

# **SALA SEGUNDA**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. DERECHO PROCESAL PENAL

#### 1. Proceso Penal

##### 1.1. Principios procesales.

1.1.1 Principio acusatorio.

1.1.2. Principio de contradicción. Secreto sumarial.

1.1.3. Cosa juzgada y principio de *non bis in idem*.

1.1.4. Preclusión de plazos procesales.

1.1.5. Seguridad jurídica.

1.1.6. Imparcialidad del Tribunal.

##### 1.2. Competencia.

1.2.1. Concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia.

1.2.2. Competencia y reglas transitorias.

1.2.3. Audiencia y Tribunal del Jurado. Competencia y juez predeterminado.

##### 1.3. Legitimación.

1.3.1. Acción popular.

1.3.2. Responsable civil.

1.3.3. Personación extemporánea.

##### 1.5. Diligencias de investigación.

1.5.1. Intervención de las comunicaciones telefónicas.

1.5.1.1. Ejecución de las interceptaciones telefónicas con arreglo a las previsiones de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y a su normativa de desarrollo

1.5.1.2. Obtención de números telefónicos e IMEI por la Policía. Doctrina. Declaración de secreto implícito en la intervención.

1.5.2. Grabación de sonidos e imágenes.

1.5.3. Obtención de datos y registro de ordenadores.

1.5.4. Cacheo.

1.5.5. Cadena de custodia.

1.5.6. Reconocimiento fotográfico.

1.5.7. Entrega controlada.

1.5.8. Inspección ocular de vehículo.

##### 1.6. Prueba.

1.6.1. Declaración en sede policial sin asistencia letrada: consecuencias.

1.6.2. Testimonio de referencia.

1.6.3. Dispensa del art. 416 de la LEcrim. Lectura de declaraciones sumariales.

1.6.4. Prueba testifical de menor de edad: ausencia en el juicio.

##### 1.7. Derecho a los recursos.

1.7.1. Segunda instancia, casación. Cuestiones varias

- 1.7.2. Casación para unificación de doctrina: menores, materia penitenciaria.
- 1.7.3. Prejudicialidad.
- 1.7.4. Casación en el procedimiento abreviado.
- 1.8. Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Formación del veredicto. Acuerdo del Pleno de 13 de marzo de 2013. Cuestiones varias.
- 2. Juicio oral.
  - 2.1. Dispensa a la obligación de declarar.
  - 2.2. Declaración por el sistema de videoconferencia.
  - 2.3. Valor de la grabación del acto de juicio oral.
- 3. Sentencia.
  - 3.1. Motivación.
  - 3.2. Integración de sentencias.
  - 3.3. Costas. Gastos del proceso.
- 4. Penalidad y ejecución. Máximo de cumplimiento. Acumulación de condenas. Beneficios penitenciarios.

## II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

- 1. Parte general.
  - 1.1. Autoría y participación.
    - 1.1.1. Coautoría.
    - 1.1.2. Cooperación necesaria.
    - 1.1.3. Complicidad.
  - 1.2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
    - 1.2.1. Eximentes.
    - 1.2.2. Atenuantes.
    - 1.2.3. Agravantes.
  - 1.3. Concursos.
  - 1.4. Penas.
    - 1.4.1. Límites de cumplimiento de las penas privativas de libertad.
    - 1.4.2. Artículo 10.2 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.
  - 1.5. Prescripción.
    - 1.5.1. Plazo.
    - 1.5.2. Interrupción de la prescripción.
  - 1.6. Responsabilidad civil.
- 2. Parte especial.
  - 2.1. Agresión sexual y abusos sexuales.
  - 2.2. Apropiación indebida.
  - 2.3. Asesinato.
  - 2.4. Blanqueo de capitales.
  - 2.5. Cohecho.
  - 2.6. Delitos contra la ordenación del territorio.
  - 2.7. Delitos contra los derechos de los trabajadores.
  - 2.8. Delitos societarios.
  - 2.9. Deslealtad profesional.
  - 2.10. Detención ilegal.
  - 2.11. Estafa.
  - 2.12. Falsedades.
  - 2.13. Lesiones.

- 2.14. Malversación de causales públicos.
- 2.15. Omisión del deber de socorro.
- 2.16. Organizaciones criminales.
- 2.17. Pornografía infantil.
- 2.18. Prevaricación administrativa.
- 2.19. Robo.
- 2.20. Revelación de secretos.
- 2.21. Salud pública.
- 2.22. Terrorismo.
- 2.23. Violencia de género.

Durante el año judicial 2012-2013 se han planteado nuevamente cuestiones controvertidas que han determinado la celebración de **Plenos no jurisdiccionales** de la Sala de lo Penal Segunda, en el transcurso de alguno de los cuales y tras los oportunos debates, se alcanzaron acuerdos que suponen la resolución de distintos extremos que se han suscitado con relativa frecuencia ante los Tribunales penales<sup>1</sup>.

En el **Pleno de 19 de diciembre de 2012** se abordó un primer punto, en relación con la **celebración de vista en los recursos, con citación del acusado**, estableciéndose un primer acuerdo:

*“La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley”.*

En segundo lugar se planteó el **criterio de interpretación del art.76.1 del CP** en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento, adoptándose el segundo acuerdo:

*“Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito”.*

**En fecha 13 de marzo de 2013, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda llegó a otros dos acuerdos**, el primero en el terreno de los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de menores, y el segundo, respecto de la formación de las mayorías en el procedimiento del Tribunal del Jurado.

**El primer acuerdo fue el siguiente:**

*“Sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor”.*

**El segundo acuerdo estableció:**

*“Mayorías necesarias para alcanzar un veredicto en el proceso del Jurado:*

---

<sup>1</sup> La Crónica de la Sala de lo Penal ha sido elaborada por las Letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D<sup>a</sup> María del Carmen LAUREL CUADRADO, D<sup>a</sup> María Ángeles VILLEGAS GARCÍA y D<sup>a</sup> Aranzazu MORENO SANTAMARÍA, con la coordinación del Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO; y bajo la dirección y supervisión del Excmo. Sr. D. Juan SAAVEDRA RUIZ, Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

A) *Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.*

B) *Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.*

C) *Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).*

D) *Para declarar probado el hecho favorable es necesario el voto de cinco jurados. El hecho favorable se considerará no probado por el voto de cinco jurados”.*

Por último, en el **Pleno no jurisdiccional celebrado el 24 de abril de 2013**, se abordó la polémica cuestión de la **aplicación de la dispensa regulada en el art.416 de la LECrim**, fijando el siguiente acuerdo:

*“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

*a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*

*b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.*

Pasamos seguidamente a exponer una síntesis de resoluciones destacadas dictadas a lo largo del año judicial.

## I. DERECHO PROCESAL PENAL

### 1. Proceso penal

Al igual que en los años anteriores, las sentencias dictadas en la resolución de los recursos de casación formulados durante este año judicial, se pronuncian sobre diversos extremos de naturaleza procesal sometidos al conocimiento de la Sala Segunda. Mostramos, en consonancia con lo recogido en años anteriores, algunos de ellos.

#### 1.1. Principios procesales.

##### 1.1.1. Principio acusatorio.

Dentro de las resoluciones que verifican la observancia de los principios que rigen el desarrollo del proceso penal, al hilo de los motivos de recurso que se someten al conocimiento de la Sala, la **STS 06-03-2013 (Rc 643/2012)** **niega la quiebra del principio acusatorio cuando al imputado no se le informó debidamente en la fase de instrucción de las imputaciones que concurrían contra él en lo atinente a los actos de blanqueo de capitales**, toda vez que en el instante que prestó declaración judicial no se había descubierto todavía el grueso de los presuntos hechos delictivos referentes al art. 301 del C. Penal. Sus letrados comparecían con cierta asiduidad en las dependencias judiciales y tenían que estar necesariamente al corriente del desarrollo de la instrucción, y cuando se dictó el auto que transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado, solo interpuso recurso de reforma.

Anudando a dicho principio el **derecho al Juez imparcial**, calificado por el Tribunal Constitucional de garantía esencial del acusatorio, la **STS 24-10-2012 (Rc 2348/2011)**, explica que, en la violación del derecho citado la consumación de dicha vulneración, a los efectos de la parte interesada, tan sólo sucederá tras el pronunciamiento de un fallo condenatorio pues será a partir de ese momento cuando los prejuicios o impresiones adquiridos durante la instrucción pueden influir en el dictado de una sentencia condenatoria.

Por su parte, y en relación con la vulneración del mismo principio, la **STS 07-11-2012 (Rc 10284/2012 P)** afirma que la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado a favor de la **homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad**

Finalmente, la **STS 17-01-2013 (Rc 10319/2012 P)**, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala, **descarta la infracción del citado principio acusatorio, acogida por la Audiencia sentenciadora, como consecuencia de una importante ampliación de la calificación provisional del Ministerio Fiscal al formular conclusiones definitivas**. En el caso, la defensa no interesó ni la realización de una instrucción suplementaria ni la suspensión del juicio, ni alegó indefensión en ningún momento.

### 1.1.2. Principio de contradicción. Secreto sumarial.

En cuanto a la necesidad de salvaguardar el **principio de contradicción**, a la que obedece la prohibición de suscitar en casación cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia, enlazando con la exigencia de buena fe procesal, la **STS 18-02-2013 (Rc 755/2012)** expone la doctrina de la Sala y las **excepciones al principio que impide introducir *per saltum* cuestiones diferentes en el recurso de casación**. Son las siguientes: 1) la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión; 2) la vulneración de preceptos penales sustantivos favorables al reo, cuya procedencia fluya de los hechos probados (el ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante).

También la **STS 23-10-2012 (Rc 18/2012)** destaca *la vigencia efectiva del principio de contradicción y su directa relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y concluye que la falta de contradicción impide la consideración de medio probatorio del testimonio de la víctima y del otro testigo en el sumario y su reproducción en el juicio oral por la vía del art. 730 de la LEcrim.*

En relación con las consecuencias de la vigencia del **principio de contradicción**, la **STS 29-11-2012 (Rc 10595/2012 P)**, **estudia la regulación del secreto sumarial, con especial interés en el límite temporal de dicha medida**, al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. El secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra. Esa previsión legal (art. 302 de la LEcrim) situada en sede de procedimiento ordinario es de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado. El abuso del secreto del sumario o su prolongación más allá de lo permitido legalmente solo puede ocasionar una nulidad, cuando efectivamente se haya causado indefensión.

### 1.1.3. Cosa juzgada y principio de non bis in idem.

La **STS 04-03-2013 (Rc 901/2012)** analizando la consecuencia de una sanción administrativa **expone la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el principio non bis in idem**, afirmando que la jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa- siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (STS 13/2006 de 20.1).

Varias resoluciones se han encargado de analizar y exponer las peculiaridades del alcance de la **cosa juzgada** en el seno del proceso penal.

Comenzando por la **STS 05-11-2012 (Rc 2307/2011)**, la misma **recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada**, y afirma que la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución

asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona.

Y, desde esta misma perspectiva, en la **STS 15-11-2012 (Rc 20173/2012)**, se define la **naturaleza del recurso de revisión como un recurso excepcional**, al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y afectar por ello al principio de cosa juzgada.

También la **STS 29-01-2013 (Rc 10145/2012 P)** en el mismo sentido y en relación con la cosa juzgada y el principio non bis in idem, pero desde la perspectiva del **enjuiciamiento separado para los implicados en el mismo hecho delictivo, cuando se trata de mayores de edad junto a menores de edad**, examina los problemas derivados de esta circunstancia, en orden a la posible distancia –relevante- respecto del contenido de la sentencia precedente recaída sobre el mismo hecho. Se dice que aquel enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Indica que en **el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material**, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente.

#### *1.1.4. Preclusión de plazos procesales.*

En un terreno por completo distinto, la **STS 28-09-2012 (Rc 10337/2012)** plantea el problema de las consecuencias del **incumplimiento del plazo para calificar otorgado a la defensa en el procedimiento ordinario**, aludiendo al efecto del art. 215 de la LEcrim en el caso de la omisión de la presentación del escrito de defensa: *“Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de defensa habrá que buscar alguna salida que la ley no articula”* (FJ 4º).

En el mismo terreno de la **preclusión** de los plazos procesales, la **STS 04-03-2013 (Rc 901/2012)** para el caso del dictado de un **auto de apertura del juicio oral basado en unos escritos de acusación que fueron presentados fuera de plazo**, cita doctrina al efecto para recordar que *“la falta de respeto de los plazos concedidos tanto al Ministerio Fiscal como a la defensa del acusado para formular sus escritos de acusación y de defensa no produce el efecto pretendido por la parte recurrente, pues no se trata de plazos de caducidad”*; y que *“la presentación de los escritos de acusación fuera de plazo, aun siendo una irregularidad formal, no es motivo de sobreseimiento libre ni causa de extinción de la responsabilidad penal”* (FJ 5º).

#### *1.1.5. Seguridad jurídica.*

Sobre el principio de seguridad jurídica, con el que se conecta dogmáticamente la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes, la **STS 23-04-2013 (Rc 1003/2012)** examina la **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la obligación de cumplimentar las sentencias de los Tribunales funcionalmente superiores sin modificar ni alterar los pronunciamientos que han adquirido firmeza**. Afirma que, en el caso, la vulneración se ha producido por cuanto unos hechos que habían devenido firmes han sido modificados por el Tribunal de instancia, no respetando así su invariabilidad e inmodificabilidad, y dejando al mismo tiempo de ejecutar la sentencia dictada por la Sala en casación en el apartado de los hechos probados que había declarado ciertos.

#### *1.1.6. Imparcialidad del Tribunal.*

La posible afectación de la imparcialidad del Tribunal que ha resuelto recursos formulados contra resoluciones del Juez instructor, se aborda en la **STS 24-10-2012 (Rc 2348/2011)**. Indica que: *“Con carácter general, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado (...) el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél”* (FJ 3º). Se destaca que es preciso distinguir entre si se trata de resoluciones confirmatorias o revocatorias, y sobre todo, el grado de implicación en este segundo apartado.

### **1.2. Competencia.**

#### *1.2.1. Concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia.*

La **STS 28-11-2012 (Rc 1402/2012)** considerando las posibilidades de alteración del marco penológico correspondiente a una conducta delictiva resuelve que **“el concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado. Se tendría en cuenta la pena máxima que podría imponerse al sujeto enjuiciado, sin perjuicio del juego de las circunstancias atenuantes y agravantes dentro del mismo. De ahí que deban tenerse presentes todas las situaciones en que por la mecánica dosimétrica un marco penológico resulta alterado en más o en menos”** (FJ 2º), recordando que quien puede conocer de lo más puede conocer de lo menos.

#### *1.2.2. Competencia y reglas transitorias.*

Por su parte la **STS 27-12-2012 (Rc 1733/2012)** decide la **competencia** para enjuiciar el hecho en un caso en que la imputación de parte de los hechos objeto del proceso se cometen en tiempo de **vigencia del Código Penal anterior** al de 1995, el cual señalaba pena de prisión menor, cuya duración alcanzaba la posibilidad de seis años de prisión, y con posterioridad a aquella fecha se produjeron modificaciones legales tanto en el orden penal, en cuanto

a la determinación de la pena, como en el procesal relativo a la competencia para el enjuiciamiento. La sentencia razona que la competencia corresponde a la Audiencia Provincial y no al Juzgado de lo Penal.

### *1.2.3. Audiencia y Tribunal del Jurado. Competencia y juez predeterminado.*

La antes citada **STS 29-01-2013 (Rc 10145/2012 P)** resuelve otra controversia suscitada en relación con la competencia, esta vez respecto de la **atribución de la misma, para el enjuiciamiento de los hechos, entre un tribunal de composición profesional y el Tribunal del Jurado.**

La resolución procede a la aplicación de los **Acuerdos de Sala General de 20/01/2010 y 23/02/2010** indicando de que *“la determinación del órgano competente no puede realizarse de forma invertida, esto es, ajustándola a las conclusiones de la sentencia que se dicte, sino por el contrario a la luz de los datos previamente existentes, antes de la celebración del juicio”* (FJ 3º). Por ello, considera que en el caso concreto el delito conexo sería el delito contra la vida, por lo que de conformidad con la interpretación que el art. 5.2 LOTJ ha merecido en el Acuerdo plenario antes transcrito, el delito de violación habría representado el delito principal a efectos de marcar el tipo de procedimiento y la subsiguiente competencia orgánica. Pero, en cualquier caso, lo relevante es que el juicio oral se ventile ante un órgano que sea competente según el tipo de procedimiento seleccionado.

La **STS 10-05-2013 (Rc 1563/2012)** analiza una denuncia relativa a infracciones sobre las normas de **competencia** territorial (art. 14.2 de la LECrim), acumulación de procedimientos (arts. 17 y 300 de la LECrim) y de la competencia objetiva. Recuerda que **la vulneración de normas de competencia territorial no genera, por sí sola, el menoscabo del derecho al Juez predeterminado por la ley, como tampoco producen tal vulneración la inobservancia de las reglas de conexión procesal.**

## **1.3. Legitimación.**

### *1.3.1. Acción popular.*

Varias sentencias se han ocupado de examinar las posibilidades de ejercicio de la acción popular.

Destacamos la **STS 23-04-2013 (Rc 424/2012)** en la que se **examina la legitimación para interponer el recurso de casación de los recurrentes, como acusación popular en un proceso ya iniciado a instancia de la acusación pública, en tanto que actuó en el proceso como parte adhesiva o coadyuvante.** Se recuerda que en el caso de la **acción popular** se actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Trata la resolución que examinamos de la acción popular ejercitada en un supuesto de **cohecho**, refiriendo sobre el bien jurídico protegido. Se trata de un interés

comunitario, que no puede, por regla general, ser encarnado por ninguna persona en particular, y pertenece a la comunidad en general.

Afirma la sentencia que impedir “*la posibilidad de interponer recurso de casación contra la sentencia absolutoria, por haberse acatado con tal pronunciamiento el Ministerio Fiscal y su condición adhesiva o coadyuvante, significaría la utilización indebida de un mecanismo procesal dirigido a eludir toda posibilidad de revisión en esta vía casacional, contradiciendo el principio pro actione*” (Cuestión previa).

La **STS 26-02-2013 (Rc 907/2012)** desestima la posibilidad de **ejercitar la acción popular por el Ayuntamiento y su Alcalde**, que fueron apartados del procedimiento al comienzo de la vista oral, por falta de legitimación.

La indicada resolución reflexiona sobre el hecho de que las personas jurídico públicas parecen haber desarrollado una creciente vocación participativa en los procesos penales, o en puntuales procedimientos de la rama criminal en los que no tienen la condición de ofendidos ni perjudicados. Ello ha ocurrido especialmente con relación a la violencia contra la mujer y respecto a la corrupción urbanística. En estos casos, la acción “pública” -que pertenece a la sociedad en general, y no a ninguna administración territorial- se ve representada por el Ministerio Fiscal. Tras afirmar que este trascendente tema ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional, así como por el Tribunal Supremo, se efectúa una exposición sobre la materia, ofreciendo las conclusiones de la Sala Segunda, y afirmando sobre el caso de autos que un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y que la acción pública penal sólo corresponde al Ministerio Fiscal.

### *1.3.2. Responsable civil.*

En otro terreno, la **STS 24-09-2012 (Rc 2178/2011)** trata la cuestión de la **legitimación del tercero responsable civil para impugnar las cuestiones penales sustantivas**. Ha de llegarse a la conclusión de que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación, dentro del proceso penal, al **área** puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales.

### *1.3.3. Personación extemporánea.*

La **STS 27-10-2012 (Rc 2395/2011)** analiza un supuesto de **personación como parte acusadora después del trámite de calificación**. Sobre el art. 110 de la LEcrim se afirma “*Este **condicionamiento temporal** ha sido matizado y modulado en Sentencias de esta Sala, como es exponente la Sentencia 170/2005, de 18 de febrero, en la que se declara que la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento*” (FJ 1º). Y en el caso examinado por la sentencia se valora que la admisión por el Tribunal de instancia de la personación como parte acusadora, no había causado indefensión al acusado.

## 1.5. Diligencias de investigación.

### 1.5.1. Intervención de las comunicaciones telefónicas.

Como viene siendo habitual, el derecho al secreto de las comunicaciones ha sido una de las materias más tratadas en las sentencias de casación, que cada vez más han de enfrentarse a supuestos novedosos, paralelamente al avance de las tecnologías en este terreno.

#### 1.5.1.2. Ejecución de las interceptaciones telefónicas con arreglo a las previsiones de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y a su normativa de desarrollo

La **STS 06-03-2013 (Rc 855/2012)** aborda la cuestión del régimen de **incorporación de los datos electrónicos al proceso penal**, partiendo del análisis contenido en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la **normativa que regula los aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación de las comunicaciones**, en tanto que en dicha normativa se tratan cuestiones de naturaleza técnica, pero también otras de un indudable sentido constitucional, al afectar, tanto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) como al derecho a la protección de datos.

La sentencia afirma: *“En definitiva, la ejecución de las interceptaciones telefónicas con arreglo a las previsiones de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y a su normativa de desarrollo, encierra una práctica perfectamente acorde con las exigencias constitucionales. Pero para ello es necesario que la cesión de los datos electrónicos generados durante el transcurso de una comunicación telefónica sea también abarcada en el argumentario del Juez instructor que sirve para motivar la procedencia de la medida restrictiva normalmente calificada como principal”* (FJ 2º).

La sentencia niega que se produzca ilicitud probatoria alguna por el mero hecho de que algunas de las personas que fueron sujetos pasivos de una medida de imputación material como la intervención telefónica, no resultaran posteriormente acusadas. La idea de que toda imputación –sea ésta material o formal- convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene acogida en nuestro sistema.

#### 1.5.1.2. Obtención de números telefónicos e IMEI por la Policía. Doctrina. Declaración de secreto implícito en la intervención.

También en el terreno de las intervenciones telefónicas, la **STS 13-02-2013 (Rc 644/2012)** recuerda que la **obtención del IMSI e IMEI sin autorización judicial** es un tema que ha sido abordado por recientes Sentencias, cuya doctrina se expone ampliamente, con cita de la normativa europea al respecto. Indica que el concepto de datos externos manejado por el TEDH en la sentencia del *Caso Malone*, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución *“datos de tráfico”*, en cuyo

ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea.

Se concluye, de todo el extenso análisis de la cuestión, que la información albergada en la serie IMSI no participa de ninguna de las características propias de los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica merecedores de la protección reforzada que se dispensa en el art. 18.3 de la CE. Aunque, se añade, *“la negación del carácter de dato integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, no implica su irrelevancia constitucional”* (FJ 2º).

Especial mención se hace de la entrada en vigor de la Ley 25/2007, 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, que junto con lo indicado; de modo que acudiendo a la capacidad de recogida de datos que la Ley Orgánica 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, concluye que: *“En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia”*.

Esta resolución señala que *“la motivación del secreto va implícita en la del auto acordando la intervención”* (FJ 2º).

#### 1.5.2. Grabación de sonidos e imágenes.

La **STS 19-04-2013 (Rc 1269/2012)** descarta la vulneración del **derecho al secreto de las comunicaciones en el caso de la grabación por uno de los participantes de una conversación mantenida con el acusado** ya que no hubo interferencia de alguna de las comunicaciones por parte de un tercero ajeno a las mismas. Lo registrado fueron manifestaciones del posteriormente acusado, en un ámbito extra-procesal, prestadas voluntariamente y sin constricción; que, finalmente, se han incorporado a la causa por uno de los participantes en ese acto de interlocución, que las había grabado reservadamente.

Por su parte, la **STS 05-06-2013 (Rc 1467/2012)**, en un supuesto de delito contra la integridad moral por la agresión a un detenido por parte de un agente policial, **otorga validez a la grabación videográfica realizada en dependencias policiales.**

#### 1.5.3. Obtención de datos y registro de ordenadores.

Por su parte, la **STS 17-04-2013 (Rc 1461/2012)** recuerda la **necesidad de adoptar todas las cautelas precisas para la cesión de los datos que debían llevar a la identificación del usuario de dos determinadas cuentas del programa de mensajería instantánea ofrecido por Microsoft.** Esa información, pese a su aparente neutralidad técnica, es susceptible de protección en el ámbito de la Ley Orgánica 15/1999, 13 de diciembre, de

Protección de Datos Personales. Y el carácter de la dirección IP como dato personal ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas resoluciones. A raíz de los datos proporcionados por las operadoras, mediando el oportuno mandamiento judicial, fue posible la identificación de la persona que, desde esa IP, accedía a la red y utilizaba el programa de mensajería instantánea, como vehículo para contactar con menores y adolescentes y, en la mayoría de las ocasiones, como instrumento de chantaje.

La defensa cuestionaba la incorporación del CD en el que constaban los datos que habían permitido a los agentes de policía llegar a la identificación del acusado, pues no había podido llevar a cabo la contrapericia de ese rastreo, pero lo cierto es que lo que opuso fue, precisamente, la posibilidad de que el CD se incorporara a la causa, verificando la sentencia que examinamos que la forma de identificación de las IPs fue objeto de un expreso debate promovido por el Tribunal *a quo* ante las quejas de la defensa y la vigencia del principio de contradicción en la práctica de la prueba pericial no podía ser cuestionada.

Más adelante se afirma que el **acceso a los contenidos de cualquier ordenador** por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial, exponiendo que la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo, aludiendo al concepto del “derecho al propio entorno virtual”. En él se integraría toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Se analiza, pues, la intervención, en el dormitorio usado por el acusado, de tres ordenadores, dos de ellos portátiles. Y en relación con la literalidad del mandamiento de entrada y registro se afirma que es *“claro que para “averiguar” si los ordenadores y demás dispositivos intervenidos tenían o no relación con el delito que estaba siendo objeto de investigación, resultaba indispensable su intervención y, claro es, su ulterior examen (...) Ninguna objeción puede formularse a ese acceso inicial de prospección de los contenidos. El consentimiento inequívoco del interesado actúa en este caso como verdadera fuente de legitimación. Estamos en presencia, además, de un acto expresamente autorizado por el Juez de instrucción, durante cuyo desarrollo se produce la entrega voluntaria de la clave”* (FJ 8º).

El acusado ofreció a los agentes la clave -trascrita en el acta- que permitió el encendido y una primera constatación de contenidos. Recuerda asimismo la sentencia que venimos viendo que *“la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez la intervención del Secretario judicial”* (FJ 8º). La sentencia ofrece, pues, una interesante exposición sobre la legitimidad de la

diligencia -que no precisaba de asistencia letrada- y sobre la relevancia probatoria de la pericia consiguiente.

#### *1.5.4. Cacheo.*

La **STS 07-03-2013 (Rc 416/2012)** ofrece una **exposición de la doctrina sobre la diligencia de cacheo**, recordando su naturaleza específica, su esencial diferencia con la detención, la falta de exigencia de asistencia letrada para su práctica, su relación con el derecho a la intimidad personal y la ausencia de afectación al derecho a la integridad física. Recordando que la jurisprudencia, en reiterados precedentes, ha declarado la acomodación legal y constitucional de los cacheos, subrayando que, precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial.

#### *1.5.5. Cadena de custodia.*

Sobre el aspecto, cada vez más invocado en la formulación de los recursos de casación, atinente a la cadena de custodia, la **STS 26-03-2013 (Rc 1179/2012)** afirma que **la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad**. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta o completa de alguno de los pasos, etc.) es idónea para generar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba.

#### *1.5.6. Reconocimiento fotográfico.*

En relación con la diligencia de reconocimiento fotográfico, la **STS 2ª 30-11-2012 (Rc 10529/2012)** dice que es un medio legítimo de investigación policial. Sólo cuando en el mismo confluyan irregularidades y no existan otros medios de prueba independientes, podría cuestionarse no su regularidad como medio de investigación, sino su valor probatorio y su solidez para sustentar como elemento aislado un pronunciamiento de culpabilidad.

Y la **STS 26-03-2013 (Rc 929/2012)** tras reconocer como pacífica una precisa jurisprudencia acerca de la admisibilidad de las diligencias de identificación de sospechosos de actos delictivos en sede policial, recuerda que el Tribunal Constitucional atribuye a esos reconocimientos, policial o judicial, previos al juicio oral naturaleza de **medio válido de investigación**, y reitera la necesidad de que la diligencia previa a dicho juicio se revista de garantías de credibilidad. Partiendo de la doctrina jurisprudencial, y en relación con las consecuencias que se derivan en orden a la presunción constitucional de inocencia, en el caso de que quien reconoció previamente a un sospechoso como el verdadero autor del hecho delictivo, en el juicio oral no reitera esa identificación, la sentencia concluye la absolución de los acusados

#### *1.5.7. Entrega controlada.*

En la **STS 22-10-2012 (Rc 2544/2011)** se subraya la irrelevancia del carácter de agente encubierto o no que ostentara la persona que accedió a recoger una maleta al hotel, no siendo por tanto de aplicación el art. 282 bis de la LECrim, pues el realmente aplicable es el art. 263 bis, ya que se trata conforme expresa el auto del juez instructor, de una entrega controlada o vigilada.

#### *1.5.8. Inspección ocular de vehículo.*

En la **STS 15-04-2013 (Rc 1971/2012)**, se rechaza la pretensión de nulidad de la diligencia de inspección ocular del vehículo en las dependencias de la Guardia Civil sin la presencia de los dos imputados, a pesar de hallarse detenidos, y sin la de ningún letrado. Tras recordar que, como tal diligencia de investigación, no requiere intervención judicial se añade que el *“que la práctica del registro del vehículo sin la intervención judicial y sin la presencia de los imputados no vulnere ningún derecho fundamental que determine la nulidad radical de la diligencia, no quiere decir que los funcionarios policiales que la practiquen no procuren que estén presentes los imputados cuando estos se hallen en las dependencias policiales y no concurren obstáculos fundados para que asistan al registro. Pues resulta incuestionable que el derecho de defensa y el principio de **contradicción** han de cumplimentarse en la medida de lo posible incluso en la fase preprocesal de la instrucción”* (FJ 1º).

### **1.6. Prueba.**

#### *1.6.1. Declaración en sede policial sin asistencia letrada: consecuencias.*

En la **STS 27-02-2013 (Rc 735/2012)** se razona la imposibilidad de utilizar las declaraciones prestadas ante la policía por un imputado sin asistencia letrada: *“La ausencia de letrado impide la valoración como prueba de esa declaración policial. A la vista del art. 767 LECrim puede dudarse sobre la posibilidad de renunciar a esa asistencia no en general, que no es posible, sino para una concreta diligencia de declaración. La redacción no es totalmente concluyente.”* (FJ 5º).

#### *1.6.2. Testimonio de referencia.*

Sobre la siempre debatida eficacia probatoria del testimonio de referencia citaremos dos sentencias de interés.

La **STS 26-03-2013 (Rc 1179/2012)** afirma que el **testimonio de referencia no puede ser usado como mecanismo para eludir el necesario debate contradictorio**, introduciendo en el juicio una declaración, no a través de la comparecencia de quien la hizo, sino de quienes la oyeron. Pero el panorama es radicalmente diferente cuando al acto del juicio concurren tanto testigos de referencia como, el testigo directo; en ese caso no hay razón para esas reservas pues el testimonio de referencia puede contrastarse con el directo.

Y la **STS 28-09-2012 (Rc 10218/2012)** define la testifical de referencia como “*una fuente mediata de posible conocimiento, que declara, no sobre el hecho procesalmente relevante, sino sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado (...)*”(FJ 1º). De manera que: 1) solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo; 2) se trata de una prueba que carece por sí sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia.

#### *1.6.3. Dispensa del art. 416 de la LEcrim. Lectura de declaraciones sumariales.*

La **STS 21-12-2012 (Rc 10716/2012)** recuerda que **no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto del Juicio oral, de la dispensa** que la Ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica)

#### *1.6.4. Prueba testifical de menor de edad: ausencia en el juicio.*

La **STS 20-12-2012 (Rc 788/2012)**, tras proclamar que la doctrina general, a efectos de práctica de prueba testifical en el juicio oral, sigue siendo la de su desarrollo presencial ante el órgano encargado del enjuiciamiento, aunque el testigo o víctima fuere un menor y hubiere depuesto ante el Juez de Instrucción, **efectúa una exposición sobre la regulación –incluyendo la normativa supranacional- de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor**, en relación con la regulación procesal de la actuación de testigos y víctimas, en un supuesto que plantea el derecho a la prueba consistente en **prueba testifical de una menor víctima de abusos sexuales**.

Tras afirmar que los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo, se dice:

1) Debe tenerse en cuenta que la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 16 de junio de 2005 (“caso Pupino”), de ningún modo excluye la realización de la prueba con la intervención de los magistrados encargados del enjuiciamiento en la fase de juicio oral.

2) Ha de ponerse el acento en que, con la misma habilidad, cautelas y medios con los que pueda llevarse a cabo la exploración-entrevista en la fase de instrucción como prueba anticipada, puede y debe realizarse la prueba ante el Tribunal de instancia.

3) Sólo, excepcionalmente, podrá tenerse la exploración por realizada, y surtir los efectos probatorios que correspondan, sin necesidad de su repetición en el juicio oral, cuando se den las circunstancias siguientes: a) acentuada minoría de edad del testigo-víctima; b) comprobación por el propio Tribunal (con los asesoramientos pertinentes en su caso) de la realidad y corrección técnica de la exploración y de su grabación en soporte audiovisual, fácilmente reproducible en la vista; c) que se hayan salvaguardado los principios de inmediación, contradicción y defensa.

## **1.7. Derecho a los recursos.**

### *1.7.1. Segunda instancia, casación. Cuestiones varias*

La **STS 04-03-2013 (Rc 901/2012)** expone que el régimen jurídico de la impugnación por la vía de la incongruencia omisiva del art. 851.3 de la LECrim, ha experimentando un cambio sustancial, ya destacado por la más reciente jurisprudencia de esta Sala, respecto de los términos de su alegación. Se refiere a la necesidad de acudir previamente a la solicitud de integración de la sentencia en la instancia. Dada la excepcionalidad que es propia del recurso de casación y, sin perjuicio de ponderar, en cada caso concreto, la relevancia constitucional de la omisión en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, está fuera de duda que aquellos errores puramente formales, subsanables mediante la simple alegación ante el Tribunal *a quo*, habrán de hacerse valer por medio del expediente acogido por el art. 267.5 de la LOPJ.

Como cuestión destacada en el ámbito del propio recurso de casación, se ha tratado la **posibilidad de sustituir la sentencia absolutoria recaída en la instancia por una sentencia condenatoria.**

Al respecto cabe citar la **STS 19-07-2012 (Rc 2119/2011)**, la **STS 30-10-2012 (Rc 161/2012)**, la **STS 02-11-2012 (Rc 2531/2011)** y la más reciente **STS 16-05-2013 (Rc 1812/2012)**.

La primera aborda la compleja cuestión procesal suscitada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue trasvasada después a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de si pueden modificarse las sentencias absolutorias dictadas en la instancia y ser sustituidas por una condena ex novo en apelación o en casación cuando los acusados no han sido oídos previamente a la sentencia dictada por el Tribunal ad quem y además concurren pruebas personales en la primera instancia. A tal efecto, **ofrece un estudio de la doctrina del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta Sala, reflexionando sobre las consecuencias que genera la doctrina del TEDH en el régimen jurídico de los recursos en el proceso español**, y, en el caso, concreto, la imposibilidad de apreciar en la segunda instancia el tipo subjetivo, respecto al ánimo defraudatorio de los acusados.

La **STS 30-10-2012 (Rc 161/2012)** se pronuncia en el mismo sentido y la **STS 02-11-2012 (Rc 2531/2011)** reitera la doctrina del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre esta cuestión: **no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio**

**de instancia cuando la condena requiere 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 y el alcance del recurso.

Por último la **STS 16-05-2013 (Rc 1812/2012)** recuerda la Doctrina TEDH sobre la materia, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012 (*“La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley”*) y la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional.

En materia de **recursos ante el TEDH** y los efectos durante la **pendencia** de aquéllos de lo resuelto por dicho órgano en primera instancia, la **STS 27-12-2012 (Rc 10671/2012)** se ha pronunciado en este sentido: *“el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STDH 10 de julio de 2012, nº 42750/2009 (Asunto del Río Prada contra España) ha estimado que la resolución recurrida, que había aplicado la doctrina que se viene exponiendo, violaba los arts. 7 (principio de legalidad) y 5.1 (derecho a la libertad y seguridad) de la Convención, pero se trata de una resolución que no es firme, por lo que no afecta al presente recurso al estar pendiente de la decisión por la Gran Sala.”*

Respecto a los concretos motivos del recurso de casación, la **STS 22-05-2013 (Rc 10895/2012 P)**, señala que **el rechazo de una prueba ofrecida en el acto del juicio oral a través de lo dispuesto en el art. 729.3º de la LECrim, es susceptible de recurso de casación** por la vía del quebrantamiento de forma del art. 850.1º de la Lecrim.

#### *1.7.2. Casación para unificación de doctrina: menores, materia penitenciaria.*

En materia de recursos de casación para **unificación de doctrina**, destacamos dos sentencias.

De un lado, en el terreno de la responsabilidad penal de los **menores**, la **STS 24-09-12 (Rc 20141/2012)** resolvía la cuestión suscitada respecto de la relación entre los arts.7 y 10.2 de la LORPM, y la interpretación del segundo de ellos. Siendo que el núcleo de la unificación que se instaba consistía en determinar si las medidas del art. 10.2 de la LORPM están, o no, exceptuadas de la división en dos períodos en el sentido previsto en el art. 7.2 de la mencionada ley. La sentencia concluye que **el art. 10.2 LORPM presenta unas medidas sancionadoras especiales respecto al régimen general del art. 7.2**, para los casos contemplados en el art.10.2. La especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la ley establece. Considera que el art. 10.2 de la LORPM dispone un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y

especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el art. 7.2 de la misma ley.

En segundo lugar, y en el terreno **penitenciario**, la **STS 28-02-2013 (Rc 20495/2012)** abordó la necesidad de **unificar la interpretación de la normativa aplicable, en un supuesto derivado de la pretensión del recurrente de que se le autorizase la introducción de una videoconsola** modelo “PlayStation II” en el centro penitenciario. La sentencia entendió procedente unificar la discrepancia entre las Audiencias implicadas, en el sentido de entender correcto el criterio mantenido por la resolución recurrida, que se presenta acorde con lo que se dispone en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario y con la relación de objetos prohibidos a los que se refiere la Instrucción 3/2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

#### *1.7.3. Prejudicialidad.*

La **STS 27-06-2012 (Rc 2163/2011)**, que aborda varias cuestiones de interés suscitadas en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, da respuesta a la reclamación derivada de la decisión del TSJ de no suspender la vista de apelación, por la interposición previa, por parte de la defensa del acusado, de una denuncia por falso testimonio contra dos de los testigos de cargo que depusieron en el Juicio del Jurado. Resuelve que *“la mera existencia de una denuncia no puede comportar la suspensión de un recurso contra la sentencia (...), no cabe prejudicialidad penal ante la misma jurisdicción penal en la resolución de un recurso contra una sentencia penal.”* (FJ 4º).

#### *1.7.4. Casación en el procedimiento abreviado.*

En cuanto a las resoluciones susceptibles de recurso de casación, la **STS 26-10-2012 (Rc 2201/2011)** aborda la controvertida cuestión de especificar **en qué casos cabe recurso de casación contra autos en el procedimiento abreviado**. Tras exponer la evolución de la doctrina jurisprudencial en este terreno, partiendo del contenido del art. 848 de la LECrim, y ofreciendo un análisis de la evolución legislativa, derivada de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral y de que el imputado tuviese capacidad para oponerse eficazmente mediante un recurso a esa decisión, la sentencia que citamos razona, en el supuesto de autos, que **contra el Auto dictado en causa especial estimando el recurso de apelación contra el auto de prosecución no cabe casación**: *“El auto estimando el recurso de apelación frente a la decisión de proseguir el procedimiento dando traslado a las acusaciones no puede tener un régimen de impugnación más generoso que la estimación de una apelación frente al procesamiento; o que el sobreseimiento dictado en un procedimiento ordinario donde no está procesada la persona frente a la que se quiere ejercitar la acusación.”* (FJ 3º).

### **1.8. Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Formación del veredicto. Acuerdo del Pleno de 13 de marzo de 2013. Cuestiones varias.**

En el seno del procedimiento ante el **Tribunal del Jurado** no han dejado de suscitarse cuestiones controvertidas, como lo evidencia, entre otras, la **STS 23-04-2013 (Rc 424/2012)**, que plantea, entre otros interesantes extremos, el de la revisión de la valoración probatoria, el del reparto de funciones en el juicio por jurado, el atinente a la mayoría necesaria para declarar no probado un hecho desfavorable, el relativo a la intervención de las partes en el contenido del objeto del veredicto (art. 53.1 LOTJ) y los referentes a la motivación de las sentencias absolutorias y a la contradicción en la motivación del veredicto del Jurado.

Sobre la cuestión de las **mayorías precisas para alcanzar un veredicto**, recoge la sentencia el acuerdo adoptado en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 13.3.2013, sobre interpretación del art. 59.1 LOTJ. Señala que para declarar como no probado un hecho desfavorable basta la mayoría absoluta de cinco votos, tras exponer entre otros argumentos que *“no hay razón que permita entender que la declaración como no probado de un hecho desfavorable haya de exigir una mayoría mas rígida de la exigida para la declaración como probado de un hecho favorable, cuando ambas decisiones tienen el mismo sentido por reo”* (FJ 2º).

También la **STS 27-03-2013 (Rc 324/2012)**, y con anterioridad a la precedentemente citada, **hace aplicación del mismo Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 13.3.2013**, sobre interpretación del art. 59.1 LOTJ. La sentencia, de gran interés, recoge la doctrina sobre la naturaleza del recurso de casación, destacando su originario carácter de recurso extraordinario, como garante y custodio del principio de seguridad jurídica, *“nota que brilla con luz propia”* en el procedimiento del Tribunal del Jurado, en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, recordando la normativa supranacional sobre la doble instancia. Se expone la necesidad que se planteó en la resolución del caso, de someter a deliberación del Pleno de la Sala la decisión a adoptar cuando no se consiguen ninguna de las mayorías exigidas en el art. 59 de la LOTJ.

En el ámbito de la **recurribilidad en casación de las resoluciones recaídas en el procedimiento de la LOTJ**, la **STS 27-02-2013 (Rc 735/2012)** plantea la problemática derivada de la intercalación de una sentencia de apelación entre la de instancia y la de casación –que altera en alguna medida el funcionamiento tradicional de la casación-. Particularmente cuando se somete a censura una sentencia que no zanja definitivamente la cuestión penal -mediante la absolución o condena- como es consustancial a todas las sentencias dictadas en primera y única instancia (arts. 141, 142 y 144 LECrim), sino que la deja abierta a resultados de la celebración de un nuevo juicio. Se trata pues del supuesto de la **casación de la sentencia de apelación que anula la del Tribunal del Jurado ordenando la repetición del juicio**, y el tratamiento de los motivos de apelación que quedaron sin resolver.

Se recuerda que el clásico recurso de casación a que responde la regulación de la ley procesal penal está diseñado para sentencias y autos definitivos y no para resoluciones, como la que ahora se examina, que han anulado un pronunciamiento anterior. Lo que determina la inaplicabilidad

esencial de muchos de los motivos de casación contemplados en los arts. 849 a 852 LECrim, como la sentencia explica. Se concluye que frente a la decisión del Tribunal Superior de Justicia anulando el juicio celebrado por el Tribunal del Jurado no cabe casación por infracción de Ley del art. 849.1º y 2º, ni por los motivos de quebrantamiento de forma incompatibles con tal pronunciamiento.

*“Anulada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, si ésta dejó motivos de apelación sin resolver, habrán de ser dilucidados en una segunda sentencia dictada por el Tribunal de Casación, que actuaría en ella como Tribunal de apelación, al igual que asume el papel del Tribunal de instancia en la casación ordinaria cuando estima un motivo por infracción de ley y ha de dictar segunda sentencia” (FJ 4º).*

Se finaliza afirmando que la **rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena** luego anulada en apelación no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH.

## **2. Juicio oral.**

### **2.1. Dispensa a la obligación de declarar.**

La **dispensa contemplada en el art. 416** de la LECrim ha sido objeto de distintas interpretaciones en la jurisprudencia, lo que ha determinado la necesidad de debatir el alcance de tal facultad, concedida a los testigos cuando se trate de parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 de la LECrim (los que no están obligados a denunciar).

Como consecuencia, se adoptó un **Acuerdo en el Pleno no jurisdiccional** que tuvo lugar el día **24 de abril de 2013**, con el siguiente contenido:

*“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.*

Y en la **STS 26-04-2013 (Rc 1462/2012)** se recoge el contenido de dicho acuerdo, haciendo aplicación del mismo al caso de autos. Se dice, a tenor de ello, que la acusado se le imputaba un *“delito de quebrantamiento de condena, estando ya ejecutoriamente condenado por hechos similares acaecidos con anterioridad, y todo ello pone en evidencia que ya había cesado, años atrás, la*

*relación de pareja cuando se produjeron los hechos ahora enjuiciados, por lo que acorde con jurisprudencia de esta Sala, ratificada en el pleno no jurisdiccional antes mencionado, la testigo y víctima de los hechos no estaba dispensada” (FJ 2º).*

## **2.2. Declaración por el sistema de videoconferencia.**

En la **STS 22-10-12 (Rc 10423/2012 P)**, desde la perspectiva del derecho de defensa a la hora de intervenir en la práctica de las pruebas, se analiza la denuncia de la defensa respecto del sistema de videoconferencia a través del cual declaró una testigo, por vulnerar el principio de inmediación y, en consecuencia, el derecho de defensa.

Parte el análisis de la denuncia de que la modalidad de declaración mediante videoconferencia se encuentra recogida en la actualidad en el art. 731bis L.E.Cr., con la finalidad de verificar a la mayor celeridad la celebración de las vistas orales. Añadiendo que *“no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculpados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido”* (FJ 2º).

## **2.3. Valor de la grabación del acto de juicio oral.**

En la **STS 23-04-2013 (Rc 424/2012)**, se reflexiona respecto del **valor de la grabación de la vista oral, como base para dictar una sentencia condenatoria en segunda instancia**, valorando diversas testificales, declaraciones de los acusados y peritos, así como todas las incidencias que sucedieron en el juicio oral, utilizando dicha grabación del juicio oral celebrado en primera y única instancia. Invocaban los recurrentes, en el sentido de poder valorar y estimar la existencia de error en la apreciación de la prueba, no solo la prueba documental, sino además la propia acta del juicio, pues al estar su soporte audiovisual, no se produce quebranto alguno de los principios de inmediación y contradicción, pudiendo por tanto, dictar una sentencia condenatoria en segunda instancia. La sentencia analizada rechaza tal posibilidad, ofreciendo un análisis de la trascendencia de la garantía de la inmediación, con un repaso de la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en relación con la cuestión de la presencia del acusado en el juicio de apelación.

## **3. Sentencia.**

### **3.1. Motivación.**

En el terreno de la motivación de las sentencias, se ha reiterado por las resoluciones de la Sala la **necesidad de motivar las sentencias**, especialmente en el aspecto fáctico cuando se trata de sentencias

condenatorias y el acusado ha negado los hechos, pero también cuando se trata de sentencias absolutorias. Ello, como recuerda la **STS 3-10-2012 (Rc 1122/2011)**, para permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. *“El Tribunal debe enfrentarse con todas las pruebas disponibles, examinando expresamente el contenido de las de cargo y de las de descargo y explicando de forma comprensible las razones que le asisten para optar por el mayor valor probatorio de unas u otras en cada caso”* (FJ 1º).

### **3.2. Integración de sentencias.**

En la **STS 4-10-2012 (Rc 725/2012)**, al hilo del motivo de recurso planteado por el Ministerio Fiscal, se recoge la **doctrina de la “cuestión nueva”**, y de, en lo que ahora nos interesa, la existencia del expediente del art. 161.5º de la LECrim, reformada en 2009, en sintonía con el art. 267.5 de la LOPJ, con el que se han ampliado las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones.

Recuerda la sentencia que: *“Es factible integrar y complementar la sentencia en cuanto guarde silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se pone en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan atinada previsión se quiere evitar primeramente que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones (...) Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia está todavía en período de rodaje. Pese a ello ya existe una jurisprudencia (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre, 1073/2010 de 25 de noviembre o la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre), que lo ha convertido en requisito previo para un recurso por incongruencia omisiva (art. 851.3º)”* (FJ 1º).

### **3.3. Costas. Gastos del proceso.**

En la importante **STS 29-01-2013 (Rc 10145/2012)** que hemos venido citando en relación con diversos aspectos reseñables en materia procesal, se contiene una **interesante exposición relacionada con los gastos del proceso, concretamente con la responsabilidad civil derivada de las infructuosas labores de búsqueda del cuerpo de la fallecida.**

La Audiencia rechazó que procediese indemnizar al Estado sobre la base de entender que la investigación del delito es tarea que constituye una obligación de la Policía.

La sentencia de casación parte de que no existen previos pronunciamientos en el orden penal, particularmente por parte de esta Sala de Casación, que examinen semejante disyuntiva entre la responsabilidad civil *ex delicto* y las costas procesales ante este tipo de situaciones. Se afirma que tampoco de la normativa penal cabe extraer conclusiones directas en este punto, ni siquiera entre las recomendaciones de la Unión Europea.

Tras exponer las razones por las que no cabe incluir los gastos en el concepto de responsabilidad civil, se concluye que la catalogación de los gastos reclamados como costas tiene mejor acomodo en nuestra legislación sustantiva y procesal, porque el art. 124 CP se refiere a las costas que “comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales; y, con mayor concreción, el art. 241.4 de la LECrim se refiere a las “indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y (a) los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa”.

#### **4. Penalidad y ejecución. Máximo de cumplimiento. Acumulación de condenas. Beneficios penitenciarios.**

En el terreno de la acumulación de penas y fijación del límite máximo de cumplimiento, dos sentencias hacen referencia al **Acuerdo del Pleno de fecha 19 de diciembre de 2012**.

La **STS 17-01-2013 (Rc 10679/2012 P)** hace aplicación del acuerdo, al resolver la pretensión del Ministerio Fiscal en su recurso, que es desestimado. Tras admitir la existencia de fundamentos doctrinales que ampararían la alternativa interesada por el Fiscal, la sentencia recoge el citado acuerdo para negar la procedencia de aplicar el límite de 30 años de cumplimiento en el caso. Ello porque, atendiendo a las penas de 17 y 19 años, impuestas a los acusados como responsables en concepto de autores de un delito de asesinato en tentativa, la referencia punitiva que fija el art. 140 del CP para los casos en que concurren las circunstancias específicas de alevosía y ensañamiento, no puede ser tomada como referencia, en la medida en que da por supuesta la consumación del delito, esto es, la muerte de una persona que, en el presente caso, pese a la gravedad del hecho, no llegó a producirse. Explicando la sentencia que: *“El carácter del delito de asesinato intentado como tipo de imperfecta ejecución, con su propio marco punitivo, obliga a atender, para la determinación del límite de acumulación jurídica, a la pena impuesta por razón del hecho verdaderamente ejecutado”* (FJ 3º).

Por su parte la **STS 08-11-2012 (Rc 10626/2012 P)** menciona dicho acuerdo, en la resolución de un supuesto de interés, en que el delito más grave de aquellos por los que fue condenada la recurrente estaba representado por la **conspiración para asesinato terrorista**. La sentencia expone la pacífica línea jurisprudencial respecto de la figura de la conspiración para delinquir, su diferenciación respecto de la tentativa, y la penalidad de ambas. Se recuerda que la conspiración recibe sustantividad propia únicamente en aquellos supuestos expresamente queridos por el Legislador, mediante un catálogo *numerus clausus*. Se dice que la combinación de los arts. 70 y 76 CP, tras sus diferentes y sucesivas reformas, provoca en verdad un vacío respecto de situaciones como la examinada, en las que no se cumple, por ello, el requisito exigido en la regla a) del art. 76 CP, para resolver que la literalidad del precepto obliga a reconducir el límite máximo de cumplimiento a la regla general (hay que reconducir el máximo de cumplimiento al límite general de los veinte años)

mientras que de superarse los veinte años habrá que mirar hacia la regla b) del art. 70.1 CP.

En el terreno estricto de la acumulación de condenas, la **STS 19-11-2012 (Rc10705/2012)**, reitera que **la propia naturaleza de los autos de acumulación dictados al amparo del art. 76 del Código Penal impone su modificabilidad cuando se producen nuevas condenas**. Y la **STS 04-10-2012 (Rc10057/2012)** recuerda que: *“Cuando el art. 988 adjudica la competencia para la fijación del límite de cumplimiento al “Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia”, encierra tan sólo un criterio de atribución competencial, pero no impone que esa última resolución, en atención a su fecha, sea la que inspire la procedencia o improcedencia de la acumulación interesada”* (FJ 3º).

De otro lado, la **STS 23-05-2013 (Rc 11252/2012 P)** recuerda la **posibilidad de acumulación de condenas, aun cuando en alguna de las sentencias acumulables la pena privativa de libertad hubiese sido ya cumplida**. Doctrina recogida en numerosas sentencias en las que, con remisión a otros pronunciamientos anteriores (SSTS de 30 de marzo de 1992, 1 de julio de 1994 ó 30 de octubre de 1996), se afirma no obstar a la acumulación el hecho de que las condenas hubieran quedado ya extinguidas, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. *“En conclusión, no han de excluirse las condenas ya cumplidas, y ello porque el propio Código Penal establece que cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en la forma que ha puesto de manifiesto la STS núm. 197/2006, de 28 de febrero, dictada por el Pleno jurisdiccional de esta Sala, por lo cual, es evidente que el cumplimiento previo de alguna de las penas impuestas no constituye óbice alguno para la aplicación de la institución de la acumulación de condenas”* (FJ 1º).

En este campo, la **STS 13-05-2013 (Rc 10003/2013)** afirma que la jurisprudencia actual, de modo uniforme, considera que **la existencia de acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada**. Ello es consecuencia de la adopción del criterio cronológico, que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias, de forma que, apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior pero que podían haberlo sido, no existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad, ampliando la acumulación ya practicada.

También merece ser destacada la **STS 17-04-2013 (Rc 11117/2012 P)**, que considera que **en la acumulación de penas, procede la inclusión, en su caso, de una condena impuesta por un Tribunal extranjero**.

En el mismo terreno de la ejecución de condenas, cabe citar, de un lado, la relevante **STS 27-07-2012 (Rc 10066/2012 P)** esencialmente, por su trascendencia en la resolución de los casos en que se ha hecho aplicación de la doctrina contenida en la STS 197/2066. La sentencia recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que consagra el principio de la **intangibilidad de las resoluciones judiciales cuando han acogido para la aplicación de la redención de penas por el trabajo el cómputo global de la acumulación como razón para optar, como más favorable, el Código Penal de 1973.**

## **II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO.**

Expondremos a continuación una selección de algunas de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Para ello distinguiremos entre aquellas que resuelven cuestiones relacionadas con la parte general del derecho penal, y aquellas otras que analizan problemas relacionados con algunos delitos concretos.

### **1. Parte general.**

#### **1.1. Autoría y participación.**

Cuando en un delito intervienen varias personas es preciso distinguir entre autores y partícipes. Esta cuestión se plantea en muchas de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. A título de ejemplo se han seleccionado algunos supuestos de coautoría, relacionados con los delitos de salud pública, lesiones, detención ilegal y tentativa de asesinato; también de cooperación necesaria en un delito especial como es la prevaricación; un supuesto de atentado y uso ilegítimo de vehículo a motor en el que se contemplan las figuras de cooperador necesario y el cómplice; un caso de tentativa de homicidio en el que el acusado, inicialmente condenado como autor por un Jurado, lo fue posteriormente a título de cómplice, por el Tribunal Superior de Justicia; y un supuesto de complicidad en un delito contra la salud pública.

##### *1.1.1. Coautoría*

La **STS 07-02-2013 (Rc 671/2012)** se refiere a un supuesto de condena de varias personas como **coautores de un delito contra la salud pública**, las cuales fueron sorprendidas de madrugada en el momento en el que estaban descargando fardos de hachís de una embarcación; tratando de huir al percatarse de la presencia policial.

En el recurso se instó su condena como cómplices, alegación que fue desestimada por la Sala de lo Penal.

Los verbos que maneja el artículo 368 del CP, «promueva, favorezca o facilite», son de gran amplitud, por lo que los casos de complicidad serán muy excepcionales, desbordando la conducta de los recurrentes esos supuestos. Una cosa es, declara la sentencia, que los acusados actúen por encargo o al

servicio de otros, que sean meros peones, lo que puede servir para excluir alguna de las agravaciones del artículo 370 del CP, y otra muy diferente que estando ante actuaciones conjuntas y concertadas, con varios partícipes, se pretenda separar a los principales, para considerarlos autores, y a los subalternos, para entender que estos son cómplices.

En definitiva, concluye la sentencia que la actuación de estos peones o subalternos queda integrada dentro de los actos descritos en el artículo 368 del CP, puesto que con su labor facilitan y favorecen el consumo de drogas tóxicas, y por lo tanto integra un supuesto que encaja en el art. 28 CP, siendo cuestión distinta que a efectos de individualizar la pena, se tenga en cuenta la labor concreta de cada uno de los acusados, distinguiendo entre los organizadores de la operación y los que se mueven en un estadio muy secundario realizando tareas de descarga o vigilancia.

La **STS 25-09-2012 (Rc 29/2012)** expone, por su parte, qué criterios han de tenerse en cuenta para concluir que todos **los intervinientes en una agresión conjunta** han de ser condenados como coautores respecto a las lesiones causadas durante la misma.

A este respecto, se exponen los siguientes criterios:

-Todos los que intervienen en una pelea, para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho. Es lo que ha venido en llamarse **principio de imputación recíproca**.

En todo caso, es necesario comprobar dos cuestiones, que cada interviniente sea autor, **en el sentido de tener dominio del hecho; y la efectiva acción que ha realizado**.

- No obstante, junto a la decisión conjunta que se basa en un acuerdo, previo o simultáneo, debe valorarse la posibilidad de **excesos** por alguno de los partícipes, excesos de los que los demás podrán quedar exculpados porque, más allá del acuerdo, no hay imputación recíproca. Solo cuando no se aprecia exceso alguno sobre lo tácitamente acordado, es cuando todos ellos responden de la totalidad del resultado lesivo producido.

En definitiva, **habrá de valorarse si existe acuerdo previo o simultáneo entre los agresores, y considerar si alguno de ellos se ha excedido de lo acordado, con el fin de no imputar ese exceso a los demás coautores**. Partiendo de estas normas, habrá de estarse a cada caso concreto.

En la misma línea, la **STS-27-12-2012 (Rc 11898/20119)** se refiere a un supuesto de delito de allanamiento de morada, en concurso medial con un delito de robo con violencia, y un delito de asesinato en grado de tentativa, en el que los acusados son condenados como coautores.

La Sala de lo Penal expone los criterios para **determinar la coautoría**, y concluye que la realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos, en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos; determinando que esto fue lo que ocurrió en el supuesto de autos, en el que los acusados, de común acuerdo, acudieron al domicilio de la víctima con la intención de robarle, y la golpearon reiteradamente con un bate, causándole graves lesiones.

La **STS 22-10-2012 (Rc 10423/2012)** se refiere a un supuesto en el que los tres acusados fueron condenados como autores de un delito de detención ilegal, y una falta de lesiones, y respecto al delito de violación por el que también habían sido acusados, dos de ellos fueron condenados como autores, y otro como cómplice.

Uno de los condenados por el delito de detención ilegal alegó en su recurso de casación que su intervención debió calificarse como complicidad o encubrimiento, pero no como coautoría, pues cuando interviene en la secuencia de hechos, este delito ya se ha consumado.

Según el relato de hechos probados, la víctima acude a un domicilio de forma voluntaria, pero cuando quiere salir de allí no se lo permiten. Posteriormente, llegó al lugar el recurrente, y movido por ánimo lascivo y en contra de su voluntad, la encierra en una habitación, y tras golpearla y amenazarla con cortarle el pelo si no se acostaba con él, la obliga a que le hiciera una felación, penetrándola a continuación vaginalmente. Entonces, abandona el domicilio sin auxiliar a la víctima, a quien dejaron marchar los otros dos acusados al día siguiente de estos hechos.

La Sala de lo Penal concluye que el recurrente ha de ser condenado como autor del delito de detención ilegal, pues si bien no formó parte de la trama inicial de los hechos, sí se aprovechó de esa situación de detención ilegal y además la acentuó, pues dentro de la casa, encerró a la víctima en una habitación.

Es decir, **iniciada una situación de privación de libertad deambulatoria de una persona, quien durante la misma se incorpora, es obvio que tiene conocimiento de esa privación, y la mantiene libremente, con total dominio funcional del hecho**, puesto que el acusado pudo haber dado libertad a la víctima y no solo no lo hizo, sino que, como se ha indicado, acentuó la situación de privación, siendo por lo tanto autor del delito.

#### *1.1.2. Cooperación necesaria.*

La **STS-26-03-2012 (Rc 1036/2012)** versa sobre un **delito de prevaricación**. Estamos ante un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. En esta sentencia se analiza la posibilidad de condenar como **cooperadores necesarios** de esta infracción penal a aquellos sujetos que no reúnen esta condición.

Se trata de un supuesto en el que los acusados, técnicos municipales, manipularon cierta documentación que habían de presentar ante un organismo municipal, y que resultó determinante para la adjudicación de una obra a una empresa que, de otro modo, no hubiera resultado adjudicataria de la misma. Los técnicos fueron condenados como autores de un delito de falsedad y además como cooperadores necesarios de un delito de prevaricación, y ello aún cuando, con respecto a esta última infracción, no se condenó a ningún funcionario como autor de la misma, puesto que en ninguno concurrían los elementos del tipo penal aplicable.

Los acusados recurrieron su condena alegando que esta implicaba que eran cooperadores necesarios de un autor que no existía, por lo que se estaría vulnerando el principio de accesoriidad.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece en esta sentencia, remitiéndose a otras anteriores, que el principio de accesoriidad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriidad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquella a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriidad.

**En definitiva, no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en este delito especial cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades y funcionarios que decidieron no lo hicieran a sabiendas de su injusticia, y, en consecuencia, no sean condenados.**

La **STS 03-12-2012 (Rc 10631/2012)** se refiere a un supuesto en el que el recurrente había sido condenado como autor de un delito de atentado a un miembro de la Policía Autónoma Vasca, y por un delito de utilización ilegítima de un vehículo de motor.

Dice la Sala de lo Penal que, respecto al segundo de los delitos mencionados, es cierto que el recurrente, materialmente, no ejecutó el acto típico: la fractura de los mecanismos de seguridad del vehículo y el apoderamiento del mismo. No obstante, **sí ejecutó actos nucleares imprescindibles para su realización, prestando una colaboración esencial** como fue la conducción hasta el lugar de los tres miembros del comando, y la vigilancia desde el interior de su vehículo.

En definitiva, siendo su aporte esencial, de acuerdo con el concepto amplio de autor, su condición de autor por cooperación necesaria, se considera indiscutible.

Sin embargo, en relación con el delito de atentado, **la actuación del recurrente careció de tal relevancia, y por tanto su aporte fue claramente prescindible**, pues solo queda acreditado que realizó alguna vigilancia de la víctima.

Por lo tanto, no puede predicarse que ostentara un dominio del hecho relativo a este delito. Tal dominio solo lo tuvieron los tres miembros del comando, de los que dependía la realización del atentado. El recurrente colaboró de forma eficaz, pero periférica y prescindible, por más que, obviamente, tuviera intención de ayudar y de realizar un aporte a lo decidido y ejecutado por otros. En este sentido señala la Sala de lo Penal, que **lo característico de la complicidad, es que el cómplice conoce y comparte el dolo del autor, realizando un aporte que debe tener eficacia, pero siempre considerando que dicha colaboración no es nuclear, es prescindible.**

### *1.1. 3. Complicidad.*

En la **STS 27-01-2013 (Rc 704/2012)**, el recurrente, que fue condenado por el Tribunal del Jurado como autor del delito de asesinato, es condenado en concepto de cómplice por el Tribunal Superior de Justicia.

En la sentencia del Tribunal del Jurado se declararon probados dos hechos respecto al recurrente. Uno, que agarró a la víctima mientras el otro acusado le golpeaba; y el otro, que siendo su intención inicial apoderarse de los objetos que llevara esta última, decidió, además, ayudar al otro acusado a causarle la muerte, siendo consciente de que no podría defenderse al estar afectadas sus facultades por el consumo de alcohol.

El Tribunal del Jurado condenó a los dos acusados como autores responsables de un delito de asesinato

El Tribunal Superior de Justicia, por su parte, no aceptó como probado que el recurrente agarrara a la víctima mientras el otro acusado le golpeaba. En consecuencia, le condenó como cómplice y no como autor del delito de asesinato.

Examinados los hechos en casación, se comprueba que el recurrente, propinó un fuerte cabezazo en la cara a la víctima, y después observó como su compañero cogió un listón de madera de un banco, y le dio varios golpes en el cráneo, teniendo el recurrente una actitud pasiva, y llevándose finalmente el móvil de la víctima. Ante estos hechos y al no considerarse probado que agarrara a la víctima mientras el otro acusado le golpeaba, considera la Sala de lo Penal que **nos encontramos con una ayuda inespecífica por parte del recurrente, que justifica su condena como cómplice y no como autor, puesto que la imprecisión ha de interpretarse a favor del reo y por lo tanto ha de mantenerse la calificación del Tribunal Superior de Justicia.**

Puede citarse también como **supuesto de complicidad**, en esta ocasión, en relación con un delito contra la salud pública de extrema gravedad por transporte marítimo de hachís, la STS 04-03-2013 (Rc 954/2012), en la que el recurrente, condenado como cómplice, no intervino personalmente, pero facilitó el uso de su vehículo para transportar la droga una vez esta había sido desembarcada.

## ***1. 2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.***

En este apartado se han establecido tres grupos, eximentes, atenuantes y agravantes. La casuística es muy variada, y se han recogido algunas sentencias a título ejemplificativo.

#### *1.2.1. Eximentes.*

La **STS 08-05-2013 (Rc 1191/2012)** no aprecia la concurrencia de **legítima defensa en un supuesto en el que ha existido una riña previa**. Para que concurra la legítima defensa han de darse como requisitos básicos la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, y la necesidad de defenderse de ella.

La jurisprudencia viene entendiendo que no existe agresión ilegítima, a los efectos de esta eximente, cuando se dan situaciones de riña mutuamente aceptada, aunque es cierto, como señala el recurrente, que los Tribunales deben examinar las circunstancias en las que se inició el conflicto, su desarrollo y la posible existencia de cambios cualitativos en la actuación de los contendientes, para evitar el rechazo injustificado de situaciones de defensa ante agresiones de intensidad progresiva.

En el caso concreto, sin embargo, no se aporta por el recurrente, ni se deriva del relato de hechos probados, ningún dato que permita apreciar que, a pesar de la existencia inicial de la riña, posteriormente se produjo un cambio cualitativo que permitiera estimar la eximente completa o incompleta.

También examina esta eximente la **STS 12-11-2012 (Rc 638/2012)**, que consideró que concurría una **legítima defensa incompleta**, desestimando el motivo del recurrente que solicitaba que se aplicara de manera completa. Aunque se produjo una agresión ilegítima por parte del perjudicado, no existió racionalidad y proporcionalidad en el medio empleado por el acusado para repeler esa agresión.

Este último se había refugiado en casa de su madre, alertado de una posible agresión por parte del perjudicado, padre de su esposa, a quien había agredido previamente. Advirtiendo la entrada en el domicilio de su agresor, le salió al paso provisto de un cuchillo. Es cierto que el perjudicado le propinó un golpe en la cabeza con un palo, pero entiende la Sala de lo Penal que lo justificable hubiera sido que el acusado hubiere utilizado el cuchillo con ánimo intimidatorio, o que le hubiera dirigido los golpes a zonas menos vitales, o que le hubiera propinado un único golpe, y no varios y de la entidad que tuvieron, pues hubo de proceder a intervenir quirúrgicamente a la víctima para salvar su vida.

La **STS 15-11-2012 (Rc 10956/2012)** estimó un motivo de casación que solicitaba la aplicación de la **eximente incompleta de intoxicación por bebidas alcohólicas**.

La Sala de lo Penal declara que en el relato de hechos de la sentencia de instancia se reflejó que el acusado, cuando cometió el hecho, estaba «bajo los

efectos de una fuerte intoxicación etílica», y que esa afirmación es congruente con el modo en que se suceden los acontecimientos, pues el acusado llegó a la fiesta familiar cuando ya se encontraba “ligeramente bebido”, es decir embriagado, y continuó consumiendo bebidas alcohólicas hasta las siete de la mañana.

La eximente completa prevista en el párrafo segundo del artículo 20 exige que el acusado se encuentre en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, y cuando esta intoxicación no es plena, pero se declara acreditado que concurre una «fuerte intoxicación etílica», como sucede en el caso actual, es decir una intoxicación semiplena, lo procedente es la aplicación de la eximente incompleta, siempre que la misma no haya sido buscada para cometer el delito.

La **STS-18-12-2012 (Rc 10227/2012)** no aprecia la eximente de **anomalía psíquica** en un supuesto en el que la acusada fue condenada por un delito de lesiones a su hija.

Se reitera en esta resolución la doctrina, según la cual, la aplicación de esta eximente exige la concurrencia de un doble componente, biológico-psicológico, de modo que requiere, además de un sustrato psiquiátrico (patológico), que tal padecimiento produzca en el acusado una incapacidad severa para conocer el alcance de sus actos. Son, pues, dos sus elementos: uno, de carácter biológico, y otro, de naturaleza conductual, o si se quiere, comprensivo del sentido de la norma.

En el supuesto concreto analizado, los informes que valoró el Tribunal de instancia, y que se señalan nuevamente en el recurso de casación, no acreditaron que la acusada hubiera efectuado los hechos en un estado de perturbación psíquica, que hubiera afectado de manera apreciable sus facultades de conocer y de querer, es decir, de saber lo que hacía y de hacer lo que quería, por lo que la eximente no pudo ser apreciada.

### *1.2.2. Atenuantes.*

En la **STS 15-04-2013 (Rc 10831/2012)** el recurrente había solicitado la aplicación de las atenuantes de **dilaciones indebidas, y de drogadicción**. La Sala de lo Penal no estimó la concurrencia de ninguna de ellas.

Respecto de las dilaciones indebidas, la sentencia efectúa un examen de esta atenuante. Señala que exige una duración de las actuaciones que exceda notablemente de lo prudencial, salvo que existan razones que pudieran justificarlo, como supuestos de rebeldía, o de continuas suspensiones provocadas por el acusado. Sin que la misma pueda equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos legalmente establecidos.

Se incide en que el concepto de «dilación indebida» (o el «plazo razonable») es, por naturaleza, un concepto abierto o indeterminado, por lo que habrá de estarse a cada caso concreto; y, cuando se alegue, deberán

señalarse las concretas paralizaciones que hayan tenido lugar en la causa, es decir, no es admisible una alegación abstracta o genérica.

En el supuesto de autos no se apreció por la Sala de lo Penal una duración exagerada, y se consideró además, la complejidad de la causa, y que el recurrente no había concretado los períodos de inactividad procesal que pudieran haber producido un retraso injustificado de las actuaciones.

También sobre la **atenuante de dilaciones indebidas** versa la **STS 10-04-2013 (Rc 1098/2012)**. En este caso, se alegó por el recurrente que habían transcurrido 16 años desde la comisión del primer hecho delictivo hasta el enjuiciamiento.

Al respecto declaró la Sala de lo Penal **que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede identificarse con el derecho a que los hechos se descubran con prontitud**. Se trata de conceptos distintos. El fundamento material de la atenuante cuya aplicación reivindicaba el recurrente no puede vincularse al mero transcurso del tiempo. Existe un derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable, pero no un derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. Así se había declarado ya en resoluciones anteriores (SSTS 106/2009, 4 de febrero y 553/2008, 18 de septiembre).

Muy frecuente es que se alegue la atenuante de **confesión**. La **STS 22-04-2013 (Rc 11.164/2012)** realiza un estudio sobre la misma. Remitiéndose a otras resoluciones anteriores, establece que los requisitos para que pueda apreciarse la misma, son, en esencia, los siguientes: confesión de la infracción efectuada por el culpable; que habrá de ser veraz en lo sustancial y mantenerse a lo largo de las distintas fases del proceso, también en lo sustancial; deberá hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; y por último, el requisito cronológico, que la misma se realice antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, entendiéndose que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

No obstante, se señala en la sentencia, se viene admitiendo **como atenuante analógica la confesión realizada cuando ya se ha iniciado el procedimiento**. Pero en todo caso, siempre deberá existir una cooperación eficaz, seria y relevante, aportando a la investigación datos «especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados».

Con respecto a la **atenuante de reparación del daño**, en la **STS 16-05-2013 (Rc 1673/2012)** se desestima su aplicación como muy cualificada por cuanto, si bien es cierto que el recurrente reintegró la cantidad total distraída, no lo hizo por propia iniciativa, a modo de confesión, sino una vez que los hechos ya habían sido descubiertos. Por lo demás se cumple el requisito cronológico, es decir, la reparación tienen lugar antes de la celebración del juicio oral, pero ello no tiene una especial relevancia a los efectos de la cualificación de la atenuación; como tampoco tiene relevancia a esos efectos el

hecho de que la reparación haya sido total, puesto que aún siendo completa, está prevista en la ley como atenuante simple, por lo que tendrá que concurrir algo más para que pueda calificarse como muy cualificada.

Otra de las atenuantes con la que podemos encontrarnos es la de **arrebato u obcecación**. La **STS 12-02-2013 (Rc 10885/2012)** desestimó el recurso en el que se solicitaba su aplicación por entender la Sala de lo Penal que no puede sostenerse que concurre un estado pasional que atenúa la culpabilidad del autor, cuando se da una absoluta desconexión entre el supuesto estímulo de ese estado pasional y la agresión posterior.

En el caso concreto el estímulo, una riña con la víctima, había tenido lugar horas antes; y se describe en los hechos probados la elaboración de un plan por el acusado para causar su muerte, lo que pugna claramente con la atenuante invocada, que requiere inmediatez en la conducta del autor.

La **STS 04-02-2013 (Rc 846/2012)** contempla la **atenuante analógica de ludopatía**. Para ello se remite a resoluciones anteriores como la STS 659/2003, de 9 de mayo, que establece que la adicción al juego puede apreciarse como atenuante siempre que concurren dos requisitos, que sea grave, y que exista una relación de causalidad con los hechos delictivos, de modo que estos estén destinados a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego.

En supuestos de excepcional gravedad podría incluso llegar a plantearse la eventual apreciación de una eximente, completa o incompleta, siendo necesario en estos casos que mediante informe pericial se acredite, fuera de toda duda, una anulación absoluta o cuasi-absoluta de la capacidad de raciocinio o voluntad del acusado; y además que se trate de **acciones temporalmente inmediatas al momento en que la oportunidad del juego se presenta, y domina la voluntad del agente en torno al acto concreto de jugar, y no respecto de otros actos más lejanos, que requieren cuidadosa planificación** (SSTS de 27 de julio de 1998, 15 de noviembre de 1999, núm. 262/2001, de 23 de febrero, 1948/2001, de 29 de octubre, 426/2002, de 11 de marzo, 1842/2002, de 12 de noviembre, 1938/2002, de 19 de noviembre, 1224/2006, 7 de diciembre, o 365/2012, de 15 de Mayo, entre las más recientes).

En el caso de autos, la Sala de lo Penal considera que no concurre la atenuante, en primer lugar, porque no resulta debidamente acreditada; en segundo lugar, porque además faltaría el requisito de la inmediatez; y por último, porque existió conformidad con los hechos y con la calificación jurídica de los mismos por parte del acusado.

Por último, en lo que se refiere a **la atenuante de drogadicción**, son muy frecuentes las sentencias en las que se plantean cuestiones relacionadas con la misma.

La **STS 25-04-2013 (Rc 1109/2012)** establece que **la simple drogadicción no constituye per se una generalizada causa de atenuación**.

Se precisa, además, que el hecho enjuiciado esté relacionado con su adicción. Es lo que se llama delincuencia funcional (SSTS 609/99 de 15.04, 1201/2003 de 22.09 y 647/2003 de 05.05).

La **STS 18-04-2013 (Rc 1555/2012)** obliga a atender al grado de intoxicación, a la intensidad de la adicción que padezca el sujeto, el tipo de droga, y a la forma en que la misma afecte a su organismo, entre otras causas (**STS 946/2011, de 14 de septiembre**).

En el caso de autos, el Tribunal de instancia no estimó concurrente la circunstancia atenuante de drogodependencia, puesto que el recurrente durante los cuatro últimos años había acudido a desintoxicación y había dado resultados negativos en los controles realizados; y además el médico forense hacía constar que no presentaba signos de deterioro cognitivo, ni alteraciones de la percepción. La Sala de lo Penal ratifica estos argumentos.

### *1.2.3. Agravantes.*

La **STS 04-12-2012 (Rc 893/2012)** se refiere a un supuesto en el que los acusados fueron condenados como autores responsables de un delito de lesiones, y de un delito de robo con violencia, con la concurrencia para ambos delitos de la agravante **de abuso de superioridad**.

En primer lugar, se efectúa un análisis de dicha circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, declarándose que su concurrencia exige:

- **Un requisito objetivo:** un **desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora** frente al agredido derivada de cualquier circunstancia.

- **Un resultado:** que esta superioridad ha de producir **una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido**, sin que llegue a eliminarlas, ya que entonces estaríamos en el ámbito de la alevosía.

- **Un requisito subjetivo:** la superioridad se ha de buscar a propósito por el autor del delito, o, al menos, ser aprovechada por éste. Es decir, no puede apreciarse la agravante cuando la superioridad surge en la dinámica comitiva.

- **Un requisito excluyente:** que la superioridad **no sea inherente al delito**, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Todos estos requisitos concurren en el supuesto concreto analizado, en lo que se refiere al delito de lesiones: los atacantes son una pluralidad de personas, que conocen y aprovechan esta superioridad numérica. Además, efectuaron la agresión sin provocación previa de la víctima, con rapidez y brutalidad, e impidieron la huida del perjudicado, agarrándolo.

El hecho de que la agresión se produjera en un lugar concurrido no excluye, por otro lado, la apreciación de la agravante; que, evidentemente, no es una circunstancia inherente al delito cometido.

**Cuestión distinta es la aplicación del abuso de superioridad respecto del delito de robo con violencia**, respecto del cual, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1º) La agravante de abuso de superioridad puede aplicarse al robo con violencia, en la medida en que este tipo contempla conjuntamente, el ataque a la vida y la integridad personal, y la agresión a un bien jurídico patrimonial.

2º) La aplicación de la agravante exige que se trate de un supuesto singular o que la violencia utilizada para cometer el robo sea sobreabundante, pues de otro modo queda ínsita en el delito patrimonial, que por su propia naturaleza implica el aprovechamiento de una situación de superioridad.

3º) La agravante no es aplicable en los supuestos del tipo agravado del art. 242 3º del CP, uso de armas o instrumentos peligrosos, que constituye en sí mismo una modalidad de abuso de superioridad ya sancionada de modo específico.

4º) La aplicación en el tipo básico no debe surtir un doble efecto en perjuicio del reo, por lo que quedará excluida cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente con aplicación de la agravante de abuso de superioridad. Pues en este caso es improcedente la aplicación duplicada de la agravante al delito patrimonial, quedando absorbido el mayor desvalor de la acción por la agravación del delito contra las personas.

Precisamente esto último fue lo que ocurrió en el supuesto de autos. Como ya se aplicó el delito de lesiones, no podía también aplicarse al delito de robo con violencia.

Con respecto a la agravante de **reincidencia**, en la **STS 01-04-2013 (Rc 1576/2012)** se efectúa un análisis de esta circunstancia.

Se explica en la sentencia, que es requisito indispensable para poder declarar la concurrencia de esa circunstancia de agravación el que se hagan constar expresamente en el relato de hechos los distintos elementos y requisitos exigidos para su presencia. Uno de estos elementos es que el autor del delito en el momento de su comisión "*haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza (art. 28.8ª CP)*" (FJ 2º).

En el caso de autos, el recurrente había sido condenado por un «delito de terrorismo», incluido, por tanto, en el mismo título que el de enaltecimiento, pero heterogéneos ambos en cuanto a su naturaleza, ya que según había declarado la Sala de lo Penal, en STS de 3 de Marzo de 2010, el delito de enaltecimiento no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus

autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo; de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del art. 607 CP con la apología del genocidio que se encuentra penada en el número dos del mismo precepto.

En consecuencia, se estimó el correspondiente motivo del recurrente, y se dejó sin efecto la aplicación de la agravante de reincidencia.

### **1.3. Concursos.**

Las sentencias de la Sala de lo Penal en las que se plantea alguna cuestión relacionada con la aplicación de las normas que regulan los concursos de delitos son muy frecuentes. Citaremos algunas de ellas.

La **STS 02-07-2012 (Rc 1982/2011)**, se pronuncia sobre la relación existente **entre el delito de falsedad y el delito de estafa**. Establece dos situaciones diferenciadas, en función de la naturaleza del documento falsificado; si es un documento público/mercantil el que se emplea como vehículo para la comisión de la estafa, ambos ilícitos se sancionan en concurso real/ideal; si por el contrario se utiliza un documento privado, se aplican las reglas de consunción propias del concurso de normas, y ello porque el perjuicio para el tercero o el ánimo de causárselo se solapa en estos casos con el propio de la estafa, a modo de círculos concéntricos. Este criterio ya se había establecido en resoluciones anteriores como la STS 640/2007 de 6 de julio.

La **STS 30-04-2013 (Rc 1338/2012)** se refiere a un supuesto de **concurso real entre un delito de acoso sexual y dos delitos de violación**.

El recurrente solicitó que, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, según el cual el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, el delito de acoso sexual debería quedar subsumido dentro de los delitos de violación, y en consecuencia, no ser castigado separadamente.

Ciertamente dice la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo, **el artículo 184 del CP, que regula el acoso sexual, no ha previsto expresamente cómo se procederá si la solicitud de favores sexuales, va seguida después de una concreta relación de esa naturaleza**. Es cierto que parte de la doctrina entendió que debería aplicarse el principio de consunción a favor del delito de abuso o agresión sexual con prevalimiento que invoca el recurrente. Sin embargo, en casos como el que es objeto de la sentencia, cuando nos encontramos con dos delitos de violación individualizados, ocurridos meses después de que se iniciara la conducta de acoso del acusado, **que comenzó desde el principio de la relación laboral, y se prolongó varios meses con tocamientos, comentarios humillantes y exigencias sexuales, entiende la Sala que esta conducta tiene plena independencia**, y no puede quedar subsumida por dos acciones de penetración vaginal con uso de arma blanca, que tuvieron lugar meses después. En consecuencia, se aprecia un **concurso real de delitos**.

La **STS 11-12-2012 (Rc 10017/2012)** establece los criterios para apreciar **un concurso real entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones**.

Sostiene esta sentencia que ya en resoluciones anteriores -SSTS 886/2005, de 5 de julio; 2047/2002, de 10 de diciembre; 1305/2003, de 6 de noviembre; y 1259/2004, de 2 de noviembre- se ha declarado la admisión del concurso entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones, cuando el menoscabo de la integridad corporal, siendo consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, **excede de la correspondiente al concreto hecho de la agresión**; por el contrario, la violación consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento.

La Sala de lo Penal declara, según se establece en la sentencia estudiada, que debe valorarse **si la violencia empleada se mantiene dentro de los límites de la fuerza instrumentalmente imprescindible para doblegar la oposición de la víctima**. En caso afirmativo, el desvalor de su ejercicio quedará absorbido en la antijuridicidad del delito de agresión sexual. En cambio se penará con independencia cuando supere esos límites, por exceder lo necesario para la agresión sexual.

La **STS 12-12-2012 (Rc 10665/2012)** se pronuncia sobre el concurso **entre el delito de detención ilegal y el de robo**. Establece la Sala de lo Penal los siguientes criterios:

-Si la privación de libertad es un **instrumento necesario y proporcionado** para el apoderamiento de la cosa habrá **concurso de normas**, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos (SSTS 479/2003 de 31 de Marzo; 12/2005 de 20 de Enero; 383/2010 de 5 de Mayo y 1323/2009 de 30 de Diciembre).

- Habrá **concurso ideal de delitos** (art. 77 CP) cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la dinámica comisiva del mismo, siempre que la significación ilícita de la detención tenga tal relevancia que no quepa afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último (SSTS de 8 de Octubre de 1998; 3 de Marzo de 1999; 11 de Septiembre de 2000 y 25 de Enero de 2002).

-Por el contrario, **el concurso de delitos será real** (art. 73 CP) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12 de Julio), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo ( SSTS 21 de Noviembre de 1990 y 3 de Mayo de 1993); o si concluido el robo los autores realizan una acción para evitar libertad a la víctima (SSTS 1890/2002 de 13 de Noviembre; 622/2006 de 9 de Junio y 292/2007 de 16 de Febrero).

En el caso contemplado en la sentencia analizada, se comete por los acusados un delito de robo con violencia en un establecimiento. Una vez que los acusados se han apoderado de una serie de objetos, es decir una vez consumado el delito de robo, se marchan de local y dejan a la dependiente encerrada, atada y con la cara cubierta, siendo rescatada posteriormente por agentes de la autoridad, quienes lograron entrar en el establecimiento, tras fracturar el cristal de la puerta de acceso.

En esta situación, la detención ilegal adquiere autonomía propia y no puede quedar absorbida por el delito de robo, pues la privación de libertad excede del tiempo necesario para el material de desapoderamiento, que ya había concluido cuando los acusados decidieron, antes de abandonar el local con el botín, mantener encerrada y maniatada a la víctima. Y siendo este delito, como se ha dejado dicho, de consumación instantánea, tal consumación tuvo lugar desde el mismo momento en que los acusados, conseguido su objetivo delictivo, dejaron encerrada a la víctima cuando abandonaron el establecimiento.

La **STS 08-11-2012 (Rc 10457/2012)** versa sobre un supuesto en el que concurren un **delito contra la salud pública y un delito de blanqueo de capitales**, y efectúa un análisis de la aplicación de las reglas del concurso de delitos en relación con los referidos tipos penales.

La sentencia se remite a resoluciones anteriores, como la STS 1501/2003, 19 de diciembre, en la que se describe el delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo, como lo es toda receptación, que tipifica y describe unas conductas concretas distintas a las que integran el delito antecedente, del que traen causa los bienes receptados.

En el mismo sentido, la STS 1597/2005, 21 de diciembre, que expone que cuando hay coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo, nos encontraremos ante un concurso real de delitos y no ante un modalidad de absorción. Cada una de las conductas tiene su propia relevancia penal autónoma por lo que no existe duplicidad sancionadora.

En la misma línea el acuerdo de Pleno de la Sala Segunda, fechado el 18 de julio de 2006, proclamó que «el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente...». Principio que ha sido recogido después en numerosas sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Por tanto, la condena del recurrente, en el caso concreto analizado, como autor de un delito de blanqueo de capitales, además de por tráfico de drogas, no supuso, tal como planteaba su defensa, una afectación del "non bis in idem".

La **STS 22-03-2013 (Rc 11045/2012)** contempla la relación concursal existente entre un delito de **malversación de caudales públicos y un delito de blanqueo de capitales**.

La sentencia, como en el caso anterior, establece que estamos ante dos infracciones distintas, en una, la malversación, se detrae del caudal público ingresos destinados al mismo, y en otra, el blanqueo, se intenta difuminar su origen delictivo, es decir, se trata de evitar que se conozca su ilícita procedencia.

En definitiva, estamos ante un **concurso real de delitos**, las conductas son autónomas y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, sin que exista duplicidad sancionadora.

#### **1.4. Penas.**

En este apartado vamos a incluir algunas sentencias relacionadas con el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad; y otra dictada por la Sala de lo Penal, al resolver un recurso de unificación de doctrina previsto en la jurisdicción de menores.

##### *1.4.1. Límites de cumplimiento de las penas privativas de libertad.*

La **STS 08-11-2012 (Rc 10626/2012)** resuelve cuál ha de ser el **límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en un supuesto de conspiración para asesinato terrorista.**

En el recurso se solicita que se fije el límite máximo de cumplimiento de las penas refundidas en 20 años, en lugar de los 30 que se fijaron en el auto inicial dictado en la instancia, ratificado posteriormente tras desestimarse el recurso de súplica interpuesto contra él.

La Sala de lo Penal estima el recurso y casa la resolución de instancia.

Para ello, aplica **el Acuerdo recientemente alcanzado por el Pleno de esta Sala el pasado 19/12/2012**, según el cual: «Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible, pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito».

El legislador ha tipificado la conspiración para el delito terrorista, y ha vinculado al delito de referencia su penalidad, que consistirá en la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos afectos. En el caso de autos, se trata del art. 572.1.1º CP (vigente antes de la reforma de la LO 5/2010), por remisión a los más genéricos arts. 139.1ª y 141 CP, por lo que la franja punitiva a la que desde aquellos preceptos hemos de atender oscila entre un mínimo de veinte y un máximo de treinta años de prisión.

En consecuencia, partiendo del límite de 20 años, la pena inferior en un solo grado, que es la que resultó aplicada en la instancia, ha de fijarse entre 10 años y 20 años menos un día, de conformidad con lo establecido en el artículo

70 del CP. Por consiguiente, no procede aplicar ninguna de las reglas agravadas del art. 70 CP, ni siquiera la correspondiente a la letra a), en la medida en que el Legislador emplea la preposición «hasta», por lo que, al no alcanzarse aquí tal cifra por un día, hay que reconducir el máximo de cumplimiento al límite general de los veinte años.

En la **STS 17-01-2013 (Rc 10679/2012)**, se contempla un supuesto de fijación de límite de penas en un caso de tentativa de asesinato.

En la sentencia dictada en la instancia se condenó a los acusados por varios delitos, entre ellos, dos delitos de asesinato intentado, y se dispuso que *“...el máximo de cumplimiento efectivo de condena de los procesados será de 20 años de prisión, a tenor del art. 76 del CP”*.

La Sala de lo Penal aplicó el Acuerdo ya mencionado del Pleno de la referida Sala de fecha 19/12/2012. **El carácter del delito de asesinato intentado como tipo de imperfecta ejecución, con su propio marco punitivo, obliga a atender, para la determinación del límite de acumulación jurídica, a la pena impuesta por razón del hecho verdaderamente ejecutado.** La referencia punitiva que fija el art. 140 del CP para los casos en que concurren las circunstancias específicas de alevosía y ensañamiento no puede ser tomada como referencia, en la medida en que da por supuesta la consumación del delito, esto es, la muerte de una persona que, en el presente caso, pese a la gravedad del hecho, no llegó a producirse.

1.4.2. Artículo 10.2 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

En la **STS 24-04-2012 (Rc para la unificación de doctrina 20141/2012)** relativa a un supuesto en el que resultaron condenados dos menores de edad, por delito continuado de agresión sexual, previsto en los arts. 178, 179, 180.2º y 74 del CP, una falta de lesiones del art. 617.1º CP, una falta de hurto del art. 623.1º CP, y un delito contra la Administración de Justicia, del art. 464.1º del CP, se aborda la cuestión de si el art. 10.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor dispone un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el art. 7.2 de la misma ley.

La Sala de lo Penal concluye que el artículo 10.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor dispone un régimen especial frente al contenido en el artículo 7.2 de la misma ley, y ello con base en dos criterios:

-Una interpretación gramatical de la norma: parece obvio que el precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento, y del reproche contenido en la sentencia.

En el supuesto general, la medida de internamiento se divide en dos periodos, uno de internamiento propiamente dicho y otro de libertad vigilada "en la modalidad elegida por el juez". Por el contrario, en el supuesto especial, se aplica una primera medida de internamiento y otra que complementará, "en su

caso”, de libertad vigilada. Esta complementación es facultativa; ha de ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento; está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación; y ha de tener un contenido educativo.

-Una interpretación lógica: en el caso de aplicar la norma general el reproche vendría constituido por una medida de internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. Esa sucesión de periodos de libertad vigilada, con distinto contenido, no parece en principio lógica, siendo más adecuado apreciar en cada caso si procede la libertad vigilada, atendiendo también a la duración del internamiento.

Se añade además que, la especialidad del supuesto, que deriva de la gravedad de la infracción, aconseja que la consecuencia jurídica sea también especial, en los términos expuestos.

### **1.5. Prescripción**

La prescripción es una materia compleja por las dudas que en muchos casos se plantean, tanto para fijar el plazo, especialmente en casos de tipos agravados o concursos de delitos, como para establecer los criterios de interrupción de dicho plazo.

#### *1.5.1. Plazo*

La **STS 18-10-2012 (Rc 2326/2011)** se remite a lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno de esta Sala de fecha 26 de Octubre de 2010: «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».

En aplicación del citado Acuerdo, se declara en esta resolución que **la acusación inicial por un delito de mayor gravedad, que en consecuencia, tenía un mayor plazo de prescripción, no podía impedir, en el caso de autos, que se aplicara la extinción de responsabilidad penal derivada de aplicación del plazo de prescripción correspondiente al delito objeto de condena.**

En relación con los **concurso de delitos**, la **STS 22-11-2012 (Rc 194/2012)** establece que en el caso de los concursos mediales, desde el punto de vista de la prescripción, **“se debe partir de la premisa de que el plazo para el delito fin solo puede superponerse, hasta prevalecer, sobre el previsto para el delito medio, ampliándolo, en el caso de que aquél, constase cometido antes de que éste, en si mismo considerado, hubiese prescrito. Pero entiéndase bien, siempre y solo cuando su autor hubiera tenido también una implicación relevante en la ejecución del segundo cometido”** (FJ 1º, segundo recurso).

Siguiendo con los supuestos concursales, la **STS-17-10-2012 (Rc 2076/2011)** ya había establecido que en el cómputo de la prescripción en los concursos mediales, **es requisito necesario que el delito medio se cometa antes de que prescriba el delito fin, pues en caso contrario, no cabe que el primero «reviva» cuando se materializa el segundo, y se aplique a aquél el plazo de prescripción de éste.**

La **STS 28-02-2013 (Rc 945/2012)** examina el supuesto de una imputación por delito de estafa junto a un delito de falso testimonio. Se rechaza la necesidad de un pronunciamiento de fondo al acordar la prescripción del delito, Indica que **“no existe incongruencia omisiva (art. 851.3º LECrim) o fallo corto cuando la sentencia absuelve por uno de los delitos por considerarlo prescrito. Esa causa extintiva de la responsabilidad penal autoriza a eludir un pronunciamiento de fondo que, en algún caso podría reivindicar el propio interesado, pero nunca una acusación”** (FJ 4º).

**Absuelto el acusado por el delito más grave, el de estafa, se impone apreciar la prescripción del delito de falso testimonio**, porque: **“Si no se produjo ningún delito de estafa procesal no pudo interrumpir la prescripción del delito menos grave de falso testimonio. Lo que interrumpe la prescripción es la comisión de un delito más grave no la imputación de comisión de un delito más grave que luego se desestima. Así se deduce del acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 26 de octubre de 2010: hay que estar a la realidad que da por acreditada la sentencia (...). No existiendo el delito de estafa, el supuesto falso testimonio tiene el plazo de prescripción que tiene y que no puede verse dilatado por una incidencia procesal: haberse enjuiciado junto a una imputación no acogida de estafa procesal”** (FJ 6º).

#### 1.5.2. Interrupción de la prescripción

La cuestión sobre si una petición de extradición interrumpe la prescripción, es analizada en la **STS 11-04-2013 (Rc 928/2012)**.

En esta resolución se declara, en primer lugar, que **la extradición y la orden de busca y captura son figuras diferentes**, tanto por contar con distinta regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como por la naturaleza de cada una de ellas. En el caso de la orden de busca y captura lo que subyace es un desconocimiento del paradero del individuo afectado, y es precisamente la ignorancia de su paradero, lo que motiva su emisión; por el contrario, en el caso de la demanda de extradición, el sujeto está

perfectamente identificado, y además se tiene conocimiento del lugar exacto en el que se encuentra, pues de otro modo, no podría cursarse la misma. Son también distintos los fines de ambas figuras, en el caso de la extradición se busca la entrega del sujeto al país requirente para su enjuiciamiento o para el cumplimiento efectivo de una pena; en la orden de busca y captura se pretende localizar al sujeto que no es hallado en su domicilio; o que se ha evadido del lugar en que estuviera detenido o preso; o que ha incumplido su deber de presentarse ante la autoridad judicial; así lo prevé el artículo 835 de la Lecrim.

En lo que se refiere a los efectos interruptivos de la prescripción, si bien es cierto que en algunos casos se han negado respecto de la orden de busca y captura; en lo que se refiere a la demanda de extradición, esta **es una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable, y como tal en todo caso ha de interrumpir la prescripción.** Y ello con independencia de que se logre o no el resultado buscado, dato este que es ajeno a la interrupción del plazo para la prescripción del delito de que se trate.

En el mismo sentido se pronuncian otras resoluciones de la Sala de lo Penal, como la **STS 24-10-2012 (Rc 869/2012).**

En la **STS 12-11-2012 (Rc 189/2012)** se efectúa un análisis más general de la figura de la prescripción, después de las modificaciones que en su regulación ha introducido la Ley Orgánica 5/2010.

Se señala, en primer lugar, que aunque el artículo 132 2. 1º del CP parezca que se refiera a la admisión a trámite de la querrela o denuncia, **en realidad no es exactamente así, ya que, previamente, pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dictado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención,** etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, puesto que nos encontramos con una resolución judicial motivada, en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado.

En segundo lugar, se destaca, que **una de las novedades de tal reforma lo constituye la posibilidad de suspensión del plazo,** institución desconocida con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. **Las posibilidades existentes son que, dentro de ese plazo, el órgano judicial resuelva algo, o no lo haga.** Si sucede esto último, la solución legal es que se continúe el cómputo de la prescripción sin que opere de forma alguna tal suspensión por la presentación de la querrela o denuncia, sin mayores complicaciones. En cambio, si el Juzgado de Instrucción resuelve, puede serlo naturalmente en sentido positivo a la admisión o denegatoria de ésta. **Y si lo fuera en sentido**

**positivo, “la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia” (FJ 3º).**

Destaca sin embargo la Sala de lo Penal en esta resolución, que **el legislador no ha resuelto el problema de que fuera ya del plazo de los seis o los dos meses, el Juzgado de Instrucción rechace la admisión a trámite de la querrela o denuncia y por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoque tal decisión judicial y admita la querrela**, desautorizando así el criterio del Instructor, o que la Audiencia lo haga igualmente fuera de tal lapso temporal. En este caso, esta Sala, en STS 1187/2010, de 27 de diciembre) había declarado que no se puede operar del mismo modo, pues el legislador opta por regular una respuesta jurídica que necesariamente se ha de producir dentro de tales plazos para que el efecto suspensivo de la presentación de la querrela o denuncia tenga virtualidad jurídica. Entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que en ese plazo se decida definitivamente la cuestión, como se apunta en el supuesto de inadmisión, en donde ha de recaer una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada, para que se produzca el efecto contrario, esto es, que el término de prescripción se retrotraiga a la fecha de presentación de la querrela o denuncia como si nada hubiera sucedido. Al incluir el legislador en este último supuesto la mención "firme", valora ya la posibilidad de que tal resolución judicial haya sido sometida al criterio de un recurso ulterior, devolutivo o no, pero dentro de los referidos plazos.

También se han dictado sentencias que se pronuncian sobre los efectos interruptivos de la prescripción de determinadas resoluciones judiciales. Así la **STS 18-12-2012 (Rc 289/2011) destaca la interrupción de la prescripción cuando se dicta un auto de acumulación**; señala esta resolución que la acumulación supone una ampliación del objeto del proceso, que supondrá una modificación en la imputación, y ello tiene efectos en la interrupción de la prescripción.

Merece también ser destacada la **STS 26-11-2012 (Rc 10.606/2012)**, en la que se estima que el **auto de prisión** tiene el efecto de interrumpir la prescripción, cuestión ésta que ya había sido resuelta en resoluciones anteriores, (SSTS 1501/1998, de 4-12; 1132/2000, de 30-6 ; 869/2005, de 1-7; y 1250/2011, de 22-11), si bien en este caso, el imputado se encontraba huido desde la fecha de los hechos, y tras varios archivos y reaperturas del procedimiento, finalmente se decretó su prisión provisional, librándose orden internacional de detención a efectos de extradición, y dictándose auto de procesamiento. El acusado fue detenido en Francia, interesándose la extradición por España, y una vez puesto a disposición de las autoridades españolas, no se estimó la prescripción del delito por entender que esta se había interrumpió cuando se dictó el citado auto de prisión, en una fecha en la

que aún no habían transcurrido 20 años desde la comisión del delito por el que se juzgaba al acusado.

También la **STS 10-05-2013 (Rc 1563/2012)** recuerda que **los actos nulos tienen efecto interruptivo de la prescripción** (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de abril 2011).

### **1.6. Responsabilidad civil.**

La mayor parte de las sentencias condenatorias contienen también la imposición al condenado de la obligación de satisfacer la responsabilidad civil que se deriva de los delitos cometidos. Las cuestiones más frecuentes que se plantean en relación con esta cuestión son las relativas a la cuantía de la indemnización fijada, y a los parámetros que se han utilizado, en su caso, para su determinación. Igualmente se plantean extremos relativos a la responsabilidad civil subsidiaria.

La **STS 27-09-2012 (Rc 2395/2011)**, se remite a la Sentencia 1094/2005, de 26 septiembre, en la que se establece que la declaración contenida en el artículo 116 del Código Penal resulta excesivamente amplia. No todos los delitos conllevan una responsabilidad civil. Dentro de este concepto únicamente pueden englobarse aquellos **perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo**. Es decir, ha de existir una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. En definitiva, no todo daño y perjuicio puede ser asociado al delito, sino que hay que probar que entre este y aquellos concurre la correspondiente relación de causalidad.

En el supuesto de autos, se condenó en la instancia al acusado por un delito de estafa y se incluyó dentro de la responsabilidad civil, los gastos derivados de los dos procedimientos cambiarios que en su día se interpusieron para cobrar las deudas por parte del perjudicado. Ante este hecho, la Sala de lo Penal establece que esos procedimientos suponen una decisión que adoptó el acreedor, que igualmente podía haber buscado otros medios, como la vía penal que finalmente utilizó, para que le fueran abonadas las sumas que se le debían. En definitiva, se entiende que estas cuestiones civiles no se puede afirmar que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo, y por consiguiente, han de quedar excluidas de la indemnización por responsabilidad civil.

La **STS 15-11-2012 (Rc 307/2012)**, referida a un delito de abusos sexuales sobre una menor, trata la cuestión de los **daños morales**. En la resolución se establece que la indemnización de este tipo de daños no está sujeta a criterios objetivos, y que **únicamente podrá ser objeto de control de casación cuando resulte manifiestamente desproporcionada o arbitraria**.

En el caso de autos el Tribunal de instancia fijó la cuantía de la indemnización en 3000 euros, por la repercusión que los hechos habían tenido en la menor, víctima de los mismos. Es cierto que no daba una motivación específica, pero al no reputarse una cantidad desproporcionada en

comparación con otros precedentes no se considera que proceda su revisión en casación.

En la **STS 17-10-2012 (Rc 28/2012)**, relativa a un delito de lesiones, la indemnización se fijó en 3500 euros, que debían abonar solidariamente los dos acusados; teniéndose en cuenta para dicha fijación, **la entidad de las lesiones, y las cuantías fijadas en el Baremo para la indemnización de lesiones causadas en accidentes de tráfico. La Sala de lo Penal consideró que no procedía su revisión, pues no se apreciaba desproporción** que justificara la intervención en una materia soberanía del Tribunal de Instancia.

La **STS 18-10-2012 (Rc 2326/2011)**, trata la cuestión relativa a **la imposibilidad de imponer responsabilidad civil al acusado que ha sido absuelto por prescripción del delito**, ello, no obstante, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitarse en el orden jurisdiccional civil.

**La posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado, al amparo del artículo 121 del CP**, se planteó en la **STS-1-2-2013 (Rc 364/2012)**, en un supuesto en el que el acusado, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, en situación de segunda actividad y sin su arma reglamentaria, no había actuado en el ejercicio de las funciones propias del cargo, ni en relación directa ni indirecta con aquellas.

La Sala de lo Penal entendió que no existía dicha responsabilidad porque el autor estaba totalmente desvinculado de su servicio y no actuó tampoco movido por la necesidad de recuperar sus funciones, ante una alteración del orden público, o por haber presenciado la comisión de algún delito. Lo hizo, por el contrario, **a título estrictamente particular, como ciudadano, y con un arma de uso privado.**

En la **STS 01-04-2013 (Rc 956/2012)** se ratifica sin embargo **la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Penitenciaria**, que ya se había declarado por el Tribunal de instancia, en un supuesto en el que un funcionario de prisiones se extralimita en sus funciones al tomar, por iniciativa propia, la decisión de participar en el juego de boxeo con los penados. No puede desconocerse que en ese momento el acusado seguía desempeñando sus funciones como vigilante de seguridad. De hecho, tal era la razón de su presencia en el gimnasio en el que sucedieron los hechos.

En la STS-14-3-2013 (Rc 688/2012) se recogen los requisitos para el reconocimiento de la existencia de responsabilidad civil con base en el número cuatro del artículo 120 del CP, siendo éstos, los siguientes:

a) Existencia de una **relación de dependencia** entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional.

b) Que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del **ejercicio, normal o anormal**, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación.

c) **Se incluyen las extralimitaciones en el servicio**, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas.

d) Se admite cualquier relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la **dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica**.

La Sala de lo Penal considera que en el caso objeto del procedimiento, en el que el posible responsable era una entidad bancaria, concurren todos los requisitos expuestos: el acusado era un agente financiero de dicha entidad, por lo que concurría la relación de dependencia con el banco; en su condición de tal, captaba clientes y les ofrecía un producto consistente en un depósito con un alto interés, utilizando un modelo del banco que había modificado informáticamente; además, firmaba el documento como agente financiero, colocaba un sello del banco, y las aportaciones conseguidas las ingresaba en cuatro cuentas bancarias abiertas en la misma entidad.

## **2. Parte especial.**

### **2.1. Agresión sexual y abusos sexuales.**

Sobre los delitos contra la libertad sexual se han dictado numerosas resoluciones. Podemos citar, a título ejemplificativo, las siguientes.

Comenzado por los supuestos en los que la víctima es menor de edad, se ha venido planteando **la compatibilidad de la circunstancia de la minoría de edad, con la aplicación de la agravante de ser la víctima especialmente vulnerable**. Se ha considerado que ambos factores no son absolutamente incompatibles.

La **STS 11-07-2012 (Rc 11.789/2011)**, se remite a otras anteriores, así, SSTS 210/98; 123/01; o 645/03. Estas resoluciones señalan **la posible compatibilidad de la menor edad y la apreciación de la agravante mencionada, pero siempre que exista, además de la corta edad, alguna otra circunstancia añadida, que justifique esa especial vulnerabilidad**. En el mismo sentido la STS 224/03 exige otras circunstancias concurrentes, como pueden ser la personalidad de la víctima, y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente del menor.

Además se señala en la resolución expuesta que el CP ya prevé una especial agravación en el artículo 183.4 a), cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. Por lo tanto, esta agravación habrá de tenerse también en cuenta.

La **STS 19-04-2013 (Rc 10932/2012)**, se refiere a la **aplicación de la agravante prevista en el artículo 180.1.2º del CP, cuando los hechos castigados como delito en el artículo 179 sean cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas.**

La sentencia diferencia dos posibles situaciones. En primer lugar, aquellos supuestos, como el que se contempla en el caso de autos, **en los que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario; en estos casos, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador, nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta**, de un lado para apreciar la cooperación, y de otro para aplicar la agravante, sin que sea necesario que concurren más requisitos para estimar la agravación. En segundo lugar, aquellos supuestos **en los que intervienen más de dos personas; en estos casos sí puede aplicarse la agravante a todos los intervinientes**, pues en ellos el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta.

Se ha considerado también interesante mencionar alguna sentencia relativa al momento en que se **consuman los delitos contra la libertad sexual**. La **STS 11-03-2013 (Rc 766/2012)**, en relación con esta cuestión establece, siguiendo una línea jurisprudencial ya definida, que el delito de agresión sexual previsto en el artículo 178 del CP, queda consumado cuando concurren **dos elementos: uno el objetivo y material, realización de tocamientos; y otro de carácter subjetivo, el ánimo libidinoso.**

Excepcionalmente se admiten supuestos de tentativa, apreciando un principio de ejecución, siempre que no se haya llegado a un contacto obsceno de clase alguna, pues en otro caso se habría producido la consumación (SSTS 1459/2003 de 31.10, 1397/2009 de 29.12).

También debe mencionarse alguna sentencia relacionada con la violencia o intimidación como elemento típico del delito de agresión sexual.

Es el caso de la **STS 01-02-2013 (Rc 774/2012)** que establece que la misma ha de estar **orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual** y equivale a acometimiento, coacción o imposición material. Además ha de tratarse de un medio idóneo para doblegar la voluntad de la víctima, por lo que habrá de estarse a las circunstancias personales y fácticas que concurren en cada caso concreto.

Esta afirmación contenida en la sentencia, sirve para excluir la aplicación del tipo penal de la agresión sexual cuando la violencia se utiliza, por ejemplo, para impedir que la víctima denuncie al autor de los hechos, pero no directamente para lograr la materialización de los actos sexuales.

También cabe reseñar la **STS 05-06-2013 (Rc 1786/2012)**, se trata sobre el carácter de la intimidación, en un supuesto de violación de una menor por su padre. **Se tiene como tal intimidación la amenaza de suicidio del**

**propio padre por ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado**, pues aunque no constituye un mal para la víctima sino para el victimario, en realidad la hace responsable de un mal muy grave, como es la destrucción de la familia, derivada directamente de su negativa a acceder a lo solicitado. Considera que existe una situación intimidante suficiente para doblegar la voluntad de la menor, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Cuando no concurre violencia o intimidación para la comisión del delito, pero tampoco se cuenta con el consentimiento de la víctima, nos situamos en el ámbito de los **abusos sexuales**. En la **STS 19-03-2013 (Rc 1742/2012)** la Sala de lo Penal entiende que no existe este delito en **un supuesto en el que cinco mujeres denuncian haber sido objeto de tocamientos por parte de «un chamán»**, cuando acudían a su consulta para someterse voluntariamente a su tratamiento.

Dice la sentencia que *“el motivo no puede ser admitido porque sin desconocer que los hechos --en abstracto-- pudieran revestir el delito de abuso sexual, el Tribunal sentenciador argumenta convincentemente que no existió agresión, ni intimidación, ni una privación de sentido de las mujeres, que tampoco estaban en una situación que les privara de su capacidad de autodeterminación”* (FJ 2º).

El Tribunal de Instancia expuso que las denunciadas eran mujeres adultas, con capacidad para decidir; que solo cinco denunciaron de todas las que acudieron a la consulta; y que estas no lo hicieron inmediatamente después de suceder los hechos, sino pasado un tiempo y cuando habían hablado entre sí y comentado con terceros lo ocurrido.

Esta argumentación fue plenamente admitida y ratificada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que consideró que no concurrían los elementos del tipo penal de la agresión sexual, ya que no había habido violencia o intimidación; y tampoco del abuso sexual, ya que no se privó a las mujeres de su consentimiento.

Puede citarse también un supuesto de **abuso sexual con prevalimiento**, que es el contemplado en la **STS 12-04-2013 (Rc 1532/2012)**, relativa a un caso en el que un adulto de 41 años, que mantuvo prácticas sexuales con un menor de trece años, en el baño de una superficie comercial. Concretamente, el acusado se introdujo en la cabina del WC, donde acababa de entrar el menor, y a continuación, se bajó los pantalones y exhibió el pene al menor, que le practicó una masturbación.

**El prevalimiento, según esta sentencia, exige la concurrencia de tres elementos:** 1º) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2º) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibitorios de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma

situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre).

Se destaca, además, que **no se limita la aplicación del prevalimiento a los abusos sobre personas menores de edad**, aunque es claro que la edad es un dato que puede determinar la desproporción propia de esta circunstancia; además no exige coacción; y puede ser permanente o episódico. Lo determinante es que exista una situación que, de algún modo, presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada), y que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad

**En el caso concreto se aprecia la concurrencia de prevalimiento, por la diferencia de edad, y con ello de madurez, entre el acusado y el menor; y por el modo en que se producen los hechos.**

## ***2.2. Apropiación indebida***

Este delito, también muy habitual en los recursos de casación que se resuelven por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, plantea una casuística muy diversa. A título de ejemplo, hemos seleccionado sentencias relativas a diferentes situaciones: la imposibilidad de devolver el importe de una indemnización recibida por sentencia, que luego es revocada; el contrato de arrendamiento de obra como título idóneo para cometer el delito; la apropiación indebida en el marco de la sociedad de gananciales; el aprovechamiento de la titularidad de las cuentas de una persona fallecida para apropiarse de sus fondos; la disposición por el arrendatario de los muebles del piso arrendado; y un supuesto de distracción de fondos por parte del presidente de una fundación.

Asimismo, hemos destacado una resolución que analiza la distinción entre el delito de apropiación indebida y del delito de administración desleal del artículo 295 del CP.

La **STS 30-04-2013 (Rc 1394/2012)**, absuelve de un delito de apropiación indebida al acusado, que, ejecutada provisionalmente una sentencia dictada en primera instancia, había cobrado **una cantidad de dinero en concepto de indemnización por un accidente de tráfico**, que después fue revocada por la Audiencia Provincial, al resolverse el recurso de apelación interpuesto.

La Sala de lo Penal consideró que **el acusado recibió el dinero por un título que no le limitaba la disposición del mismo por tener la obligación de dejarlo afectado o adscrito a un fin concreto**. Es decir, el acusado podía disponer con toda libertad del dinero recibido, sin perjuicio de que, en el supuesto de que fuera revocada la sentencia de primera instancia, como así ocurrió finalmente, tuviera que reintegrar una cantidad similar a la recibida.

La **STS 12-04-2013 (Rc 1544/2012)** se refiere al título idóneo para que se pueda cometer un delito como el estudiado. Tras realizar un exhaustivo examen del tipo penal de la apropiación indebida, del alcance de los verbos

apropiar y distraer, y de la evolución del precepto, analiza si el contrato de **arrendamiento de obra puede ser título apto para construir un delito de apropiación indebida.**

La respuesta es negativa, salvo que el arrendador haya entregado materiales al arrendatario, o bien una determinada cantidad de dinero para que los adquiriera. En estos casos, respecto de los materiales aportados, o de ese dinero aportado para ese fin, sí puede cometerse por el arrendatario un delito de apropiación indebida. Fuera de estos supuestos, **cuando el arrendador únicamente entrega todo o parte del precio pactado, no hay posibilidad de incurrir en este delito, puesto que no se halla criminalizada la conducta de quien dispone o se adueña de lo que es propio.**

Respecto a la posible comisión de un **delito de apropiación indebida en el marco de una sociedad de gananciales**, la **STS 14-02-2013 (Rc 392/2012)** estima que sí es posible, remitiéndose a resoluciones anteriores, y concretamente al Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005. En este Pleno se acordó que el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal.

Se menciona asimismo en esta resolución, la STS nº 1013/2005 que estableció que los cónyuges tienen, sobre los bienes que integran la sociedad de gananciales, las facultades que les otorga, y con las finalidades que prevé, el Código Civil. Este texto legal dispone expresamente que los actos de disposición a título oneroso requerirán el consentimiento de ambos.

Por lo tanto, no es admisible que uno de los cónyuges haga exclusivamente suyos los bienes gananciales, en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge, pues estaría actuando como administrador infiel que, abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra, los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código Civil, en perjuicio de la masa ganancial y, en consecuencia, del otro cónyuge.

Por su parte, el tipo subjetivo no ofrece duda, estamos ante una actuación dolosa, puesto que es claro que el acusado sabía que las cantidades que retiró se encontraban en una cuenta de titularidad conjunta con su cónyuge, y no obstante, las incorporó a su patrimonio, y con ánimo de lucro, puesto que el acusado hizo uso de esas cantidades de dinero extraídas.

Un supuesto de apropiación de los fondos existentes en la cuenta de una persona fallecida, es el analizado en la **STS 09-01-2013 (Rc 465/2012)**. **El acusado, ciertamente, era cotitular de dichas cuentas, pero lo era en virtud de una relación de confianza, y para facilitar las transacciones, dada la elevada edad del otro titular; y se aprovecha de esa circunstancia para transferir los fondos allí existentes a su propia cuenta, sin consentimiento ni conocimiento de los herederos legítimos.** Esta conducta, considera la Sala de lo Penal, reviste efectivamente los caracteres

del delito de apropiación indebida por el que el primero había sido condenado en la instancia.

Un caso típico es también el relativo a los pisos amueblados. La **STS 16-10-2012 (Rc 2464/2011)** estima que los elementos del delito de apropiación indebida concurren en la conducta realizada por **la acusada que ha dispuesto de la casi integridad de los muebles de la vivienda que estaba judicialmente autorizada a usar, con la obligación, pasado seis meses, de devolverla en el estado en que le fue entregada**. Es decir, recibe con título legítimo un piso amueblado, disponiendo de los muebles que han sido identificados y valorados, que estaba obligada a entregar, pasado el tiempo de la autorización, estando esa conducta integrada en el ámbito del tipo previsto en el artículo 252 del Código Penal.

La **STS 10-04-2013 (Rc 1098/2012)**, versa sobre un supuesto de **condena al presidente de una fundación por un delito de apropiación indebida del artículo 252 del CP por distraer fondos de la entidad**.

La sentencia establece que concurren todos los elementos del tipo penal. Del examen del relato de los hechos probados se deriva la existencia de varias cuentas opacas manejadas con absoluta libertad por el acusado y, por tanto, sustraídas a toda fórmula posible de control por los órganos rectores, las cuales coexistían con otras cuentas que sí estaban sujetas a control. En todas ellas, tanto las controladas como las que estaban fuera de toda vigilancia, aparecía siempre como autorizado y gestor el acusado.

Las operaciones que se reflejan son las siguientes: a) cantidades dispuestas para fines distintos de los que eran propios de la fundación; b) transferencias para fines propios o de terceros; c) movimientos para la realización de inversiones en beneficio del propio acusado; d) disposiciones para usos particulares y ajenos a los fines propios de la fundación, en este caso, reflejadas en cuentas que sí figuraban contabilizadas; y e) ingresos en su propio patrimonio personal de los fondos procedentes de una herencia donada a la fundación.

En definitiva, concurren **actos ejecutados en beneficio propio, actos que tuvieron por beneficiarios a terceras personas y, en fin, actos contrarios a los fines propios de la fundación**. En eso consiste el delito de apropiación indebida del art. 252, en su modalidad de administración desleal, y por este tipo delictivo ha sido condenado el recurrente.

De la distinción entre **el delito de apropiación indebida y del delito de administración desleal del artículo 295 del CP** se ocupa la **STS 01-02-2013 (Rc 319/2013)**.

Se dice en esta resolución que cuando **se trata de administradores de sociedades no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal dentro de los delitos societarios**. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho, o a los socios de cualquier sociedad constituida o en

formación, que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo.

Esta última exigencia, continúa esta sentencia, supone que **el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador**, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas.

Por el contrario, **la apropiación indebida**, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, **supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador**, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador.

De acuerdo con esta idea, se concluye, es perfectamente posible resolver la aplicación de los artículos 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

### **2.3. Asesinato**

Son también relativamente frecuentes las sentencias relativas a delitos de asesinato. En este tipo de resoluciones, la controversia suele recaer sobre la acreditación de la concurrencia de alguno de los elementos que fundamentan la calificación jurídica del hecho como asesinato y no como homicidio, con el consiguiente incremento de pena.

En relación con una de estas circunstancias, concretamente la alevosía, la **STS 15-01-2013 (Rc 10891/2012)**, resuelve dos cuestiones.

En primer lugar, **no aprecia la concurrencia de alevosía, al constar en los hechos probados que, antes de la agresión mortal, hubo un forcejeo entre las partes, que finalizó con el perjudicado en el centro de la calzada.**

Partiendo de este dato inicial, debería hablarse de una alevosía sobrevenida, y para apreciar la misma se requiere, según sentencias

anteriores, como la STS 474/2011, “**un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada**” (FJ 1º).

La Sala entiende que en el caso examinado **no puede afirmarse que se haya producido ese cambio cualitativo entre el forcejeo previo y la ulterior agresión homicida, y es por eso que no estima que concurra la alevosía sobrevenida.**

En segundo lugar, **se plantea si concurrió abuso de superioridad, considerándose que así fue, puesto que los agresores eran dos personas y además se hizo uso de un arma de fuego.** El hecho de que no se hubiera planteado la aplicación del abuso de superioridad por las acusaciones, no impide su estimación habida cuenta de que esta circunstancia agravante ha venido siendo considerada como una alevosía menor o de segundo grado, por lo que no se estaría vulnerando el principio acusatorio al estimar su concurrencia.

Un análisis de otra de las circunstancias que califican el hecho como asesinato, **el ensañamiento**, realiza la **STS 10-07-2012 (Rc 10.149/2012).**

La misma señala los **dos elementos que configuran el ensañamiento**, uno de naturaleza objetiva, la ejecución de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; y otro de naturaleza subjetiva, el autor ha de buscar con su forma de actuar ese incremento innecesario del dolor o sufrimiento de la víctima.

La resolución se remite a la sentencia de esta Sala 895/2011, de 15 de julio, que refiere las **tres clases de ensañamiento** que pueden existir: 1º) la causación de dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal; 2º) la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o 3º) la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento.

En el caso de autos, el autor asestó a la víctima una veintena de puñaladas aprovechando la superioridad que le concedía el estado de embriaguez en que se encontraba, y además, una vez en el suelo, cuando el perjudicado estaba moribundo, pero aún con vida, caído de espaldas, agonizando, y habiendo recibido ya heridas mortales de necesidad, le asestó otras cinco puñaladas adicionales por la espalda cuya única finalidad plausible era la de aumentar deliberada e inhumanamente su dolor. Concurría por tanto el ensañamiento en la primera de las tres modalidades expuestas.

La **STS 28-05-2013 (Rc11039/2012 P)**, trata de un **supuesto de asesinato en comisión por omisión de unos padres, al haberse producido la muerte de su hijo como consecuencia de los golpes y zarandeos violentos y reiterados realizados por uno de los progenitores con la aquiescencia o pasividad del otro**. La indicada sentencia señala: *“Así, queda perfectamente probado por los informes médicos que se ha producido la muerte violenta de un bebé de dos meses de edad, violencia que, acorde con las declaraciones de los acusados y de los demás testigos así como por los informes médicos, únicamente pudo producirse en el domicilio familiar; tampoco ofrece cuestión que esa muerte no se hubiese producido si quienes estaban en posición de garante, nacida de los deberes legales de asistencia y protección que corresponde a los padres respecto a sus hijos menores, hubiesen realizado las acciones exigidas y debidas para evitar ese resultado; queda asimismo acreditada, por los informes médicos, la separación temporal en las agresiones y violencias ejercidas sobre los bebés, lo que evidencia que los padres estaban en condiciones y con capacidad de realizar las acciones para evitarlas.*

*Por lo que se acaba de dejar expresado, queda asimismo probada la existencia de dolo en los progenitores ya que tiene declarado esta Sala que en los delitos de omisión está presente cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa, que es lo que ha sucedido en el presente caso”. (FJ 1º)*

#### **2.4. Blanqueo de capitales.**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal, modificó, entre otros muchos preceptos, el artículo 301 del Código Penal en el que se castiga el delito de blanqueo de capitales, ampliando considerablemente las conductas subsumibles en el tipo, y creándose un nuevo tipo agravado.

En este contexto, hemos de mencionar la **STS 05-12-2012 (Rc 2216/2011)**. En esta sentencia se tratan numerosas cuestiones, pero destacaríamos dos en relación con la figura delictiva del blanqueo de capitales.

La primera, que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, confirmando su propia Jurisprudencia, anterior a la Ley Orgánica 5/2010, declara que **el hecho de que las ganancias blanqueadas procedan de un delito por el que el acusado ha sido ya condenado no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo**. Estaríamos ante un concurso real, de conformidad con el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006.

La confirmación de esta doctrina implica que aún cuando la condena se haya producido por hechos anteriores a la entrada en vigor de la citada ley orgánica, la misma no implicará una aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable, concretamente, del nuevo párrafo primero del artículo 301 del Código Penal, que tras dicha reforma, prevé expresamente el castigo del

**autoblanqueo**, pues, como hemos dicho, el autoblanqueo ya era punible antes de la entrada en vigor de dicha reforma.

La segunda cuestión, que se analiza además por primera vez, es si **el delito fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales**. La respuesta de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es afirmativa.

Declara el Tribunal que *“el delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales”* (FJ 37º).

Para el Tribunal, la cuota tributaria constituye un bien en el sentido del artículo 301 del Código Penal, sobre la que por tanto pueden recaer las conductas descritas en dicho precepto.

Cabe también hacer referencia, a la **STS 09-04-2013 (Rc 1247/2012)**.

En esta resolución, la Sala de lo Penal declara, y precisamente con respecto a tales bienes, que **el artículo 301 del Código Penal tipifica unas conductas que se caracterizan por referirse a un objeto concreto descrito con la genérica denominación de bienes, sin otra especificación que la que deriva de su origen. Pero para que la actividad pueda desarrollarse es ineludible que dichos bienes tengan existencia real actual**. En su ausencia podrán llevarse a cabo actividades preparatorias o, si se quiere, incluso de tentativa. Pero no se puede considerar que el delito se ha consumado si el bien, por inexistente no puede ser ni adquirido, ni poseído, ni convertido, ni transmitido, ni cabe ocultar o encubrir su origen.

## **2.5. Cohecho**

El número de sentencias dictadas en relación con los delitos de cohecho es bastante limitado. Este delito se regula en los artículos 419 a 427 del CP, preceptos que fueron modificados por la Ley Orgánica 5/2010 con el fin de, según consta en la Exposición de Motivos de la misma, adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos.

Una de las sentencias más recientes es la **STS 23-04-2013 (Rc 424/2012)**, que, además de resolver varias cuestiones de índole procesal, realiza un análisis sobre el delito de **cohecho pasivo impropio, castigado en el anterior artículo 426 del CP, que en el texto vigente ha pasado a ser el artículo 422**.

En primer lugar, se hace referencia al **bien jurídico protegido en el delito de cohecho**. Según esta resolución, con citación de otras anteriores, tanto en el cohecho activo como en el pasivo el bien jurídico protegido es el

mismo, la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de esa función-, pero con dos perspectivas. En el pasivo, el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada; en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate.

En el cohecho pasivo impropio el bien jurídico tutelado se identifica, como dice el ATS de 27.9.2007, con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos únicamente al imperio de la Ley. Es decir, el único determinante de la actuación de un funcionario o autoridad debe ser la Ley y no otros hechos o circunstancias que pueden condicionar o mediatizar su actuación, tales como las dádivas o regalos ofrecido por particulares y admitidos.

En relación con este concreto tipo penal, la sentencia realiza un exhaustivo examen del mismo. **Señala como elementos para que se pueda aplicar el precepto:** a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

Finalmente, se efectúan una serie de precisiones en relación con los requisitos enumerados, que podemos resumir así: se exige que exista una conexión casual entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, con el fin de excluir aquellos regalos que se efectúen, por ejemplo, en virtud de relaciones familiares o amistosas, que quedarían fuera del tipo penal; se plantea también la cuestión de si el regalo ha de tener un determinado valor económico para que la conducta sea penalmente relevante, estableciéndose que esta cuestión, de difícil delimitación, ha de modularse a través de los usos sociales, con el fin de excluir regalos de cortesía, que forman parte de la normalidad de las relaciones personales; por último desde el punto de vista del tipo subjetivo se exige que el sujeto activo obre con dolo, el funcionario o autoridad ha de poseer la voluntad libre y consciente de aceptar los regalos con conciencia o en la convicción de que éstos le son presentados por razón de su cargo.

## **2.6. Delitos contra la ordenación del territorio.**

El Código Penal contiene únicamente dos artículos, artículos 319 y 320, para la regulación de este tipo de delitos. No es una figura delictiva respecto de la cual se haya dictado un número elevado de sentencias por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Concretamente el artículo 320 del CP, modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipifica una forma especial de prevaricación.

En relación con este precepto se ha dictado la **STS 22-11-2012 (Rc 194/2012)**, que resuelve sobre la condena a un técnico que realizó un informe determinante para la concesión de una licencia. El recurrente alegó que no tenía la condición jurídica administrativa de funcionario, y que su intervención fue ocasional, en cuanto circunscrita a un breve periodo de tiempo.

Dice al respecto la Sala de lo Penal que **la ocasionalidad**, que no fue tanta, pues la intervención fue al menos de meses, **carece en cualquier caso de relevancia, puesto que el precepto no exige un mínimo temporal de dedicación a la actividad de que se trate.**

En segundo lugar, **aunque el acusado formalmente no tiene condición de funcionario público, ostenta un estatus que la ley asimila al de aquel.** El artículo 24.2 del CP considera funcionario público a aquel que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas, y en el caso que nos ocupa, **por razón de nombramiento, el acusado estaba habilitado para participar en el ejercicio de funciones públicas en el ayuntamiento.**

Por lo demás en su actuación concurren todos los requisitos que integran el tipo penal aplicado, **ya que el acusado aportó un informe arbitrario, en el que se habían eludido, de forma consciente, imperativos legales, y por lo tanto, injusto, en el sentido exigido por el tipo penal aplicado.** De hecho el informe entró en contradicción, no solo con el ordenamiento jurídico, sino con un informe anterior del propio acusado, ajustado a derecho, que había presentado en el mismo procedimiento.

## ***2.7. Delitos contra los derechos de los trabajadores.***

Los delitos de esta naturaleza engloban figuras muy diversas, si bien, la mayor parte de los supuestos sobre los que se ha pronunciado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se refieren a casos en los que los sujetos pasivos son ciudadanos extranjeros, que han visto de alguna manera limitados sus derechos laborales. En muchas ocasiones estas figuras delictivas se cometen en concurso con otros delitos.

La **STS 19-06-2012 (Rc 2002/2011)** resuelve sobre el delito previsto en **el artículo 312.2 del CP**, estimando el motivo del recurrente y revocando la sentencia que condenó por este delito, en un supuesto en el que la víctima es obligada a ejercer la prostitución, impidiéndole incluso el abandono del local. Se entiende que la conducta se subsume en el artículo 188.1º del CP, que tipifica la prostitución coactiva; y en el artículo 163 del mismo texto legal, que contempla la detención ilegal. No es posible apreciar un concurso real de estos delitos con el tipo penal del artículo 312.2 del CP, puesto que sería necesario apreciar unas condiciones de trabajo que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores reconocidos en las leyes, más allá de los aspectos que ya son tenidos en cuenta para la aplicación de los otros tipos delictivos.

Es decir, **la aplicación de este artículo exige siempre la valoración de las condiciones laborales impuestas a los trabajadores**, al margen de otros delitos que puedan haberse cometido, y por los que, si procede, deberá condenarse a su autor.

Un hecho que ha dado lugar a numerosas sentencias es el relativo a la inmigración clandestina, que se regula en el artículo **318 bis del CP**. En estas resoluciones se señala que este tipo de inmigración tiene lugar no solo cuando la entrada se produce evitando los puestos habilitados al efecto o impidiendo el control por las autoridades, sino **también cuando se realiza bajo una apariencia legal con la finalidad de eludir los controles administrativos, encubriendo su verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a las personas afectadas**. Así, puede señalarse a título de ejemplo la **STS 19-06-2012 (Rc 2002/2011)**, en relación con un supuesto en que **se hizo pasar por turistas a personas que venían a ejercer la prostitución**.

La **STS 25-10-2012 (Rc 74/2012)** recoge un caso similar, **de entrada como turistas de quienes venían a trabajar en un club de alterne**.

Esta sentencia señala también que estamos ante un **delito de tendencia y de mera actividad**, que se consuma con la realización de las conductas descritas en el tipo, con independencia del resultado. Las conductas posteriores podrán ser en su caso, constitutivas de otro delito, del que responderán los autores de las mismas, que es probable no hayan participado en la conducta de la inmigración clandestina.

## **2.8. Delitos societarios**

La **STS 26-03-2013 (Rc 739/2012)** se refiere a un supuesto de denegación del **derecho de información a los socios**.

Dice la sentencia que no toda negativa de información supone la comisión de un delito, solo cuando supusiera una **efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal**.

Estamos ante un derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. **Los actos típicos que integran el delito del art. 293 del CP son los indicados en los arts. 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas**, es decir, derecho de los socios a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día, y derecho a obtener cualquier documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta.

Igualmente, se señala, que la Sala de lo Penal ha declarado en anteriores resoluciones -SSTS de 26 de Noviembre 2002 ó, más recientemente, 532/2012 de 26 de Junio-, que debe tratarse de una **negativa clara y rotunda, por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada**. Por ello, tampoco se exige que la negativa sea reiterada, el tipo no lo exige pero qué duda cabe que la reiteración en la negativa facilita la acreditación de la conculcación del derecho.

Por otra parte, el tipo penal no exige perjuicio patrimonial alguno, pero sí una **idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido**.

En el caso concreto examinado, se efectuaron dos requerimientos notariales solicitando información, ambos con respuesta negativa, por lo que se apreció una conducta obstruccionista respecto a concretas informaciones solicitadas.

La **STS 07-03-2013 (Rc 949/2012)** analiza un **supuesto de delito societario del artículo 290 del CP**. Se efectúa en ella un examen del citado tipo penal, que tipifica las conductas consistentes en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, y se realizan las siguientes consideraciones:

a) Se trata de un delito especial, que requiere que el sujeto activo ostente el dominio sobre la concreta estructura social.

b) El delito se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico". Y en todo caso, **se distinguen dos subtipos**: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

c) La doctrina señala como **bienes jurídicos** a tutelar tanto el tráfico mercantil, como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

En el caso de autos, ambos acusados reunían los requisitos para ser sujetos activos de este delito pues uno de ellos era administrador único de las sociedades implicadas, y el otro, administrador de hecho. Este último, además, era el responsable de levantar las actas de las juntas que se celebraran y de extender las certificaciones, toda vez que era el secretario del consejo de administración.

Y los dos acusados, de común acuerdo prescindieron de convocar las Juntas Generales que hubiera correspondido celebrar los años 2002 a 2005, redactando anualmente sucesivas certificaciones falsas en las que, sin conocimiento del tercer partícipe, se hacía constar la celebración de la Junta General así como la aprobación por unanimidad de las cuentas anuales de la sociedad. Todo lo cual acabó generando un perjuicio al socio minoritario de cada una de las sociedades y un beneficio para los acusados, que determinó la aplicación del tipo agravado del último inciso del art. 290 del C. Penal.

## ***2.9. Deslealtad profesional.***

En relación con el delito tipificado en el artículo 467 del CP, la **STS-17-09-2012 (Rc 2396/2011)** destaca que es necesario para su aplicación la existencia de un «encargo profesional» al acusado, precisamente en su calidad de abogado. **Han de identificarse intereses encomendados justamente en atención a su condición de profesional de la abogacía.**

## ***2.10. Detención ilegal.***

También el delito de detención ilegal es objeto habitual de los recursos de casación, y frecuentemente aparece en concurso con otras figuras delictivas.

Uno de los supuestos que más se plantea es el relativo al **tipo atenuado previsto en el artículo 163.2 del CP**. La aplicación de dicho precepto es objeto de estudio en la **STS 18-10-2012 (Rc 129/2012)**. En esta resolución se establece que una vez consumada la detención, ha de partirse de la aplicación del tipo básico, regulado en el artículo 163.1 del Código Penal. Solo puede acudir al tipo atenuado cuando se dan los dos requisitos previstos en la ley: la no superación del límite temporal de las 72 horas, y la no obtención del objeto que el autor se hubiera propuesto.

**Ello supone que siempre se ha de empezar por el tipo básico, y solo después, si concurren los requisitos necesarios, aplicar el tipo atenuando, no siendo posible efectuar el proceso inverso.**

En definitiva, lo que viene a decirse es que **no forma parte del tipo subjetivo del tipo básico la existencia de un voluntad de prolongar la detención por más de 72 horas; sino que, contrariamente, forma parte del tipo subjetivo del tipo atenuado, la acreditación de la voluntad de no superar ese plazo**, además de que concurra el segundo requisito relativo a que el autor, no hubiera logrado el objeto propuesto o, en su caso, que éste en realidad nunca hubiera existido más allá del mismo hecho de la privación de libertad.

En el supuesto de autos, el acusado encierra a la víctima en el sótano de su bar y esta consigue escapar antes de que hubieran transcurrido 72 horas. El Tribunal de instancia aplicó el tipo atenuado por considerar que «no existe dato alguno que permita afirmar que la voluntad del autor del hecho era la de prolongar la privación de libertad por más de 72 horas». Y argumenta que al haberse producido el encierro en un bar, éste tendría que ser abierto para el desarrollo de su actividad.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el recurso del Ministerio Fiscal y revocó la referida sentencia en virtud de los razonamientos antes expuestos; es decir, porque lo que no había quedado acreditado era la existencia de datos que demostraran que la voluntad del acusado era interrumpir la detención antes del plazo de 72 horas, requisito exigible para la aplicación del tipo atenuado; y en cuanto a que se trataba de un bar y debería abrirse, no quedó acreditado que el acusado abriera su bar cada día. Además, la víctima estaba en el sótano y, en principio, no tenía necesariamente que ser descubierta por los clientes.

Sí aplica la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el tipo atenuado del artículo 163.2 del CP en la **STS-17-07-2012 (Rc 1674/2011)**. En esta resolución, y tomando como referencia la STS de 27 de diciembre de 2004, y la STS de 23 de noviembre de 2010, **se señala que la privación de libertad, con la pura finalidad de causar a la víctima el perjuicio causado por la propia detención, y en la que por tanto no se busca otro fin que la propia**

**privación de la libertad deambulatoria**, encajaría en este tipo atenuado, si la puesta en libertad se produce de manera voluntaria antes del transcurso de tres días.

Esto es, en aquellos supuestos, por otra parte excepcionales, en los que no se persiga otro fin distinto a la detención, ello no debería ser obstáculo para aplicar el tipo atenuado, cuando concurren el resto de requisitos exigidos.

Por último, en cuanto a **las diferencias entre el delito de secuestro y el delito de detención ilegal**, en la **STS 28-11-2012 (Rc 10533/2012)**, se examina como uno de los motivos del recurso la posible vulneración del principio acusatorio, debido a que la acusación se formuló por un delito de secuestro, y se condenó sin embargo por un delito de detención ilegal. Se desestima el motivo explicando que, **la diferencia entre ambos tipos penales, secuestro y detención ilegal, radica únicamente en que el primero exige una condición para el rescate, que no requiere la detención ilegal, que es un tipo más leve**. En ambos el bien jurídico protegido es el mismo, la libertad deambulatoria. Añade la sentencia que *“no hay afectación del principio acusatorio y la defensa del acusado se ha podido desarrollar en plenitud, al conocer la imputación y poder articular la defensa a la acusación”* (FJ 14º).

## **2.11. Estafa**

La estafa es uno de los delitos más numerosos, dictándose por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo numerosas sentencias en las que, siguiendo una sólida doctrina jurisprudencial, se enumeran y examinan los elementos del delito, y, en especial, del que constituye el elemento esencial del tipo, el engaño bastante.

A estos efectos, podemos citar la **STS 30-04-2013 (Rc 1597/2012)** en la que se efectúa una exposición de los elementos que integran el tipo penal, con especial examen del engaño bastante, y una remisión a numerosas resoluciones anteriores.

Se expone que para determinar la idoneidad del engaño han de utilizarse tanto criterios objetivos, como condiciones personales del sujeto y demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. Únicamente se excluye el engaño burdo. Como dice la STS 928/2005, «una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño». Pero no deja de señalarse que, como ya se apuntó en resoluciones como la sentencia 162/2012, de 15 de marzo, **no es admisible que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales**.

En conclusión, lo que establece la sentencia es 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 abusivas exigencias de autoprotección” (FJ 11º).*

En la misma línea se pronuncia la **STS 03-04-2013 (Rc 1277/2012)**.

En sentido opuesto, ha de señalarse que **la especial diligencia del perjudicado, no impide que el engaño pueda considerarse idóneo y en consecuencia entender que estamos ante un delito de estafa, aunque sea en grado de tentativa**. Puede citarse la **STS 07-03-2013 (Rc 884/2012)**, en la que el acusado intentó realizar el pago fraudulento de un vehículo de alta gama. Para ello utilizó primero un talón, y cuando no le fue aceptado, presentó un cheque bancario. Finalmente, la no consecución del fin no se debió a que el instrumento utilizado no fuera idóneo, sino a la especial diligencia del vendedor, que primero no admitió el talón y después acudió a la entidad bancaria para comprobar la autenticidad del cheque, ocupándose incluso de concertar cita fuera del horario de caja, con el fin de examinar más detenidamente el documento; y ello frente al intento del acusado, de acudir con el tiempo muy limitado, a fin precisamente de evitar ese examen más exhaustivo.

En definitiva, la sentencia concluye que la especial diligencia observada, no impide que las maniobras realizadas por el acusado deban de ser consideradas como bastantes, examinadas ex ante y en abstracto, a efectos de configurar el elemento del “engaño bastante”, que el tipo penal de la estafa exige.

La **STS 12-04-2013 (Rc 1551/2012)** se refiere a un supuesto de hecho relacionado con el **impago total de una mercancía**, en el que la Sala de lo Penal desestima el recurso y confirma la condena por un delito de estafa, con la agravante del actual número cinco del artículo 250 del CP, atendido el valor de lo defraudado, entendiéndose que concurren todos los elementos de este tipo penal.

Se expone en la sentencia que el acusado aparentó que era una persona solvente y que iba a abonar la mercancía, emitiendo para ello tres pagarés bancarios con vencimientos en los meses sucesivos, que resultaron después impagados.

Tanto el hecho de que la cuenta careciera de fondos para hacer frente al pago, como también que el acusado no abonara suma alguna, constatan a juicio de la Sala de lo Penal, **que cuando suscribió el contrato sabía que no iba a tener dinero en la cuenta en el momento del abono, o cuando menos que era muy probable que no lo tuviera, probabilidad que es suficiente para integrar el dolo exigible en el delito de estafa**.

A lo anterior se añaden datos periféricos, como la conducta en que incurrió el acusado cuando se produjo el impago definitivo; poniéndose fuera del alcance de los acreedores, cambiando de domicilio, y sin que pudiera ser localizado telefónicamente, siendo finalmente detenido por la Guardia Civil, una vez que el Juzgado acordó su busca y captura, en la vivienda de su madre.

Además se constató que tenía otras deudas pendientes y otras causas penales abiertas.

Por su parte, la **STS 06-03-2013 (Rc 657/2012)**, además de hacer un análisis del delito de estafa, trata dos cuestiones.

La primera, apoyada en una sólida jurisprudencia, relativa a que la agravante prevista en el artículo 250.1.1º del CP, que se refiere a los supuestos en los que la estafa recae sobre la **vivienda u otro bien de primera necesidad, solo puede aplicarse en los casos en que se trate de la primera vivienda, es decir, del domicilio habitual.**

La segunda, **que no es posible condenar aplicando una circunstancia agravante que no ha sido alegada en el escrito de acusación**, puesto que cada una de ellas tiene una configuración fáctica y jurídica diferente.

En consecuencia, en el supuesto concreto analizado, no se admite la petición de condenar, aplicando la agravante por razón de la cuantía, cuando se había acusado invocando la agravante de bien de primera necesidad.

La **STS 17-04-2013 (Rc1239/2012)** trata de la agravante de **abuso de confianza en un delito de estafa**, prevista en el artículo 250.6º del CP.

En esta resolución se alcanza la conclusión de que la misma no puede apreciarse pues, aún siendo cierto que el acusado y el perjudicado eran compañeros de trabajo, y que esa situación permitió que el acusado conociera las peculiaridades de la personalidad de la víctima, lo cierto es que **ese abuso de sus relaciones personales es lo que permitió apreciar la concurrencia de cuantos elementos caracterizan el tipo básico de estafa, especialmente el engaño bastante que le caracteriza. Y no pueden considerarse de nuevo esas especiales relaciones, a las que se incorpora las alteraciones que padece la víctima, para apreciar, además, el tipo agravado de abuso de relaciones personales**; ya que tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 383/2004, de 24 de marzo, que la mencionada agravante supone un *plus* que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (en el mismo sentido las Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre).

Por último, cabe hacer mención a una sentencia relativa a la **estafa procesal**, regulada en el artículo 250.1.7º del CP. En relación con este tipo penal, dice la STS-10-04-2013 (Rc 1314/2012) *“que solo quedan colmadas (las estafas procesales) cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de la resolución judicial fruto de ese engaño. Si el propósito queda abortado, estaremos ante el subtipo, pero en grado de tentativa”* (FJ 11º).

Cabe entonces la posibilidad de que el tipo agravado se pueda haber cometido en grado de tentativa, y al mismo tiempo se haya producido una estafa consumada. **En estos casos ha de aplicarse el principio de alternatividad**, y normalmente prevalecerá el tipo de la estafa ordinaria consumada, puesto que tendrá prevista pena superior.

## **2.12. Falsedades**

El delito de falsedad documental, que ha dado lugar a numerosas sentencias, aparece normalmente en concurso con otras figuras delictivas, y especialmente, con la estafa. La casuística respecto a este tipo de delitos es muy variada.

La **STS 02-04-2013 (Rc 1181/2012)** castiga por un delito de falsedad documental, en un supuesto en el que el acusado, en su condición de administrador, reflejó en dos certificaciones la celebración de unas juntas universales en las que se habrían aprobado las cuentas de la sociedad, cuando dichas juntas ni siquiera se habrían celebrado.

El recurrente alega que estamos ante un **supuesto de falsedad ideológica**, cometida por un particular, y por lo tanto, impune.

**Ciertamente este tipo de conductas, según se refleja en la sentencia, inicialmente dieron lugar a dos líneas jurisprudenciales contradictorias**, que se resolvieron en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999, que se pronunció a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

En sentencias más recientes, se ha venido consolidando el criterio establecido por el Pleno, si bien, en el actual Código Penal, las falsedades ideológicas, aunque siguen estando penadas, tienen un carácter más restrictivo. Así en las SSTS 213/2008, de 5-5, y 641/2008, de 10-10, se afirma que «la diferenciación entre los párrafos 2º y 4º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, **sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente**».

Partiendo de esta base, en el caso concreto se constata que las certificaciones se habían **efectuado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico, puesto que fueron incorporadas por el acusado al Registro Mercantil y después también operó con ellas el acusado al aportarlas con la demanda de concurso voluntario de acreedores, una realidad, cual era la celebración de unas Juntas y la**

**aprobación de una cuentas de una empresa, que nunca habían tenido lugar**, por lo tanto, era claro que concurría un supuesto de falsedad ideológica.

A este respecto conviene advertir, continúa exponiendo la resolución que estamos analizando, que la jurisprudencia no requiere un perjuicio concreto en el tráfico jurídico para que concurra el tipo penal, sino que basta que este sea potencial (SSTS 279/2010, de 22-3; 888/2010, de 27-10; y 312/2011, de 29-4, entre otras). En la misma línea, la Sala de lo Penal ha afirmado que basta con que concurra el dolo falsario, resultando irrelevante que el daño se llegue o no a causarse (SSTS. 1235/2004, de 25.10; 900/2006, de 22-9; 1015/2009 de 28-10; y 309/2012, de 12-4).

En esta resolución además se plantea otra cuestión, **cual es qué ocurre cuando no se condena por el mismo número del artículo 390 del CP, por el que se había formulado acusación; considerando la Sala de lo Penal que carece de trascendencia, y que no se infringe con ello el principio acusatorio**. En relación con esta cuestión, pueden señalarse otras resoluciones en el mismo sentido (SSTS 1580/1998, de 17-12; y 493/2001, entre otras).

Frente a lo resuelto en el supuesto anterior, **puede hallarse un caso en el que las certificaciones relativas a Juntas no celebradas, van a ser consideradas un hecho impune por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, que casa la sentencia dictada por el Tribunal de instancia. Si bien, el objeto de dichas certificaciones en este caso, difiere del anterior, y es lo que fundamenta, principalmente, la absolución del acusado.

Se trata de la **STS 27-03-2012 (Rc 675/2012)**, referida a un supuesto en el que el acusado certificó ante Notario, falsamente, que se había celebrado Junta General Extraordinaria y Universal en la que se había aprobado facultarle para que actuara en nombre y representación de varias mercantiles que administraba, en distintas operaciones.

**Los motivos por los que no se aprecia delito son dos**: el primero, porque el acusado, en su condición de administrador, tenía facultades para realizar las operaciones pretendidas, con plena eficacia en el tráfico jurídico, sin necesidad de crear, falsificar o falsear ningún documento; el segundo, porque se trataba además de falsificaciones burdas.

La **STS 25-04-2013 (Rc 1512/2012)** efectúa un amplio estudio del delito de falsedad documental, señalando las características del mismo.

En primer lugar, se señala que **no es un delito de propia mano**, es decir, no es necesario que el autor realice materialmente la falsedad, sino que puede servirse de terceros. En este punto existe una consolidada doctrina, pudiendo citarse, SSTS 1119/2010 de 22 de Diciembre, y 24 de febrero de 2012, entre las más recientes.

En segundo lugar, respecto a los **elementos del delito**, se sostiene resumidamente que, **el elemento objetivo** implica la mutación de la verdad por

medio de alguna de las conductas tipificadas en el art. 390 del CP, y que el **elemento subjetivo**, viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que con ello se llegue a causar o no un daño efectivo al bien jurídico protegido.

En tercer lugar, en cuanto al **bien jurídico protegido**, se afirma que no es otro que la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS núm. 349/2003, de 3 de marzo; 845/2007, de 31 de octubre; 1028/2007, de 11 de diciembre; 377/2009, de 24 de febrero; y 165/2010, de 18 de febrero, entre otras).

Tras realizar esta exposición general del tipo delictivo, la sentencia se centra en la figura descrita en el artículo **390.1.2º del CP: simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.**

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera que se pueden incluir en este precepto **aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, el cual se configura deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente.**

**Por lo tanto se sigue el mismo criterio que en la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2013, haciéndose también referencia al Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999, y a resoluciones posteriores.**

En el caso concretamente analizado, se creó íntegramente un documento que acabó teniendo efectos en el tráfico jurídico, al presentarse a descuento bancario y ser admitido, duplicando una factura que ya había sido pagada, y atribuyéndole un importe que no tenía nada que ver con el inicial. Es decir, se confeccionó deliberadamente un nuevo documento, duplicado del anterior, e incluso con el mismo número y fecha, pero con un importe mucho más elevado, con la única finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, y aprovechar los datos del documento anterior para darle verosimilitud.

### **2.13. Lesiones.**

También es este es un delito muy frecuente, siendo las cuestiones que más se plantean las relativas al alcance del resultado lesivo producido, y por lo tanto, al concreto tipo penal que ha de ser aplicado.

Respecto a la aplicación de los tipos agravados del delito de lesiones, uno de los conceptos que más controversias ha suscitado es el relativo a «**grave enfermedad somática o psíquica**», que se recoge en el artículo 149.1 del CP.

La **STS 01-04-2013 (Rc 1255/2012)** resuelve sobre un supuesto de estas características. El acusado mantuvo relaciones sexuales con la víctima, a sabiendas de que podía contagiarle varias enfermedades (tricomoniasis vaginal, hepatitis aguda por virus de la hepatitis B, y CIN), lo cual efectivamente ocurrió. Enfermedades que requirieron tratamiento médico para su curación, no constando secuelas, y tardando en curar 60 días improductivos, de los que 5 fueron de hospitalización.

El Tribunal de instancia, apreció la concurrencia de un delito de lesiones del artículo 147.1 del CP, concurriendo dolo eventual, si bien dictó sentencia absolutoria por haber prescrito el delito.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al desestimar el recurso interpuesto, **consideró que las lesiones de la perjudicada no podían calificarse como enfermedad grave, y por lo tanto integrante del artículo 149 del CP.**

Al respecto se declara que, *“en la doctrina de esta Sala, la STS 129/2007, de 22 de febrero, con cita de la STS 1299/2005, de 7 de noviembre, constata la falta de un criterio legal de interpretación para la integración de una determinada enfermedad en el concepto que determine la aplicación del tipo prevenido en el art. 149 CP, que exige que el resultado lesivo determine la causación de una grave enfermedad somática o psíquica”* (FJ 3º).

Esta ausencia de criterio legal, continúa la sentencia, obliga a la adopción de un criterio jurisprudencial estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto, como elemento normativo del tipo que requiere una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso. Y también en aplicación del principio de proporcionalidad por el cual debe existir una equivalencia valorativa entre la enfermedad grave y las pérdidas de miembros u órganos principales, la deformidad grave, la impotencia o la esterilidad, que son los resultados típicos que el Código Penal prevé como agravaciones por el resultado producido por la acción.

En el caso de autos se entendió que no concurrían tales requisitos, porque, resumidamente, **no se había ocasionado una enfermedad crónica, sino un brote agudo que curó sin secuelas; no existió una afectación física permanente, ni tampoco psíquica; y, en tercer lugar, no se afectó tampoco a la capacidad laboral.**

La enfermedad contagiada, por tanto, y con independencia de su consideración desde el punto de vista estrictamente médico, no podía calificarse de grave enfermedad, a los efectos penales de su equiparación con una lesión que deja graves secuelas permanentes (ceguera, sordera, pérdida de miembros principales, impotencia, esterilidad, etc), que son los supuestos prevenidos en el art. 149 1º del CP, pues lo impide el principio de proporcionalidad.

Por su parte, la **STS 08-11-2012 (Rc 927/2012)**, establece **la diferencia entre las lesiones tipificadas en el artículo 149 del CP, y las que se recogen en el artículo siguiente, el 150 del citado texto legal**; para ello se remite a otra resolución anterior, la sentencia 722/2010, según la cual el tipo penal del artículo 150 del Código Penal no requiere una deformidad «grave», que es la que contempla el precedente artículo 149 del Código Penal, siendo suficiente para constituir aquella que la irregularidad estética que presente el cuerpo de la víctima, tenga cierta entidad y relevancia desfiguradora, subsistente y visible.

En el caso de autos, la deformidad consistía en una cicatriz, consecuencia de la agresión provocadora de una alteración física que fue visible y permanente, pudiendo ser valorada su alcance y repercusión estética por el Tribunal de instancia, que la tuvo a la vista. Añade la sentencia que, **en ningún caso, el Tribunal queda vinculado por los informes periciales para determinar cuándo unas lesiones causan o no deformidad, puesto que el concepto de deformidad que recoge el art. 150 del Código Penal es un concepto jurídico**, que debe ser fijado por el juzgador, sin que tenga por qué coincidir con el criterio médico forense.

Por último, ha de hacerse referencia a la STS-31-10-2012 (Rc 3/2012), que se ocupa de un **supuesto de mutilación genital de una mujer. Se alega por el recurrente error de prohibición**, alegación que fue desestimada. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declara que este error se produce cuando el autor cree que obra lícitamente. En el caso de autos, el acusado llevaba 10 años viviendo en España, estaba plenamente integrado en la sociedad española, e incluso en su declaración en sede judicial, llegó a reconocer expresamente, que sabía que la ablación no se podía practicar en este país. Como consecuencia de ello, la tesis del error de prohibición no puede prosperar.

## **2.14. Malversación de causales públicos.**

Al posible **sujeto activo** de este delito se refiere la **STS 24-10-2012 (Rc 2361/2011)**, declarando sobre el particular que qué haya de entenderse por funcionario a efectos penales no se precisa a partir de la legislación administrativa, sino con la referencia que proporciona el art. 24.2 del CP. Y la jurisprudencia de esta Sala no ofrece dudas al respecto, aceptando una equiparación funcional entre el funcionario titular y el funcionario sustituto, interino y, por tanto, carente de la estabilidad que proporciona la pertenencia a la carrera administrativa. Lo que define la condición de funcionario público es la participación en funciones públicas, siendo irrelevante que sea interino o de plantilla (STS 1544/2004, 23 de diciembre), pues los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan las calificaciones o legitimaciones requerida, así como los interinos, sustitutos o funcionarios de empleo, en contraposición a los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad (STS 663/2005, 23 de mayo). Y es que el factor que colorea la definición de funcionario es la participación en funciones públicas. De ella se deriva que **a los efectos penales tan**

**funcionario público es el titular o de carrera como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitiva ni por tanto de permanencia (SSTS 1608/2005, 12 de diciembre y 252/2008, 22 de mayo).**

**La STS 22-03-2013 (Rc 11045/2012) resuelve sobre la aplicación del tipo agravado previsto en el artículo 432.2 del CP, en los supuestos de delito continuado del artículo 74 del CP.**

En la misma se establecen las siguientes pautas:

**- Deberá sumarse el total de lo malversado en supuestos de delito continuado, para determinar si procede la aplicación del tipo agravado del artículo 432.2 del CP.** Por lo tanto, no es relevante para la aplicación de dicho precepto que cada uno de los actos de malversación, individualmente considerados, no tengan entidad para subsumirse en dicho artículo, cuando el montante total revista especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.

- No obstante, en estos casos, **no se aplicarán el artículo 432.2 y el artículo 74.2, ambos del CP, sino que prevalece el primero de los preceptos citados, en aplicación del principio de especialidad.** Sí resultará de aplicación el artículo 74.1 del CP, debiendo imponerse la pena del tipo agravado en su mitad superior, por tratarse de un delito continuado.

- Debe tenerse siempre en cuenta que la anterior regla solo resulta de aplicación en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta malversadora alcance los criterios legales que determinan la aplicación del art. 432.2 CP.

**La STS 24-04-2013 (Rc 1383/2012) se refiere al delito de malversación impropia.**

En ella se declara que **los requisitos de este delito**, según se ha recogido en resoluciones anteriores, son los siguientes: a) la existencia de un proceso judicial o administrativo; b) que en él, y por la autoridad competente, se haya acordado el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica; c) que haya sido designada depositaria una persona concreta a la que se le hace entrega de los bienes concernidos en concepto de depositario, documentándose en legal forma la constitución del depósito; d) que el depositario haya aceptado el cargo, también en legal forma y de manera documentada, y asimismo que haya sido instruido de las obligaciones inherentes al cargo y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento; e) que con posterioridad, el depositario efectúe un acto de disposición sobre los bienes embargados de los que es depositario, que puede ser directo, es decir en forma comisiva o también puede ser por omisión, pero en connivencia con el autor material.

Se expone asimismo como, en la Sentencia 779/2005, de 18 de mayo, se acordó la absolución del acusado por no haberse ilustrado al mismo, de manera detallada, sobre el contenido del artículo 435, en relación con el artículo 432, ambos del CP, tal y como lo viene exigiendo la interpretación que de esas normas hace la jurisprudencia, sin que pudiera entenderse, a raíz de su profesión o por otros motivos, que el acusado tuviera conocimiento del alcance de los referidos preceptos. Únicamente constaba en el procedimiento una diligencia, que resultaba escasamente acreditativa de la instrucción sobre las obligaciones y responsabilidades del depositario, y que se consideró insuficiente a estos efectos.

Ese argumento es precisamente el que se aplica al supuesto de autos, confirmándose la absolución dictada por el Tribunal de instancia.

Constaba en el procedimiento una diligencia según la cual el acusado aceptaba el nombramiento de depositario, quedando sujeto a los deberes y responsabilidades citados en el artículo 138 del Reglamento General de Recaudación, y quedando advertido de la responsabilidad civil o penal por incumplimiento de las obligaciones que le incumbieran.

La Sala de lo Penal considera sin embargo que **dicha diligencia no es suficiente para acreditar, sin otras pruebas que lo confirmen, que la designación del depositario, y la explicación de sus obligaciones, se hizo con las condiciones y requisitos que venían exigiendo la jurisprudencia para que el incumplimiento de las obligaciones por parte del depositario pueda integrar el delito de malversación impropia de caudales públicos.**

Respecto a las diferencias existentes **entre los artículos 432 y 433 del CP, se señalan en la STS-29-11-2012 (Rc 2486/2011). Esta resolución establece que la distinción entre ambos preceptos radica en el propósito del agente que realiza la sustracción.**

**Así se aplica el artículo 432 del CP, cuando el sujeto activo pretende incorporar a su patrimonio el bien público detraído, con la intención de ejercer sobre él una relación de dominio de carácter definitivo, o sea el conocido *animus rem sibi habendi*.**

**Será por el contrario aplicable el art. 433 del CP, cuando el ánimo sea de mero uso con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio. Ahora bien, para la aplicación del art 433 CP es necesario en todo caso que concurra el elemento esencial del tipo, que es destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a disposición de la autoridad, funcionario o asimilado, por razón de sus funciones. Por lo tanto, el hecho de dar a los caudales públicos un fin público, aun cuando no fuese el que expresamente estuviese previsto o autorizado, es decir, atender necesidades públicas con fondos públicos pero modificando el destino inicialmente previsto, constituye una infracción administrativa, de la que se pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables, pero que no tiene encaje en el art 433 del CP vigente.**

## **2.15. Omisión del deber de socorro.**

La **STS 24-09-2012 (Rc 2178/2011)** aprecia que existe un delito de omisión de socorro en un supuesto de accidente ocasionado por una persona que luego omitió el auxilio debido. La víctima se encontraba grave y desamparada. **El delito se consuma desde el momento en que el autor se marcha del lugar de los hechos, y no presta auxilio a la víctima, con independencia de que esta sea después ayudada por terceras personas.**

## **2.16. Organizaciones criminales.**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio por la que se modifica el Código Penal introdujo, dentro de los delitos contra el orden público, nuevas figuras delictivas relacionadas con las organizaciones y grupos criminales.

A este respecto, podemos destacar la **STS 02-07-2012 (Rc 10063/2012)** en la que se realizan al respecto varias consideraciones interesantes.

La primera que en la **definición de las organizaciones criminales**, el nuevo artículo 570 bis, como en la de **los grupos criminales**, que se contemplan en el artículo 570 ter, siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos ("... a fin de cometer delitos..."), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización.

La segunda consideración que nos gustaría destacar es que, según esta resolución, la introducción en el Código Penal de los nuevos artículos que se diseñan en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, mediante la reforma operada mediante LO 5/2010, denominado tal Capítulo como "De las organizaciones y grupos criminales" (arts. 570 bis al 570 quáter), ha de llevarnos a una **reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código**, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas, en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretenden la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

## **2.17. Pornografía infantil.**

En la **STS 26-03-2013 (Rc 1605/2012)** se resuelve sobre la distinción entre la tenencia y la distribución de pornografía infantil.

La resolución se remite a otra anterior, la STS 105/2009, de 30 de enero, que establece que **el art. 189.2 del Código Penal requiere los siguientes elementos**: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines; c) será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil.

En el caso de autos, resultó acreditado que el acusado, profesional de la informática, procedió a descargar el material, al tiempo que impedía la transmisión de sus archivos mediante su almacenamiento en una carpeta que no compartía con otros usuarios. Es decir, de la prueba practicada no solo no resultó acreditado que el acusado pusiera a disposición de terceros sus propios archivos de contenido pedófilo, sino que, antes al contrario, los ponía a recaudo de la transmisión que el propio programa de descargas utilizado facilitaba.

En consecuencia, la Sala de lo Penal estimó el motivo y condenó por un delito de mera posesión y no de distribución.

## **2.18. Prevaricación administrativa.**

Un supuesto de **prevaricación administrativa en comisión por omisión** es el analizado en la **STS 25-09-2012 (Rc 1954/2011)**, absolviéndose al acusado, que ostentaba el cargo de Alcalde, y que había sido condenado en la instancia, por no llevar a cabo, en general, ninguna actividad de control sobre el cumplimiento de los requisitos de los contratos de trabajo que se celebraban en su Ayuntamiento.

Según esta resolución, una lectura atenta del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de junio de 1997 exige concluir que **la equiparación, en lo que a tipicidad de la prevaricación se refiere, entre la comisión activa y omisiva, se circunscribe a los supuestos en que la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente, como resolución presunta, a una resolución expresa.**

Ahora bien el alcance de tal posibilidad, recogida en sentencias ulteriores, se comprende, continúa esta resolución, a la luz de lo que se expone en la sentencia dictada a continuación de dicho acuerdo, que fue la STS 784/1997 de 2 de julio. En ella se da cuenta de que la jurisprudencia venía manteniendo dos posiciones contrapuestas, contraria la una y favorable la otra

a la tipificabilidad como prevaricación de comportamientos omisivos. Y que el Pleno de la Sala se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.

Desde luego, se declara, no resulta dudosa la posibilidad de sancionar prevaricaciones por mera omisión cuando la norma penal la tipifica específicamente, como en el caso del artículo 320 o del 329 del Código Penal. Como ocurre en los casos de omisión en el cumplimiento del deber de perseguir determinados delitos.

**Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende, la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de equivalencia exigido en el artículo 11 del Código Penal.** Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis las modalidades de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal.

Pues bien, según declara la Sala de lo Penal, **a tales supuestos no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar.** Así, no cabe equiparar la mera ausencia de procedimiento, o su no iniciación, con la adopción de una resolución de manera presunta o por silencio.

Ciertamente, se declara, *“la omisión del preceptivo procedimiento que debe preceder a la adopción de una resolución expresa puede considerarse constitutivo de prevaricación, pero ésta se comete cuando se adopta la resolución sin tal procedimiento, es decir adopta una forma de comisión activa. Tal es el caso de la Sentencia de este Tribunal num. 861/2008 de 15 de diciembre, o el de la, entre otras, num. 755/2007 de 25 de septiembre. Pero en tales casos la prevaricación se consume por el dictado de una resolución expresa”* (FJ 12º).

Para la Sala de lo Penal sin embargo es claro que el Tribunal de instancia, en el caso examinado, no castigó esa parte activa del comportamiento del recurrente.

Por ello, la omisión de procedimientos de previa constatación de requisitos para la adopción de los acuerdos reflejados en la firma de los contratos de trabajo, pudieran considerarse determinantes de la arbitraria ilicitud de tales acuerdos de contratación. Pero carece por sí solo de entidad autónoma de esa ulterior antijuridicidad. Sin que, dada la decisión del Tribunal de instancia de no penar separadamente aquellos actos de contratación, podamos tener por cometido delito de prevaricación como sanción de esa ausencia de requisitos que dieran licitud a la firma de los contratos.

Menos aún, se declara, *“cabría tomar en consideración una genérica y abstracta omisión en el cumplimiento del deber de inspeccionar el*

*funcionamiento de la contratación por el Ayuntamiento. Ese mero incumplimiento de deber puramente omisivo, diferenciado de cualquier resolución expresa o presunta, no resulta tipificado. Ni un sistema democrático podría autorizar la consideración como delito de toda omisión pura en ausencia de concretas tipificaciones como las más arriba citadas” (FJ 12º).*

## **2.19. Robo.**

Esta clase de delitos ha dado lugar a numerosas sentencias. Las cuestiones que se plantean respecto de los mismos son de muy diversa índole, siendo importante el tema de la continuidad delictiva, así como el análisis de la violencia o intimidación que se exigen para la configuración de este tipo penal.

Con relación a la posibilidad de aplicar el artículo 74 del CP, y apreciar una continuidad delictiva, la **STS 11-10-2012 (Rc 10017/ 2012)**, expone que **el delito de robo con violencia es pluriofensivo**, puesto que lesiona el bien jurídico del patrimonio y también la libertad de las personas, y por tratarse este último de un bien eminentemente personal, se **impide apreciar la continuidad delictiva, tanto cuando existen varios robos con violencia o intimidación, como cuando se da este delito junto con robo con fuerza en las cosas o hurto.**

La sentencia se refiere a otras resoluciones anteriores que ya se pronunciaron en este sentido, entre ellas, la SSTS -6-11-1985; 18-7-1986; 26-10-1990; ó 23-06-1993.

Una cuestión que se plantea en numerosas ocasiones, es la relativa al **momento temporal en que se ejercita la violencia**. La **STS 30-01-2013 (RC 728/2012)**, señala que ya en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrado el 21 de enero de 2000, se acordó que **«constituye robo con violencia cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos».**

La sentencia refiere numerosas resoluciones anteriores que han aplicado el citado acuerdo del Pleno, y en el caso concreto, relativo a una sustracción en un supermercado, en el que los autores son sorprendidos por los empleados, y uno de ellos utiliza un cúter y provoca lesiones en el brazo a un trabajador, la violencia se ha producido antes de que el acusado haya tenido la libre disposición de los objetos sustraídos. La agresión al trabajador es lo que transforma lo que hasta entonces era constitutivo de un delito de hurto, en un delito de robo con violencia. No es tampoco admisible entender que la violencia se utilizó exclusivamente para procurar la huida, supuesto que hubiera podido contemplarse si el acusado abandona los objetos sustraídos y marcha del lugar, sino que se utilizó como medio de lograr el apoderamiento de los objetos.

En definitiva, se utiliza violencia durante la comisión del delito, antes de que el mismo se hubiera consumado, y por lo tanto, estamos ante un delito de robo con violencia, con empleo de instrumentos peligrosos.

También nos encontramos con resoluciones relativas a la aplicación del **tipo atenuado del actual artículo 242.4 del CP**, por la escasa entidad de la violencia utilizada. Así la **STS-27-11-2012 (Rc 576/2012)** contempla la sustracción de un móvil a una persona que iba caminando por la calle, procediendo el acusado a agarrarle fuertemente la mano y arrebatarle el teléfono de un tirón. Se argumenta que **ante la escasa violencia, sin amenazas, ni agresión, ni ningún daño físico a la víctima, procede aplicar el artículo 242.2 del CP**, estimar el motivo, y rebajar la pena inicialmente impuesta en un grado.

La **STS 30-01-2013 (Rc 881/2012)** sin embargo, **no aplicó el tipo atenuado en atención a las circunstancias personales de los acusados**. En el caso de autos, los acusados, Mossos d'Esquadra fuera de las horas de servicio, se acercaron a dos transeúntes e identificándose como agentes de la Policía Autonómica mediante la exhibición de sus placas, procedieron a identificar a ambos transeúntes, al tiempo que les exigieron que vaciaran sus bolsillos y dejaran lo que portaran sobre un muro. Entre sus órdenes estuvo la de que sacaran el dinero y lo dejaran separado del resto de efectos. Los acusados ordenaron entonces a los dos transeúntes que recogieran sus pertenencias excepto el dinero.

Dice la sentencia que es indudable que el acto de despojo objetivamente ponderado, sin atender a la condición del autor, no reviste una especial gravedad y habría que situarlo en los estadios mínimos de los actos violentos e intimidatorios de despojo de la propiedad ajena. Sin embargo, el Tribunal sentenciador, certeramente ha venido a destacar unas **circunstancias que dotan de una indudable gravedad al hecho, provocando inseguridad y desconcierto en la sociedad con daño de la seguridad pública y desprestigio de las personas (agentes de la autoridad)** precisamente encargadas de perseguir delitos y mantener el orden constitucional.

## **2.20. Revelación de secretos.**

Estamos ante una infracción penal examinada con cierta frecuencia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Sobre la misma, y concretamente, sobre **el delito previsto y penado en el párrafo segundo del artículo 197 del Código Penal**, cabe mencionarse la **STS 18-10-2012 (Rc 2343/2011)**, que examina, entre otros, dos aspectos importantes relacionados con esta figura delictiva.

El primero, que **la naturaleza del fin o el objetivo perseguido por aquel que accede ilícitamente a los datos de carácter reservado de otra persona, carece de relevancia**. Uno u otro, dice la sentencia, pudiera tener relevancia para operar como móvil de su acción y para activar su voluntad, pero como tales son un factor externo que no excluyen el conocimiento y voluntariedad de su acción, y por tanto no excluyen el dolo. En tal sentido los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia,

por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión, y a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal.

La segunda cuestión analizada en esta sentencia está relacionada con **el posible perjuicio que la acción descrita en el párrafo segundo del artículo 197 del CP puede causar al tercero**. A este respecto resalta la Sala de lo Penal, citando su propia doctrina, que en este precepto se recogen tres formas comitivas: a) el apoderamiento, utilización o modificación de los datos que hemos descritos; b) el mero acceso; y c) la alteración o utilización. Sólo con relación a la primera y a la tercera de ellas, menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso. Pero es necesario realizar una interpretación integradora del precepto, en el sentido de que como en el inciso primero se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

La solución sería, continúa la Sala de lo Penal, y partiendo de que en el término «tercero» debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo, entender que **los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2 CP y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos**.

### **2.21. Salud pública.**

Este delito da lugar sin duda a un gran número de sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Las cuestiones que se plantean respecto del mismo son muy variadas: aplicación del tipo atenuado, autoconsumo, dosis mínima psicoactiva, apreciación de agravantes, etc.

La **STS 26-03-2013 (Rc 1179/2012)** señala que el margen de error que suelen contener los informes periciales de análisis de las sustancias, situado habitualmente en un “más/menos 5%”, se ha de interpretar en favor del reo. Pero **ese margen de error, rectamente entendido, se refiere al porcentaje mismo de pureza, opera sobre él y no sobre el 100% de la sustancia**. Es un margen de error referido directamente a la riqueza ya especificada y no al total. Por ello, habrá que reducir del tanto por ciento fijado pericialmente, la cantidad resultante de multiplicar ese porcentaje por 0,05.

La **STS 19-11-2012 (Rc 385/2012)** trata dos cuestiones. En primer lugar, el consumo compartido; y en segundo lugar, la aplicación del tipo atenuado del artículo 368.2 del CP.

Respecto al **consumo compartido**, reitera la Sala de lo Penal su doctrina al respecto, según la cual, la conducta será atípica siempre que concurren una serie de requisitos, que se pueden sintetizar como sigue: la condición de adictos de los consumidores; que el proyectado consumo compartido se realice en lugar cerrado; que la cantidad de droga sea insignificante; que estemos ante un acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social; que los consumidores sean personas ciertas y determinadas, y por último, que se trate de un consumo inmediato.

La sentencia valora que en el caso de autos no concurren todos los requisitos, puesto que, ni se trata de un consumo inmediato, ni la cantidad es insignificante. Se admite que pueda tratarse de una **adquisición para otra persona, pero con ese dato, el delito contra la salud pública es típico y está consumado, toda vez que la facilitación o favorecimiento del consumo de sustancias estupefacientes hacia terceros integra el art. 368 del Código Penal.**

**En relación con la aplicación del artículo 368.2 del CP**, declara la Sala de lo Penal, **que el precepto está previsto para el pequeño tráfico de sustancias estupefacientes a terceros, y para los supuestos de escasa posesión de tales sustancias preordenada a dicho tráfico.** Son dos los parámetros interpretativos: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, que habrán de valorarse en cada caso concreto.

La sentencia, después de efectuar un análisis de este tipo penal, entiende que no puede aplicarse en el supuesto examinado ya que la cantidad transmitida, 15,14 gramos de cocaína, con una pureza del 23,60%, por la que recibió el acusado la cantidad de 360 euros, no puede considerarse insignificante. Si a ello se une la venta en el interior de una ferretería, que es un establecimiento abierto al público (aunque no se aprecie por el Tribunal de instancia la agravante del artículo 369.1.3º del CP); que en dicho establecimiento se intervienen otros 2,99 gramos con una pureza del 28%, y una balanza de precisión; y que los hechos se descubren mediante las vigilancias policiales sobre la actividad que se desarrolla en dicho lugar, la conclusión es que los hechos no puede considerarse de escasa entidad.

En relación con esta cuestión, ha de citarse también la **STS 30-04-2013 (Rc 1017/2012)**, en la que se declara **incompatible la aplicación del tipo privilegiado del artículo 368.2 del CP, con la venta llevada a cabo en un establecimiento público** (en este caso sí se aplicó la agravante), puesto que presupone la utilización del establecimiento al servicio del tráfico ilícito, lo que implica una actividad a lo largo del tiempo y no un acto episódico.

La **STS 01-04-2013 (1243/2012)**, versa también sobre la **aplicación del tipo atenuado previsto en el artículo 368.2 del CP**. Respecto de este precepto dice, recordando lo ya apuntado en resoluciones anteriores, que **la discrecionalidad que adopta el art. 368 párrafo segundo, ostenta un carácter netamente reglado**. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado y la excepcionalidad de las circunstancias que concurren en el sujeto

activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida.

Se señala también que la jurisprudencia de la Sala Segunda mantiene que **de los dos elementos mencionados, el más relevante es el relativo a la escasa gravedad del hecho -que se conecta con la antijuridicidad-** por ser el primer parámetro al que debe ajustarse la pena (STS 04-01-12).

Atendiendo a lo expuesto, en el caso de autos se descarta la aplicación del tipo atenuado, puesto que se está ante una actividad continuada de venta de droga en el domicilio por parte de la acusada, quien tan sólo en la mañana en que se efectuó la vigilancia, vendió a tres adquirentes distintos cuatro envoltorios de cocaína, sirviéndose de la protección otorgada por una puerta de seguridad que poseía al objeto de impedir una entrada sorpresiva por parte de la policía. En el domicilio se hallaron útiles para manipular la droga. Todo ello revela la dedicación de la acusada a la venta de drogas, y ello hace que quede descartada la escasa entidad del hecho, sin que tampoco consten circunstancias personales favorables que motivaran su aplicación.

Podemos también señalar la **STS 18-12-2012 (Rc 287/2012)** relativa a la **aplicación del artículo 368.2 de CP, aun concurriendo la agravante de reincidencia**. Se refiere a un supuesto en el que existiendo dos acusados, solo a uno de ellos se le aplicó el tipo atenuado, mientras que al otro, el recurrente, se le aplicó el tipo básico.

Las circunstancias y, en consecuencia, la gravedad objetiva de los hechos, son obviamente idénticas para ambos acusados, en concreto, la ocupación de cuatro «papelinas» de cocaína, con un peso neto aproximado total de 0'7 grs., y valor estimado de 91 euros, que poseían conjuntamente. La única diferencia que puede apreciarse entre uno y otro, sería el de la concurrencia en el recurrente de la agravante de reincidencia.

Respecto a esta cuestión dice la Sala de lo Penal, remitiéndose a resoluciones anteriores, como la STS 11 de junio de 2012, que esa circunstancia no puede ser tenida en cuenta para excluir la aplicación del párrafo 2 del artículo 368, **puesto que en ese caso se estaría vulnerando el principio «non bis in idem»**, ya que la circunstancia agravante serviría tanto para excluir la aplicación del referido supuesto atenuado, como para influir en la individualización de la pena, de acuerdo con las reglas del artículo 66 del mismo Cuerpo legal.

**Sobre la aplicación del nuevo tipo agravado previsto en el artículo 369 bis del Código Penal**, declara la **STS 01-10-2012 ( Rc. 2409/2011)** que ha de valorarse a estos efectos:

a) que la agravación del nuevo artículo 369 bis del Código Penal se produce exclusivamente cuando quienes ejecutan las conductas descritas en el art. 368 pertenecen a una organización criminal;

b) que ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis;

c) que la organización ha de estar integrada, en consecuencia, por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos (art. 570 bis del C. Penal);

d) que se ha suprimido de la agravación para la ejecución del delito el consorcio meramente transitorio u ocasional, ajustándose así el subtipo a la exigencia de estabilidad que impone el nuevo art. 570 bis del C. Penal al definir la organización;

e) que la agravación no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal, tal como aparece definido en el art 570 ter;

f) que se amplían las conductas que se especificaban en el antiguo 369.1.2º, pues allí se exigía la pertenencia del culpable a una organización que tuviera como finalidad difundir tales sustancias y productos, mientras que la actual redacción de la agravación del art. 369 bis cubre la totalidad de las conductas previstas en el art 368 (actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal), que van más allá de la simple distribución material. Se recogen, pues, sustancialmente en la definición legal los caracteres que asumía la jurisprudencia supra citada, en cuanto que se requiere una pluralidad de personas (tres o más), estabilidad en el tiempo, y una actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes;

g) que ha de sopesarse también que el nuevo art. 570 bis 1 del C. Penal equipara punitivamente a quienes participan activamente en la organización con los que forman parte de ella o cooperan económicamente o de cualquier otro modo;

h) que el nuevo tipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del C. Penal suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, en principio, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal).

## **2.22. Terrorismo.**

En la **STS 15-04-2013 (Rc 1839/2012)** se estima el motivo de infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 578 del Código Penal, que describe el **delito de ensalzamiento del terrorismo**, y se revoca la sentencia dictada en la instancia, por cuanto, según el relato de hechos probados y la propia fundamentación jurídica de la sentencia, **no se menciona en ningún**

**momento que la actividad realizada por los acusados estuviera destinada a finalidades de alabanza, ensalzamiento, ni justificación de la actividad terrorista** sino que, lo que hacen los acusados es pedir que los presos condenados por actividades terroristas, sea reagrupados y acercados a sus domicilio de origen.

**La Sala entiende que estamos ante una reivindicación de aproximación de los presos a sus respectivos domicilios, que debe integrarse dentro de la lícita expresión de un deseo o pretensión.**

**En la STS 30-10-2012 (Rc 303/2012), la cuestión analizada es si la adscripción a una organización como SEGI, constituye el delito de integración en organización terrorista;** exigiendo a estos efectos la Sala de lo Penal «una militancia activa».

A este respecto se declara que estas organizaciones “satélite” son parte del entramado terrorista y por tanto se puede predicar de ellas su naturaleza de organización terrorista, sometida a los dictados de la banda armada ETA con la que existe más que sintonía, vinculación. La adscripción a una de esas organizaciones supone integración en un grupo terrorista. Esa afirmación general se matiza: dado el distinto nivel en que se mueven ETA como tal, y las otras organizaciones de su órbita, en este segundo caso para el reproche penal es necesario algo más que la mera adscripción. Hay que acreditar tanto el conocimiento de esa vinculación con la banda como la disposición para colaborar activamente con ella. Así como no es concebible una militancia en ETA o cualquier banda armada que per se no suponga como algo inherente una genérica disponibilidad para atender a las instrucciones y asumir tareas al servicio de la banda, en el escalón de esas “organizaciones” adyacentes, enlazadas inequívocamente con ETA pero que estratégicamente alimentan una imagen de teórica separación, es imaginable la integración de personas que, compartiendo ideología e incluso simpatizando con la banda criminal, ostentan una pertenencia predominantemente formal, no acompañada de esa disponibilidad para colaborar activamente o de la conciencia de que esa actividad se pone al servicio de ETA. Esta mera adscripción formal será insuficiente para dar contenido al tipo penal.

También consideramos importante mencionar una sentencia que examina el **delito de humillación a las víctimas de terrorismo o de sus familiares**, tipificado en el artículo 578 del CP, junto al delito de enaltecimiento del terrorismo.

Ciertamente, no se han dictado muchas sentencias sobre este delito, habiéndose abordado su contenido en la mayoría de las ocasiones a través de la figura del enaltecimiento del terrorismo. Si bien, como expone la **STS 03-10-2012 (Rc 509/2012)**, la diferencia entre las dos figuras delictivas es clara.

Mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, ese requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas, que ostenta una naturaleza más personal, de modo que una ofensa privada, a una

sola persona, puede dar lugar a la comisión del delito, sin perjuicio de que, evidentemente, también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados, y pueda existir además una difusión pública, pero estos elementos no son necesarios para **la consumación del delito que tiene lugar con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo, que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.**

**El bien jurídico protegido es el honor de las víctimas de acciones terroristas, y el de sus familiares, y, en último término, su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE).** En consecuencia, el ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión, no puede servir de cobertura a las conductas que supongan un manifiesto desprecio hacia las víctimas.

El especial contexto en que se producen estos delitos, que además justifica un mayor reproche penal, ha motivado que el legislador ubique este tipo de conductas entre los delitos de terrorismo, por considerar que su tipificación como injurias no resultaba suficiente para tutelar el bien jurídico protegido.

Por último, podemos contemplar un delito **estragos terroristas**, previsto en el art. 571 en relación con el art. 346 del Código Penal. La **STS 17-07-2012 (Rc 10173/2012)**, siguiendo la línea establecida por resoluciones anteriores, establece **cuáles son las tres notas que definen el delito de estragos:** gravedad de medios utilizados; gran magnitud de las consecuencias destructivas provocadas en lugares de especial consideración; y riesgo para la vida o integridad de las personas.

Estamos, según una jurisprudencia reiterada, ante un delito de peligro concreto, si bien no es necesaria la identificación de las personas afectadas, pudiendo ser éstas indeterminadas. Es además un delito de resultado que permite formas imperfectas de ejecución.

El dolo, continúa esta resolución, debe comprender tanto la causación de la destrucción, como que con ella se producirá un peligro para la vida o integridad de las personas, si bien en este caso, basta con que exista dolo eventual.

Asimismo señala esta resolución **que, colocado un artefacto explosivo, el hecho de avisar de su existencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no excluye la tipicidad de la conducta como delito de estragos.** Sobre este extremo existían ya pronunciamientos en este sentido en resoluciones anteriores, STS de 30-12-2004; 2-02-2005, entre otras.

## **2. 23. Violencia de género.**

La **STS 27-12-2012 (Rc 687/2012)** realiza un análisis del concepto de violencia habitual, señalando como elementos más significativos los siguientes:

- La conducta típica viene constituida por una forma de actuar en la que la **violencia** está **constantemente presente**, creando una **situación permanente de dominación** sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de **mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento**.

- **El bien jurídico tutelado** por este delito es la paz familiar y la integridad moral.

- Además de la sanción de los actos específicos, ha de ser penada también la **situación permanente de dominio**, se trata de delitos autónomos. En el delito de violencia habitual los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio «non bis in idem» (v. STS de 9 de julio de 2001).

En conclusión, dice la sentencia, *“la imputación ha de describir actos en número y proximidad tal que de los mismos se deduzca la existencia de una situación que atente contra la integridad moral por ser contraria a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, haciendo insoportable la convivencia por el miedo, depresión o ansiedad que se genera, de una manera permanente”* (FJ 3º).

La **STS 29-01-2013 (Rc 10893/2012)** se pronuncia sobre existencia de abusos sexuales con prevalimiento en un ámbito de violencia habitual en el ámbito doméstico.

Evidentemente, como señala la sentencia, **no es posible establecer de forma genérica que toda relación sexual que se produzca en el marco de una relación de pareja caracterizada por la permanente dominación sobre la mujer, constituye por ello mismo un delito de abusos sexuales con prevalimiento**, ya que es posible que en ese concreto momento de la relación sexual, la mujer preste su consentimiento libremente.

**Para que este delito pueda apreciarse, continúa diciendo la resolución, han de examinarse dos factores:** la situación genérica en que se desarrolla la vida de la pareja; y las circunstancias que concurrieron en el concreto momento de las relaciones sexuales enjuiciadas.

En relación con el primero de los factores, se trata de que exista en la relación de pareja un permanente trato violento o de dominio del hombre sobre la mujer, con un continuado temor de la víctima, la cual vive, como señaló la STS 927/2000, «en un microcosmos regido por el miedo y la dominación».

En lo que se refiere a las circunstancias concurrentes, se debe examinar si se produjeron actos concretos de dominación muy cercanos o inmediatamente anteriores al acto sexual, que pudieran producir como efecto una coerción sobre la libertad de la víctima que le impida decidir libremente.

En el caso concreto, quedó acreditado que en la relación matrimonial existía un clima continuado de violencia, con insultos hacia la mujer, y agresiones como bofetadas, patadas y empujones. El día de los hechos, pasados aproximadamente quince minutos desde que se produjera un episodio con hechos similares a los descritos, la víctima, que inicialmente se había negado a mantener relaciones sexuales con su marido, prestó después su consentimiento.

**Se considera que en un marco de convivencia regido por el temor y la dominación, se produjo un episodio que coartó necesariamente la libertad de la víctima, en el momento en que ésta accedió a mantener relaciones sexuales con el acusado.**