expanden sus ideas racistas aunque tales revistas tengan una apariencia de publicaciones de contenido musical.

e) Para la venta y difusión de las publicaciones y discos HSE utiliza dos apartados de correos cuyos titulares que se citan también son recurrentes.

Del análisis de tales datos, el control casacional concluye que "se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011 de 10 de Mayo denominada "*Skin Heads Blood and Honour España*" que promueve el odio o la violencia, o inciten a ello".

Es tan patente el "*discurso del odio*" que predica HSE que incluso el término "*odio*" aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes en una foto, se dice, finalmente, para confirmar la sentencia recurrida y la corrección de la calificación jurídica contenida en la misma.

6. Atentado

Sobre la tutela del principio de autoridad, ahora ampliado al correcto funcionamiento de las funciones públicas mediante el delito de atentado, la **STS 2-1-2011 Rc 972/2011** realiza un profundo y amplísimo estudio, en el que tras delimitar los **posible sujetos pasivos** del delito, se centra en el sector sanitario, para configurar, en dicha actividad,

Y así, se parte de recordar que "el sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos. Entendiendo por éste, conforme al art.24 CP y la jurisprudencia que lo ha interpretado, todo aquél que, participa en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo.

Se trata, de ese modo, sobre todo, de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, sancionándose como atentado las acciones de los particulares dirigidas

contra quienes desempeñan tales funciones, al atacar su normal desenvolvimiento y perjudicar la consecución de sus fines característicos.

A continuación se citan numerosos ejemplos, tratados por la jurisprudencia, que han sido considerados tales: el Presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública; un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados”; un médico de la Seguridad Social, (STS nº 2361/2001, de 4 de diciembre); los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería; un Catedrático de Universidad agredido por un alumno al que había suspendido; un Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública”; o incluso, el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

En cuanto al ámbito sanitario, en particular, se señala su directa conexión con servicios y funciones esenciales para la comunidad, al tiempo que se destaca la intervención de los poderes públicos en orden a la satisfacción de los intereses públicos relacionados con la salud.

Y ya entrando en el caso, se parte de que es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública, excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado.

Sin embargo, se dice, tal distinción no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en que consiste la prestación

asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica.

Y por otro lado, los hechos nos hablan de que cuando llegó al lugar una dotación sanitaria de urgencias para atender a Josefa, y la acusada, tras permanecer al principio en calma, se interpuso entre los enfermeros y la herida, impidiéndoles que la atendieran debidamente, llegando a atacar a una de ellos, María Consuelo... a la que arrancó un mechón de pelo, empujando al otro, José Victor... cuando trató de separarle.

Por lo tanto la conclusión ineludible es que la acusada conoce que la actividad prestada por la dotación sanitaria de urgencias no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.

Y respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de denigrar o desconocer el bien jurídico protegido, el normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos, como ya hemos señalado en motivo precedente "va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido", entendiéndose que quien acomete o agrede conociendo la condición del sujeto pasivo "acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por **dolo directo de segundo grado**, matizaciones que "la presencia de un animus o dolo específico puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con acción la ofensa o menoscabo de la función pública, o merced al **dolo de segundo grado** , también llamado **de consecuencias necesarias**, cuando, aún persiguiendo aquél otras finalidades le consta la condición de funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio queda vulnerado por causa de su proceder (STS 231/2001 de 15-2)". (F. J. 6º)

7. Blanqueo de capitales

En cuanto al delito del art.305 CP, una de las cuestiones tradicionales es el control de las condenas basadas en **prueba indiciaria**.

Al efecto, la **STS 29-11-2011 (Rc 2467/2010)**, examina el tema, recordando que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; que en los delitos como el de *blanqueo*, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias y que desde la perspectiva probatoria, la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes

clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de "lavado" del dinero procedente de aquella, por lo que la prueba indirecta será la más usual.

Pues bien dicho lo anterior, la sentencia aborda **el modo en que debe analizarse la prueba indiciaria en esta modalidad delictiva** y los parámetros e indicios que deben ser considerados, trayendo al respecto, cita de jurisprudencia consolidada, indicando que los indicios más determinantes han de consistir:

a) En primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

b) En segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

c) En tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas".

Datos que en el presente caso se constataron por lo que procede declarara correcta la condena de blanqueo , ene este caso concretada en transferir el dinero procedente del tráfico de drogas .

8. Cohecho

La **STS 14-3-2012 (Rc 1087/2011)** puede considerares una sentencia general sobre el cohecho, en cuanto estudia con cierta profundidad, los **elementos constitutivos** del mismo.

Así, se dice, el **bien jurídico** protegido es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función, quebrantados al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

El **cohecho pasivo** es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta la dádiva, presente ofrecimiento o promesa.

En cuanto al **concepto de funcionario público**, propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, con la consecuencia de que dicho concepto es más amplio en el orden penal, abarca e incluye a todo aquél que "...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de

funciones públicas...”, art. 24.2º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de “carrera” como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, (SSTS 1292/2000, de 10-7; 4.12.2002, 1344/2004, de 23.12).

Sobre el concepto de **función pública**, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

En relación al **ejercicio del cargo**, no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho antes petición pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de ese acto en el ejercicio de su cargo. (S. 504/2003, de 2-4).

Por su parte, la **STS 28-2-2012 (Rc 1624/2010)**, se refiere a la concreta cuestión de la **consumación** de este delito, recordando que “el delito de cohecho no precisa de la ejecución del acto que se pretende que el funcionario corrupto lleve a cabo. Si efectivamente lo ejecuta, se tratará de hechos distintos que pueden ser sancionados separadamente, como expresamente prevé el artículo 419, tanto en la redacción vigente al tiempo de los hechos como en la vigente en la actualidad.”

9. Delito fiscal

Uno de los delitos socioeconómicos más importante, es el delito fiscal o de defraudación tributaria contra la Hacienda Pública.

Frente a lo que sucedía en otro tiempo, cada vez llegan más casos a la Sala, por lo que vamos disponiendo de doctrina sobre diversas cuestiones concretas relativos a esta conducta.

Al respecto, damos cuenta de la **STS 19-1-2012 (Rc 568/2011)** en la que se examina los **criterios de imputación en los ingresos a plazos**.

Y de conformidad con el artículo 88.2 del Real Decreto 2631/1982, “en el caso de operaciones a plazos con precio aplazado, tanto los

rendimientos como los incrementos o disminuciones de patrimonio se entenderán obtenidos proporcionalmente a medida que se efectúen los cobros correspondientes, salvo que la sociedad decida imputarlos al momento del nacimiento del derecho”

Es decir, la regla general es que se entienden obtenidos a medida que se efectúen los cobros, salvo que se hubiese hecho uso de la excepción que recoge esa misma norma.

Por su parte la **STS 19-1-2012 (Rc 568/2011)** trata del **subtipo agravado de especial gravedad de la defraudación**, partiendo de que “estamos ante el supuesto de especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado. “

Y para su concreción, se descarta el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, y difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger.

Y se opta por una consideración jurisprudencial sobre el dato de que desde el año 1990, la Sala han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.

Pues bien, se concluye “la agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito. “

Finalmente la **STS 19-1-2012 (Rc 568/2011)**, examina **el elemento subjetivo de este delito**, que equipara al ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

10. Delitos contra el Medio Ambiente

Una vez más la Sala ha resuelto un caso de los denominados de **contaminación acústica**, recordando la importancia del bien jurídico protegido en estos delitos, su tutela constitucional en el art.45 CE y el hecho diferenciador entre la mera transgresión a las disposiciones administrativas y la comisión de un delito.

En efecto, la **STS 2-3-2012 (Rc 823/2011)**, reitera que es la gravedad del riesgo producido, donde radica la clave del art.325 CP, al exigir que las conductas tipificadas "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Y "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

Dicha sentencia, de gran valor jurídico por la jurisprudencia y doctrina del TEDH y TC que contiene, recuerda que la sanción penal debe reservarse, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa.

Al respecto, se citan las SSTEDH (caso López Ostra), de 9 de diciembre de 1994, en la que conoció de una demanda contra el Estado español por molestias causadas por una estación depuradora de aguas y residuos sólidos próxima a la vivienda de la demandante, reconoce que los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por dicha estación depuradora vulneraban su derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8 del Tratado de Roma, de 4 de noviembre de 1950, declarando su derecho a ser reembolsada de los perjuicios morales y materiales sufridos. Y, en la misma línea, el (caso Moreno Gomez), de 16 de abril de 2004 en la que se declara que no es necesario exigir, como hicieron las autoridades judiciales españolas, que una persona que vive en una zona acústicamente saturada tenga que probar un hecho del que la autoridad municipal eran oficialmente consciente, y teniendo en cuenta la intensidad de los ruidos, nocturnos y superiores a los límites autorizados y el hecho de que se produjeran a lo largo de varios años, el Tribunal entiende que ha habido violación de los derechos al respeto a su domicilio y a su vida privada, vulnerándose el artículo 8º del Convenio.

Y por lo que hace en concreto, a las **contaminaciones acústicas**, se subraya las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido. Duración e intensidad del ruido, so parámetros, pues, claves.

En el caso, se dice los hechos que se declaran probados evidencian la trasgresión de disposiciones generales administrativas

protectoras del medio ambiente, en este caso por infracción, por superar los mínimos de ruido establecidos, de la Ordenanza Medioambiental del Concello de B... la, con infracción asimismo de la Ley que protege contra la contaminación acústica en Galicia y la Ley del Ruido. Y además, se ha acreditado ese “plus” de grave perjuicio para los derechos a los que antes se ha hecho referencia tal como se han recogido en los hechos que se declaran probados». (F. J. 6º)

11. Delitos contra la Administración de Justicia

Nos ocupamos ahora, de dos delitos contra la Administración de Justicia, aunque bien diferentes. En el primer caso, de un delito de **amenazas a testigos (art.464.1 CP)**, y en el otro, de la **omisión del deber de promover la persecución de delitos (art. 408 CP)**.

Respecto al primero, **la STS 2-11-2011 (Rc 192/2011)**, recuerda que el delito del art. 464.1 del Código Penal vigente, el delito se consuma por la realización de conductas funcionalmente adoptadas con la específica finalidad de que otra persona modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal,... siempre naturalmente que la persona, cuya libertad se violenta, sea una de las incluidas en dicho precepto -imputado, abogado, testigo-.

En consecuencia, las expresiones que se reseñan en la fundamentación, relativas al acusado indicando al testigo que tenía que declarar en el juicio "que tuviera cuidado, que estaba al tanto de todo, que sabía lo que estaba pasando y que no le llamaba para hablar sino para avisarle que sabía lo que estaba pasando", son expresivas de una amenaza dirigida a lograr una determinada actuación procesal en su interés". (F. J. 1º)

Y en cuanto al delito del art.408 CP, **la STS 15-3-2012 (Rc 1315/2011)**, se recuerda la doctrina de que se trata de un delito de omisión pura, consistente en el quebrantamiento de un deber, para cuya comisión “basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos (STS 330/2006, 10 de marzo), pudiendo limitarse la omisión a no tramitar el correspondiente atestado (SSTS 846/1998, 17 de junio y 1408/1994, 9 de julio).”

12. Delitos contra la Seguridad Vial

Estos delitos, de infrecuente acceso a la casación, por la escasa gravedad de sus penas, encuentra en algún caso, de resultados más fuertes, ocasión para los pronunciamientos de la Sala.

Así sucedió en la **STS 27-12-2011 (Rc 754/2011)** en la que se examinó la cuestión de la existencia de conducta dolosa o inconsciente en un caso en que la conducción del acusado, alcanzando a un vehículo que le precedía primero y colisionando frontalmente con otro, después, al circular por una autopista en sentido contrario, originó un muerto y graves lesiones a otros usuarios de la vía.

La sentencia casacional, determinó que “el acusado asumió la alta posibilidad de que la conducción en sentido contrario, además de un grave riesgo para los usuarios de los vehículos que lo hacían correctamente, pudiera concretarse en un resultado lesivo para la vida e integridad física de los demás usuarios de la vía, como así sucedió, por lo que tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de homicidio y graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran. **El dolo eventual fluye sin dificultad** de los hechos descritos, rechazando el Tribunal de instancia, con razonables argumentos, que el ahora recurrente condujera bajo los efectos de una crisis epiléptica que determinara una conducción automática.”

Y es que aunque se trataba de una persona diagnosticada de epilepsia, no se acreditó que cuando ocurrieron los hechos, condujera de forma automática y privado totalmente de conciencia y voluntad.

13. Delitos contra los derechos de los extranjeros

La problemática de los delitos contra los derechos de los extranjeros, en un país como el nuestro que ha conocido una inmigración masiva en los últimos años, sigue generando resoluciones de interés.

Así, en la **STS 9-3-2012 (Rc 1225/2011)**, se examinó el caso “constituido por la extensión y firma de una oferta de trabajo y su presentación en la Subdelegación del Gobierno pidiendo autorización de residencia, cuando los extranjeros destinatarios de tal oferta **ya residían en España**, siendo dicha estancia no legalmente autorizada.”

En la misma, se indica que “si no resulta aceptable con valores constitucionales de un Estado de Derecho social y Democrático diluir las fronteras entre la sanción administrativa y la penal, menos aceptable resultará interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen la sanción administrativa”.

Y como de lo que se trata en el presente delito es de respetar los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su

integridad mora, procede declarar atípicos los hechos probados, en cuanto de ellos no deriva la constatación de perjuicio alguno de los ciudadanos extranjeros en cuanto a sus derechos y obligaciones.

Y en la **STS 14-12-2011 (Rc 925/2011)**, tampoco se considera delictivo el hecho de que durante el tiempo que duraban los trámites administrativos, el acusado tuviera trabajando, en sus restaurantes, a extranjeros sin permiso de trabajo y residencia, lo que, por regla general constituiría una infracción muy grave del art. 54.1 de LO 4/2000, sancionada con multa de 6001 a 60.000 euros.

Por ello, nos encontramos ante una situación irregular pues los extranjeros habían entrado como turistas por un plazo de tres meses y en tal situación comenzaban a trabajar en los restaurantes del acusado, sin que la legalización estuviese acordada, sino solo en trámite, pero que no debe subsumirse, sin más, en el tipo delictivo del art. 318 bis CP.

La clave de la resolución, de modo similar a la anterior, radica en que el art. 318 bis 1 *"castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (STS 1465/2005, de 22-11, y 1304/2005, de 19-10)"*.

Plus de antijuricidad que no se constata en la actuación del acusado que pagaba el avión a los trabajadores que contrataba y alojaba gratuitamente los tres primeros meses, sin que la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la Seguridad Social, supongan un perjuicio, supresión o limitación de sus derechos laborales, que ello atentara contra su dignidad humana.

14. Detención ilegal

El denominado "**Caso Alakrana**", secuestro de un barco atunero español con 36 tripulantes a bordo durante 47 días en aguas de la costa de Somalia, originó la **STS 12-12-2011 (Rc 11164/2011 P)**, en la cual se examinaron los delitos de detención ilegal y contra la integridad moral.

El tema suscitó gran interés mediático y originó una controversia jurídica nada sencilla, que se refería, entre otras cuestiones, a cómo imputar el subtipo agravado de detención ilegal por transcurso de un tiempo excesivo (art.163.3 CP), a quienes ya estaban detenidos cuando el secuestro rebasó los 15 días señalados en el mencionado artículo para considera dicha agravación.

La sentencia resolvió que “una vez acreditada la planificación del secuestro y su alargamiento en el tiempo hasta que se consiguiera el correspondiente rescate, no puede cuestionarse la participación de los dos acusados como cooperadores necesarios en la agravación punitiva del secuestro debido a su extensión durante 47 días, toda vez que figuraba necesariamente dentro del plan delictivo que la detención de los tripulantes del barco pesquero se dilatara en el tiempo hasta conseguir el rescate. Por lo cual, concurre en los dos acusados el doble dolo del cooperador necesario sobre el subtipo agravado de secuestro aunque los recurrentes no intervinieran en el secuestro a partir del tercer día en que ya fueron detenidos”.

15. Estafa

Un año más, el delito de estafa sigue acaparando uno de los mayores números de pronunciamientos de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo.

Y entre las diversas resoluciones dictadas, consideramos resaltables las siguientes:

STS 15-3-2012 (Rc 1042/2011) que trata del tema de la **autotutela de la víctima, en relación con la denominada doctrina de la “victimodogmática”** que desplaza la responsabilidad sobre el perjudicado en supuestos de negligencia o descuido de ésta.

En la sentencia, se resuelve que “dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto”.

STS 5-3-2012 (Rc 1141/2011) se estima correcta la calificación de **delito continuado de estafa**, el caso de hasta 10 conductas sucesivas desplegadas en apenas cuatro meses, con idéntica mecánica comisiva - aunque cada una de ella , individualmente considerada, constituyera una falta en vez de un delito-, y ello “al haber mediado un engaño precedente que condujo al error de los sujetos pasivos afectados” y “a la vista de la reiteración de idéntica conducta en tan corto intervalo de tiempo y bajo similares circunstancias, lo que permite acudir a la suma del conjunto defraudado para su valoración jurídica como delito, dentro del tipo básico de la estafa del art. 248.1 CP, al superarse ampliamente con dicha suma la cifra de 400 euros, límite entre el delito y la falta ex arts. 249 y 623.4 CP”.

En la misma resolución, se trata la modalidad agravada de **cosas de primera necesidad**, aplicada a la no entrega de permisos de residencia o trabajo, afirmándose su inaplicabilidad dado que, como ya se señalara en la STS 981/2001, “la categoría «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquéllas «de las que no se puede prescindir», según el Diccionario de la Real Academia, lo que esta Sala viene vinculando a productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas, lo que no acontece en el caso ante el que nos encontramos, por las razones señaladas. Tampoco cabe hablar aquí de «cosas de reconocida utilidad social» en sentido propio, puesto que el concepto tiene como referente las cosas directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos. De otro lado, es cierto que el trabajo, como objeto de derecho, resulta merecedor de protección penal, pero también lo es que su protección en tal sentido encuentra cobijo a través de previsiones específicas, que el Código actual recoge, por ejemplo, en los arts. 311 y siguientes». (F. J. 3º)

Y **SSTS 23-3-2012 (Rc 488/2011 y 15-2-2012 (Rc 486/2011)** que tratan, respectivamente de la modalidad impropia de estafa consistente en la **doble venta** y la nueva regulación de la **estafa procesal**.

En la primera, se recuerda sus requisitos, destacando que “el tipo sólo exige que, habiendo sido efectuada una primera venta, se venda nuevamente la cosa a otro antes de la definitiva transmisión”.

Y en la segunda, se aborda el espinoso tema, en dicha modalidad de estafa, de la consumación, afirmándose que “lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución y así puede hablarse de tentativa cuando el engaño es descubierto y el Juez se apercibe del mismo pese a poder ser idóneo”.

16. Falsedades

No han faltado tampoco, en el año judicial que comentamos, numerosos pronunciamientos sobre el delito de falsedades, que han seguido enriqueciendo la amplia doctrina jurisprudencial existente sobre el mismo.

Así, por ejemplo, la **STS 27-12-2011 (Rc 1394/2011)**, tras recordar el concepto amplio de **documento mercantil** que maneja la jurisprudencia, concluye, que a pesar de todo, “la **falsificación de nóminas**, con las que aparentar una solvencia económica o unos ingresos fijos, no puede ser encuadrada en el concepto de documento mercantil que para el Código penal

es objeto de una especial protección frente a otras falsificaciones documentales de documentos privados”.

En la **STS 9-12-2011 (Rc 11266/2011 P)**, se examina la posible **retroactividad del nuevo art.399 bis in fine CP**, en un caso en que el recurrente fue condenado, entre otros hechos, por “elaborar tarjetas de crédito dándoles apariencia de legitimidad para su posterior introducción en el tráfico mercantil”.

Pues bien, según la sentencia, dicha conducta, era entonces subsumible en los arts. 386.1º y 387 CP, en la medida en que este último precepto equiparaba al concepto de moneda «*las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje*». Pero como consecuencia de las modificaciones introducidas en el texto del Código Penal por Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, se ha eliminado del art. 387 CP este inciso, si bien no porque tal conducta falsaria haya desaparecido como tipo penal, sino porque ha venido a adquirir sustantividad propia dentro del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, dedicado a las falsedades documentales.

Resultando , en definitiva, “*que la norma a aplicar con arreglo a la nueva redacción legal sería el apartado 1 del artículo 399 bis CP, pero no limitado a su primer inciso, sino incluyendo esa doble referencia de afectar a una generalidad de personas y de cometerse en el seno de una organización criminal particularmente dedicada a estas actividades. Y tal subsunción conlleva que el abanico sancionador pase así a situarse en la mitad superior del previsto con carácter general para la modalidad básica (de cuatro a ocho años de prisión). Estaríamos, pues, ante un marco punitivo inicial de entre seis y ocho años de prisión, que por otro lado habría que graduar en su respectiva inferior en grado ante la estimación en la instancia de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada (art. 66.1.2ª CP), es decir, entre tres y seis años de prisión.*

Ejecutadas estas operaciones individualizadoras, no hay duda de que los cinco años de prisión impuestos al recurrente en la sentencia de conformidad resultarían asimismo imponibles en la actualidad, por lo que, de acuerdo con las pautas de taxatividad que dimanarían de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010, no procede revisar su condena. Debe además tenerse en cuenta que no estamos en presencia de una aislada falsificación de tarjetas de crédito, sino de una acción de cuya considerable gravedad da cumplida cuenta el propio relato histórico, en donde se detallan las numerosas operaciones falsarias acometidas por los procesados mediante el uso de esas tarjetas falsas, junto con el amplio dispositivo de medios -personales y materiales- necesarios para ello, lo que denota un alto nivel de

antijuridicidad que lleva a estimar inoportuna una doble reducción en grado vinculada a la atenuante muy cualificada”. (F. J. 2º)

Sobre el nuevo precepto citado, se han sucedido las resoluciones: así **SSTS 21-9-2011 (Rc 10449/2011 P)**, **1-2-2012 (Rc 10503/2011 P)** y **2-2-2012 (Rc 11661/2011 P)**.

Y precisamente, en la última de las citadas, se aborda la cuestión del **subtipo agravado del art.399 bis CP de múltiples perjudicados**. El texto en concreto del artículo, se refiere a “una generalidad de personas”

En el caso de la sentencia, se trata de 78 tarjetas –ya en un supuesto anterior de 45, la STS 439/2009, rechazó que se tratara de una generalidad de personas- tampoco se aplica dicho subtipo, sobre la base del siguiente razonamiento : “no se concreta el número de titulares de tales tarjetas. Por lo cual, y al resultar factible que varias tarjetas puedan ser atribuidas a un solo titular o a distintos titulares, se desconoce el número aproximado de afectados por la conducta delictiva”. Y como no podemos establecer presunciones contra reo,-se concluye- no se considera aplicable dicho precepto.

17. Incendio

En cuanto a la cuestión del **peligro o riesgo actual para las personas** a que se refiere el actual **art. 351.1 CP**, la **STS 26-1-2012 (Rc 11591/2011 P)**, cuestión planteada en el recurso, la sentencia recuerda que lo que requiere el art.351 CP es que, contando con un fuego eficazmente producido y ya haciendo presa en determinados materiales combustibles, el desarrollo y el avance del mismo tenga como efecto posible la afectación a alguna o algunas personas, cuando menos en su integridad física.

El fuego, fa de alcanzar una entidad que le dote de **patente aptitud destructiva, por su capacidad de difusión**. De la que, por ejemplo, cabe decir, carecería el producido en el rellano de una escalera, en un entorno de elementos no combustibles.

Pero en el caso examinado, “aunque el recurrente trate de dar particular relieve al hecho de que en la parte de la puerta pudo ser sofocado por los vecinos, pues lo cierto es el mismo, entonces, ya se había propagado -según el plan de su autor- en el interior de la casa afectada, que resultó invadida por el humo, que salía a la calle en abundancia. Y se sabe que fue precisa la intervención de los bomberos para extinguirlo, y antes la evacuación del inmueble”.

Además, personas bien concretas tuvieron que ser desalojados en aplicación de una máxima de experiencia bien contrastada que abona suficientemente el hecho de que el fuego, en el contexto de una vivienda que contiene abundantes materiales inflamables, cuenta con bien conocida capacidad de propagar sus efectos destructivos en el entorno más inmediato, en este caso, el de las viviendas contiguas, y sobre sus moradores.

Y para concluir, como en el diccionario se define el peligro como contingencia inminente de que suceda algún mal; donde inminente es lo que amenaza con carácter actual, en el caso “el incendio ocasionado por el recurrente puso en esa clase de riesgo la integridad de algún número de personas, que objetivamente resultaron amenazadas por el fuego”.

18. Lesiones

Sobre el delito de lesiones se han dictado diversas resoluciones, algunas sobre casos de cierta complejidad, de las que seleccionamos dos:

En la primera, **STS 29-11-2001 (Rc 644/2011)**, se trataba de valorar las lesiones sufridas por un menor, a fin de determinar si concurría el **subtipo agravado de deformidad**.

La sentencia, tras un aporte notable de citas jurisprudenciales sobre casos similares, examina con detalle el caso, resolviéndolo con el siguiente razonamiento:

“la descripción típica del art. 150 se limita a definir como autor del delito “al que causare a otro... la deformidad”, pero no requiere que ésta sea consecuencia de un delito de lesiones típicas del art. 147 ó 148, por lo que el tipo delictivo en cuestión goza de autonomía propia cualquiera que sea el medio empleado para causar el resultado típico.

(Por otro lado), el art. 147.1, segundo párrafo, tipifica como delito de lesiones la realización cuatro veces en un año una falta de lesiones del art. 617 C.P. Y es elemental que a tenor del hecho probado, ello ha sucedido en el caso actual toda vez que, como hemos señalado con anterioridad, al menos han quedado acreditados dos actos de agresión (los azotes al niño presenciado por el hermano mayor y las quemaduras con el cuchillo calentado). Una interpretación racional de la descripción fáctica, basada en las reglas del razonamiento lógico y de las máximas de la experiencia, justifica que el resto de las 57 cicatrices que presenta el menor han tenido necesariamente que ocasionarse en la ejecución de otras dos o más agresiones físicas sobre el cuerpo del menor y de las que fue objeto según el Hecho Probado desde septiembre de 2007 hasta

julio de 2008, período de tiempo en que "fue sometido a **continuos castigos físicos**" mediante flagelación con un cable de T.V.

La estimación del motivo provoca la casación y anulación de la sentencia y el dictado de otra por esta Sala en la que, aplicando lo dispuesto en el art. 173.2 ("sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica" en la ejecución de malos tratos en el ámbito familiar que regula el precepto), se han de calificar los hechos como constitutivos de un delito autónomo de lesiones con deformidad menos grave del art. 150 C.P. con la agravante de parentesco que propugnaba el Fiscal, imponiéndose a ambos acusados la pena de cinco años de prisión, quedando anulada la subsunción de los hechos en el delito del art. 153.2 C.P." (F. J. 11º)

Y en la otra, se aborda el **tema del dolo y la culpa**, en una pelea que concluyó con el estallido del globo ocular de una mujer que ya era ciega del otro ojo, a consecuencia del puñetazo que recibió a manos de su acompañante.

En efecto, la **STS 23-12-2011 (Rc 127/2011)** examina el caso de la **valoración del impacto de un puñetazo en el rostro de una persona**, en el curso de una pelea o agresión, concluyendo que en el supuesto que nos ocupa, "la acción de propinar el puñetazo era idónea para generar un resultado subsumible en el art. 147 del C. Penal, pero no era una acción que *ex ante* conllevara el riesgo típico propio para generar las gravísimas lesiones que aparecen previstas en el art. 149 del C. Penal.

Por lo tanto, ha de considerarse que el acusado incurrió, de una parte, en una conducta dolosa prevista en el art. 147.1 del C. Penal, en cuanto al desvalor de su acción, y, al mismo tiempo, en un comportamiento culposo en lo que atañe al resultado que finalmente se produjo (pérdida de la visión de un ojo).

De otra parte –continúa la sentencia- "y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración."

Desde esa perspectiva, también debe calificarse de grave la imprudencia, dado que el acusado conocía la situación de ceguera parcial de la víctima y la posibilidad de que el riesgo se incrementara en

el supuesto de que el golpe propinado le alcanzara en la zona ya menoscabada de su cuerpo.

Así pues, procede aplicar en los términos en que lo ha hecho la sentencia impugnada el concurso ideal de los delitos de lesiones básicas dolosas y delito de lesiones agravadas del art. 149 del C. Penal cometidas por imprudencia (art. 77 del C. Penal).”

19. Malversación de caudales públicos

La **STS 27-10-2011 /Rc 491-2011**), se pronunció sobre los **requisitos de este delito**, recordando: 1) que solo puede ser cometido por Autoridad o funcionario público, o personas asimiladas del art. 435 citado; 2) que tenga a su cargo por razón de sus funciones los caudales o efectos de que se trate; 3) que éstos han de ser necesariamente de carácter público; 4) que la acción consista en sustraerlos o consentir que otros los sustraiga; 5) que exista en el autor el ánimo de lucro exigido expresamente por el art. 432 citado; 6) que la comisión sea dolosa.

Y en el caso tratado, apoderamiento de dinero procedente de la lotería, por un administrador de una oficina de loterías, respecto al cual, los hechos declarados probados mencionan literalmente "los 127.505,65 € que el acusado distrajo en su propio beneficio", constituye -dice la Sala- “una perfecta expresión del ánimo de lucro”.

También es de interés la resolución, en cuanto al **tema de la prueba** sobre la que se dice: “es doctrina tradicional que no puede obligarse a la administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios, pues sería casi siempre una prueba imposible (véase STS de 22 de febrero de 2.006). También hemos declarado que el ánimo de lucro que se recoge en el párrafo primero del precepto no exige necesariamente un enriquecimiento personal del autor. Y, en relación con el elemento subjetivo del dolo, es reiterada la jurisprudencia que requiere únicamente un dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que el dinero o los objetos sustraídos pertenecen a la Administración y constituyen por tanto, caudales o efectos públicos (entre otras, STS de 18 de febrero de 2010).

E igualmente, apoya la condena, la propia actuación del recurrente, tratando de justificar la sustracción -término que equivale a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (SS.T.S. 15-05-1999; 18-02-2003; 22-01-2004 y 24-11-2008)- con argumentos tan peregrinos como que: 1) 46.000 € que corresponden a 230 billetes de lotería de Navidad del sorteo del año 2008, que supuestamente jugaba anualmente la directiva del mercado central de Zaragoza, quedó olvidado en la caja fuerte de la

administración de loterías 54; 2) que 44.000 € corresponden a deudas de lotería de cinco personas; 3) el resto dice "que se mandó por Seur a sus clientes de fuera de la lotería que tienen fijada todo el año así como parte del dinero que estaba en mi administración" (folio 43 de las actuaciones).

Porque, en definitiva, la alegación defensiva es una simple manifestación de parte de la que no aporta prueba alguna, y que, en el hipotético supuesto de ser cierto, ni se devolvió la lotería ni se abonó a la L.A.E. antes del sorteo de Navidad.

Con ello, quedó consumado el delito, sin necesidad de mayores explicaciones.

20. Piratería internacional

El nuevo art. 616 ter del C. Penal, introducido por la reforma efectuada por LO 5/2010, de 22 de junio, establece un nuevo delito de piratería, que dice así:

“El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

Pues bien, la **STS 12-12-2011 (Rc 11164/2011 P)**, se ha ocupado ya de su estudio en relación con un conocido caso de **piratería internacional en el mar**, en el que se planteaba, por la parte recurrente que el nuevo tipo penal de piratería absorbía los delitos ejecutados contra los bienes personales de las víctimas; de modo que el castigo del primero con una pena de prisión de diez a quince años embebería o desplazaría la imposición de los 439 años de prisión correspondientes a los delitos que fueron objeto de condena en la instancia.

A esa pretensión, la Sala contestó diciendo que “Se trata, obviamente, de una interpretación inasumible, toda vez que el delito de piratería entraría en concurso real con los restantes delitos contra bienes individuales de las víctimas, tal como se refleja en el segundo párrafo del nuevo precepto, cuando advierte que “la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

Y ello, porque en el caso de que se asumiera dicha tesis, el acusado no solo resultaría penado por los delitos que ahora se cuestionan sino también por otro de nueva implantación en la última reforma del texto punitivo.

En efecto, “el nuevo tipo penal de piratería es un delito contra la comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual distinto de los bienes individuales que se tutelan en los tipos penales por los que han sido condenados los recurrentes en la sentencia de instancia”. (F. J. 2º)

21. Pornografía infantil

Sobre el delito de **pornografía infantil**, la **STS 17-11-2011 (Rc 185/2011)**, examina un caso en el que, una vez más, la conducta delictiva se realiza en internet, **utilizando archivos y programas informáticos**.

Y, la condena, se basa en la concurrencia de unos indicadores externos que permiten inferir que “el acusado sabía perfectamente que con el uso del programa EMULE estaba facilitando la difusión de los vídeos pornográficos que descargaba en su ordenador, dada la mecánica específica del sistema que aplicaba. Pues una persona que tiene los conocimientos y experiencia en informática del acusado tiene que ser sabedor de la forma en que opera el programa que aplica, los efectos que produce y las derivaciones hacia terceros. Si a ello se le añade su uso reiterado y el almacenamiento de los archivos que obtenía, debe colegirse que conocía lo que ejecutaba informáticamente y asumía o aceptaba las consecuencias de su conducta, esto, es la difusión del material pornográfico a otros usuarios de la Red.”

Además, resulta digna de mención, la **STS 17-11-2011 (Rc 185/2011)**, dictada en un caso de pornografía infantil, en el que el recurso de casación se centró en los **rastros policiales y en el control del uso de P2P realizado por el acusado**.

La resolución trata con amplitud la cuestión, que incide directamente en el secreto de las comunicaciones y contiene una amplia referencia jurisprudencial sobre el tema.

Entre ellas, podemos citar: **SSTS 680/2010, de 14 de julio, 247/2010, de 18 de marzo, 739/2008, de 12 de noviembre, 236/2008, de 9 de mayo y 292/2008, de 28 de mayo**.

22. Prevaricación

Si duda, una de las resoluciones más importantes dictadas por la Sala en el año judicial que examinamos, fue la **STS 9-2-2012 (Rc 20716/2009)**, en el llamado “**Caso Garzón**”.

El juicio, como se sabe, se saldó con la condena del magistrado, como autor de un delito de **prevaricación judicial** del artículo 446.3º y un delito previsto en el artículo 536, ambos del Código Penal.

La causa de la condena, fue la ilícita **intervención de las comunicaciones entre un interno y su letrado defensor**.

La sentencia merece su lectura directa, tanto por el asunto en sí como por las páginas que se dedican al derecho de defensa,

No obstante recogemos algunos extremos que consideramos de singular interés jurídico:

“Se alega que en otros supuestos (de anulación de intervenciones telefónicas, nunca) se procedió a deducir testimonio contra el juez que había adoptado la resolución que se anula.

Sin embargo, se trata de supuestos no equiparables al aquí examinado. En aquellos casos, lo que se cuestiona es la suficiencia de la justificación para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad domiciliaria, como expresiones del derecho a la intimidad, lo cual encuentra una habilitación legal, aunque parca e insuficiente, en el artículo 579 de la LECrim.

Lo que aquí se examina es una actuación judicial que restringe profundamente el derecho de defensa, que, como se dijo, es un elemento estructural esencial del proceso justo. No se trata de la validez de un elemento de investigación o de prueba, sino de la estructura del proceso penal del Estado de Derecho. La supresión de la defensa no afecta solo a la validez de lo actuado, sino a la misma configuración del proceso.”

“... ha de señalarse que en la jurisprudencia de esta Sala no aparece un caso similar en el que, sin indicio alguno contra los letrados, se haya procedido por el juez instructor a escuchar y grabar las comunicaciones entre los mismos y sus defendidos en el centro penitenciario en el que éstos se encuentran privados de libertad. No existe, por lo tanto, un término válido de comparación.”

“... afirma el acusado que no se intervinieron las comunicaciones de los letrados, sino las de los internos. El argumento no puede ser aceptado. Los internos en un centro penitenciario tienen derecho a realizar comunicaciones con sus letrados defensores o con los

expresamente llamados para asuntos penales. Mientras se encuentran privados de libertad, esta es la única posibilidad de contacto personal con su defensa. Estas comunicaciones tienen un carácter específico que las distingue de las demás, tanto por las personas con las que se mantienen (los abogados) como por el lugar destinado para ello, tal como se desprende del artículo 51 de la LOGP. La razón no es otra que la necesaria protección al derecho de defensa. Así resulta de la doctrina del TC y de esta Sala, de la que ya se ha hecho mención.”

“No se trata, por lo tanto, de un acceso accidental al contenido de las comunicaciones mantenidas con el letrado de la defensa, producido en el marco de una intervención de carácter general, sino de una orden judicial, concreta y específica, directamente encaminada a intervenir esas precisas comunicaciones, que a falta de otros datos versarían sobre la forma en que sería ejercido el derecho de defensa”

“... alega el acusado que adoptó la medida porque no había otra solución para impedir que siguieran delinquirando. Tampoco puede ser aceptado. Ni como expresión de un error, ni como afirmación de un estado de necesidad.

En primer lugar, porque la investigación criminal no justifica por sí misma cualquier clase de actuación, y con mayor razón si implica vulneración de derechos fundamentales. Como se ha dicho en numerosas ocasiones, la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio.

De otro lado, porque una argumentación de esta clase, así planteada en abstracto, en tanto justifica la restricción de derechos fundamentales sobre la base de una consideración absolutamente inmotivada respecto de su necesidad, conduce a la desaparición de la posibilidad de controles efectivos sobre el ejercicio del poder, lo que afectaría a la misma esencia del Estado democrático de Derecho. En este sentido no puede aceptarse como motivación la simple suposición de que los sospechosos continuaban cometiendo delitos. O la mera posibilidad de que lo hicieran.”

“Y, finalmente,... nada impedía, o al menos no consta, desarrollar otra clase de actuaciones, como, por ejemplo, vigilar las actividades que se continuaran ejecutando, cuya realidad, al parecer, había sido verificada policialmente, hasta identificar a los responsables, tomando entonces las medidas pertinentes sobre los mismos y no con carácter indiscriminado, como se hizo, contra todos los letrados defensores, a los que se convirtió en imputados en la causa sin razón alguna.”

Tras estas consideraciones fácticas, se pasa al análisis de los delitos cometidos.

“Ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto (a los preceptos aplicables, al caso) le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo... No se trata, pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo”.

“En la conducta del acusado,... la injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados.

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional. Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución. “

“En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la

información que interesa, o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido.”

Y en definitiva, por no hace más largo este resumen de la sentencia, *“La resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable.”*

Y *“De otro lado, existe toda una serie de datos que acreditan, sin duda alguna, que el acusado era consciente de que esas conversaciones quedaban afectadas por su decisión. Así, la comunicación policial verbal acerca de la aclaración del significado de la referida cláusula; los informes del Ministerio Fiscal, que expresamente llegó a referirse a la exclusión de las conversaciones con los letrados; los informes policiales, donde se contenían conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones intervenidas entre los letrados y sus defendidos que notoriamente afectaban al derecho de defensa; la designación de nuevos letrados por parte de los imputados en prisión provisional, efectuada estando vigente la primera resolución, lo que suponía que se intervendrían comunicaciones entre los internos y sus nuevos letrados, que eran desconocidos en la causa en el momento de dictar aquella resolución, lo que implicaba necesariamente que no se conocían indicios contra los mismos; y, finalmente, la ausencia absoluta, que en realidad no ha sido discutida, de indicios de actividad criminal contra los letrados defensores.*

De todo ello se desprende, asimismo, como ya se dijo más arriba, que el acusado no incurrió en error alguno al dictar las resoluciones prevaricadoras... De los elementos antes examinados se desprende que carecía de razones aceptables para creer que, sin indicio alguno de actuación delictiva de los letrados defensores, podía restringir el derecho de defensa grabando y escuchando las conversaciones mantenidas por aquellos con sus defendidos en las dependencias del centro penitenciario.”

23. Salud pública

Una vez más, el delito que ha acaparado mayor número de sentencias, ha sido el delito contra la salud pública, que debido a la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha obligado a la Sala a interpretar los nuevos preceptos introducidos por tal reforma, en particular el nuevo art.368.2 CP y el art.369 CP.

Y al respecto, la mayoría de las sentencias más novedosas sobre este delito, han girado en torno al primero de los artículos citados, bautizado por la jurisprudencia y la doctrina, como subtipo atenuado por la **menor entidad del hecho** que permite reducir la pena en el grado inferior a la correspondiente si concurrieran dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo (“...la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable”).

A título de cita, para facilitar su búsqueda, incluimos las siguientes: **SSTS 8-9-2011 (Rc 204/2011); 17-10-2011 (Rc 10597/2011 P); 21-10-2011 (Rc 225/2011); 15-2-2012 (Rc 11538/2011 P); 14-3-2012 (Rc 10817/2011 P); 22-12-2011 (Rc 10623/2011 P); 17-11-2011 (Rc 721/2011); 15-12-2011 (Rc 627/2011); 4-11-2011 (Rc 2693/2011); 2-2-2012 (Rc 11155/2011 P); 22-3-2012 (Rc 713/2011); 24-10-2011 (Rc 606/2011); 20-12-2011 (Rc 10832/2011 P); 27-9-2011 (Rc 447/2011);**

Sobre el nuevo art.369 CP., que incrimina el **narcotráfico realizado por las organizaciones criminales**, citamos las **SSTS 12-3-2012 (Rc 10625/2011 P) y 20-3-2012 (Rc 11434/2011 P)** que sin duda, por su amplitud, puede considerarse referentes sobre esta cuestión.

Y además de ello, destacamos la **STS 27-9-2011 (Rc 10854/2010 P)**, sobre el **tráfico de precursores**, esto es, “*toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia. Los precursores son utilizados como reactivos, disolventes o catalizadores en los distintos procesos químicos necesarios para la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*”

Encontrándose entre ellos: la edefrina, la ergometrina, la ergotamina, el esosafrol, el piperonal, el safrol, el anhídrido acético, el ácido antranílico, el ácido fenilacético, la piperidina ,el permanganato potásico ,la acetona, el éter etílico, el tolueno, el ácido sulfúrico y el ácido clorhídrico.

Pues bien el llamado delito de tráfico con precursores, introducido por L.O. 8/92 con la introducción del art. 344 bis g en el antiguo CP 1973, está regulado en la actualidad, en el artículo 371 CP 1995 que castiga al “*que fabrique, transporte, constituya , comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20-12-1998, como el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan en otros futuros convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse*

en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para estos fines ", por lo que constituye realmente un acto preparatorio punible del delito del art. 368, en cuyo ámbito, podrían encontrar acomodo dichas actividades.

Por otra parte, sigue diciendo la sentencia "No estamos ante un delito de sospecha porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación, es un tipo en el que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de los actos meramente preparatorios, adelantando las barreras de intervención penal, así como la posesión de drogas es punible cuando va acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o fabricación de drogas." (F. J. 38º)

24. Tenencia ilícita de armas

Como se sabe, tanto el delito de tenencia ilícita de armas como el de tenencia de armas de guerra son infracciones de peligro abstracto, que no requieren para su consumación más que la disponibilidad sobre el arma o armas de que se trate.

Ahora bien, se trata de delitos que entran en relación en cuanto se produzca una situación en la que aparezcan varias armas. Y éste es el tema que abordó la **STS 21-09-2011 (Rc 78/2011)**.

En la mencionada sentencia, se recuerda que la cuestión ya se planteó en alguna otra ocasión ante esta Sala que entendió que "... el depósito de armas de guerra no es una acción independiente de la tenencia de un arma que no ostente dicha calificación. Por el contrario, la gravedad de la pena prevista para el depósito absorbe también el ilícito de menor gravedad de la tenencia simple de otras armas". (STS nº 919/1996).

Y así, en el caso examinado, se aplica la doctrina de que:

"Cuando se trata de depósito de armas de guerra, la ley parte de que la tenencia (fabricación o comercialización) de una sola arma ("de cualquiera de ellas") ya constituye el delito, sin que la posesión de dos o más armas suponga una agravación de la conducta que dé lugar a una nueva infracción, sino, en todo caso, a una individualización de la pena que la sitúe en una extensión superior. Es claro, pues, que si la tenencia de dos armas de guerra no supone la existencia de dos delitos de depósito, sino de uno solo, quedando absorbida la tenencia de la

segunda en la de la primera, lo mismo debe ocurrir cuando la segunda arma poseída no es un arma de guerra.”

Por eso, en el caso, en que al recurrente se le ocupan en distintos lugares y, según se afirma, a su disposición, una pistola y un fusil, para la configuración del delito de depósito de armas, “es suficiente la posesión del fusil, sin que la posesión de otra arma pueda dar lugar a un nuevo e independiente delito susceptible de sanción independiente”.

25. Terrorismo

Sobre esta materia , seleccionamos la **STS 12-12-2011 (Rc 11164/2011 P)**, en un caso en el que la acusación se presentó por la vía del art.572 CP, que contiene el delito de **secuestro terrorista**.

La sentencia en cuestión, recuerda que para apreciar los tipos penales relativos al terrorismo han de concurrir tres notas:

a) Se trata de una conducta colectiva o plural de personas integradas en grupos o bandas armadas.

b) Como elemento subjetivo del injusto, que es el verdadero elemento diferenciador de otras actuaciones delictivas, debe ser patente el ánimo tendencial de alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional, sin que sea preciso ni que lo consigan ni tan siquiera que exista lesión a estos bienes, bastando el mero riesgo.

c) Y como elemento objetivo se requiere que los concretos hechos delictivos se incluyan dentro de las conductas calificadas como delitos de terrorismo.

Igualmente, tomando la cita de la STS 2/2009, de 2 de enero, se dice que “el concepto de terrorismo en nuestra legislación no es ni puede ser omnicompreensivo”, en el sentido que cualquier acto cometido por un grupo que se califique de terrorista, constituya un delito de terrorismo. Se necesita que se cumplan los requisitos antedichos, y en particular, que concurra elemento subjetivo de atentar contra el orden político o intentar alterar la paz pública entendido como normal ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de las instituciones, sino que lo pretendido era obtener un botín”.

Por todo ello en el caso enjuiciado, se considera que no estamos ante un delito terrorista pues no consta que los dos acusados hayan intervenido en acciones reiteradas y sistemáticas encaminadas a

generar el terror ni tampoco se ha probado que estuvieran integrados en una organización de esa índole.

Y si bien es cierto -se añade- que *“las familias de los marinos mercantes que trabajan en la zona se hallan lógicamente afectadas, alarmadas y atemorizadas por los actos de piratería que se perpetran con cierta asiduidad en la zona del Océano Indico en que se ejecutaron los hechos sometidos a juicio, ello no quiere decir que se haya subvertido el orden constitucional ni tampoco que se haya alterado la paz pública en un grado que permita hablar de una conducta terrorista en la intervención de los dos acusados en el acto de abordaje con fines meramente crematísticos o lucrativos”*.

Otra interpretación más amplia, concluye la sentencia conlleva la conversión de cualquier acto de piratería en un delito de terrorismo, *“aunque la conducta de los autores careciera de cualquier connotación o proyección política y tampoco tuviera el objetivo o las miras de alterar gravemente la paz social de un país ni atacar el normal desenvolvimiento de las instituciones”*. (F. J. 5º)

26. Usurpación de estado civil

Sobre el delito previsto y penado en el art.401 CP que se ubica en el Título XVIII (“De las falsedades”), constituyendo por sí solo el capítulo IV del mencionado título, la **STS 14-10-2011 (Rc 10365/2011 P)**, examina en profundidad dicho ilícito.

Y tras indicar que la conducta típica gira en torno al verbo “usurpar”, que hay que entender como *“quitar a uno lo que es suyo”* o *“arrogarse algo de otro”*, en este caso el estado civil, la configura conforme a la jurisprudencia ya existente (SSTS 635/2009 de 15-6; 934/2009, de 29-9; 12-11-2001 ;1-4-2003 y 1182/2005, de 29-11, así como SSTC 283/2006 y 181/2008), como *“arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios”*. Pero *“no basta con usar un nombre y apellidos de otra persona, sino que es necesario hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos u obligaciones que a ella corresponde.”*

De otro lado, constituyen elementos configuradores del delito:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional.

b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia.

En el caso de la sentencia precitada, lo que se imputó al acusado es que **ejercía con el carácter de médico especialista en ginecología, desempeñaba plazas con tal carácter y se atribuía pretendidamente dicha condición**, lo que, tras la entrada en vigor de la Ley 44/2003 exige, como condición previa, estar en posesión del título oficial de Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia so pena al incurrir en infracción de los arts. 15 y 16 del citado texto legal y de incurrir en un delito de intrusismo profesional del art. 403 C.P.

Pero tal conducta, resulta impune ya que para ser constitutiva de dicho delito, se necesita, además de la atribución pública de la cualidad de profesional amparada por título, *“que se ejerzan actos propios de la cualidad profesional. De forma que si no se comete la infracción recogida en el apartado 1º no es posible la comisión de ese subtipo agravado, y la simple asignación personal de la cualidad profesional, sin actos propios de la misma, no configura esta tipología, aunque podría ubicarse, en su caso, en la falta del art. 637 CP”*. (F. J. 11º)

27. Violencia familiar

La **STS 14-03-2012 (Rc 822/2011)**, aplica el art.153 CP, delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, a pesar de tratarse de un hecho concreto.

La explicación es la siguiente:

“No es ocioso recordar que la STS de 27 de junio de 2003 al analizar una sentencia que condenaba al acusado por delito de violencia doméstica, recurrida también por alegada infracción del principio acusatorio, señalaba que en el caso que nos ocupa, nos enfrentamos ante un comportamiento delictivo que, por sus especiales circunstancias, no puede agotarse en una acción concreta y en un sólo resultado causal. Se trata de examinar una historia de desencuentros, agresiones y violencia física y psíquica, en el seno de una relación matrimonial, que no se puede reducir a un relato sintético, cuando lo que se persigue es una reiterada y constante actuación agresiva, que pueda incardinarse en el tipo delictivo del artículo 153 del Código Penal. El citado precepto contempla una agresión continuada, que afecta no sólo a la integridad física sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de pareja, se ve sometida, por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima.

Las acusaciones relataron, sin ánimo exhaustivo, la parte esencial de la imputación. La descripción pormenorizada de los detalles de la conducta agresiva y humillante hubieran convertido el relato en una dramática narración literaria, que se habría apartado de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 650, exige, solamente, escoger los hechos que, por su contenido, sean suficientes para sustentar una calificación delictiva"... (F. J. 2º)