

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA SEGUNDA  
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE  
LA SALA DE LO PENAL  
AÑO JUDICIAL  
2007-2008**

**NOVIEMBRE 2008**

- **ABUSOS SEXUALES: Ponderación de circunstancias en supuestos del art. 181.1 CP..... 12**
- **ACCIÓN POPULAR. Alcance. Procedimiento Abreviado. .... 13**
- **ACCIÓN POPULAR. Límites de su ejercicio (art. 782.1 LECrim); posibilidad de instar la apertura del juicio oral sin necesidad de personación formal de la acusación popular. .... 23**
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial. .... 29**
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Criterio de la pena más grave. .... 30**
- **ACUSACIÓN PARTICULAR. Legitimación procesal en delito de estafa..... 31**
- **AGRAVANTE. Alevosía..... 32**
- **AGRAVANTE. Alevosía “sobrevenida”. .... 32**
- **AGRAVANTE. Mixta de parentesco. Cuñados: hermano del cónyuge, no cónyuge de un hermano..... 33**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Felación a sujeto pasivo no equivale a la acción de penetrar..... 34**
- **ALZAMIENTO DE BIENES. Insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles. .... 35**
- **ALZAMIENTO DE BIENES. Requisitos. .... 37**
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Complicidad y cooperación necesaria.....  
..... 40**
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero por administrador....  
..... 41**
- **ATENUANTE. Confesión como atenuante muy cualificada..... ..42**
- **ATENUANTE. Dilaciones indebidas, no cualificadas.....43**
- **ATENUANTE. Dilaciones indebidas. Cómputo.....44**
- **ATENUANTE. Dilaciones indebidas. Procedencia.....44**
- **ATENUANTE. Reparación del daño. Doctrina general.....45**

- **ATENUANTE. Reparación del daño. Muy cualificada.....48**
- **ATENUANTE. Reparación del daño. No debe apreciarse por la simple compensación económica en delito de abuso sexual.....48**
- **ATENUANTES Y AGRAVANTES. Comunicabilidad de las circunstancias integrantes de un subtipo. Art. 65 CP.....50**
- **ATESTADO. Competencias de la Policía Local.....52**
- **AUTONOMÍA PARLAMENTARIA. Insuficiencia para justificar la comisión de un delito.....53**
- **AUTORÍA. Complicidad.....56**
- **BLANQUEO DE CAPITALES. Art. 301.3º. C Penal.....57**
- **COMISO. Ganancias provenientes del delito.....58**
- **COMPETENCIA. Audiencia Nacional.....59**
- **COMPETENCIA. Improcedencia de la jurisdicción española cuando se pretende la instrucción de una “causa general”.....61**
- **CONCURSO DE DELITOS. Agresión sexual y detención ilegal.....62**
- **CONCURSO DE DELITOS. Asesinato consumado y homicidio intentado.....62**
- **CONCURSO DE DELITOS. Cohecho y contra la salud pública.....62**
- **CONCURSO DE DELITOS. Expedición de moneda falsa (tarjetas) y continuado de estafa.....63**
- **CONCURSO DE DELITOS. Lesiones dolosas y lesiones imprudentes. ....64**
- **CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR. Elementos.....65**
- **CORRUPCIÓN DE MENORES. Distribución de pornografía infantil a través de medios informáticos.....65**
- **CORRUPCIÓN DE MENORES. Utilización exhibicionista o pornográfica de menores.....66**
- **CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Art. 410 CP... ..68**

- **DELITO CONTINUADO. Delitos patrimoniales. Evolución de la doctrina de la Sala.....69**
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Diferencia entre ilícito administrativo e ilícito penal.....73**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Autoconsumo.....77**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Comiso.....77**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad: enumeración de supuestos en los que se estima.....77**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Determinación de la pena de multa sin pericial sobre el valor de la droga; se fija atendiendo al precio de la recompensa.....78**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Dosis mínima psicoactiva, papelina por debajo del umbral de toxicidad.....79**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Imposición de la multa sin constar valoración de la droga. Doctrina de la Sala .....80**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No concurre la agravante específica de extrema gravedad.....81**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa.....81**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370.3º CP.....82**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.10º CP, introducción en territorio español.....83**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado. Pertenencia a una organización.....85**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376 CP. ....87**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. Agravante extrema gravedad del art. 370.3º CP.....88**
- **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL. Se incluyen tanto las cuotas empresariales como las obreras.....90**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Art. 318 bis CP. Entrada de Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea.....91**

- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Competencia de la jurisdicción española.....93**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración ilegal. Supuestos que abarca.....95**
- **DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Resolución judicial que despacha ejecución en virtud de escritura pública. Conducta atípica.. .....97**
- **DELITO DE ATENTADO. Médico de la Sanidad pública.....98**
- **DELITO DE DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA Y MUNICIÓN. Doctrina.....100**
- **DELITO DE DESOBEDIENCIA. Incumplimiento de sentencia. Art. 410 CP.....101**
- **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Diferencias con delito de coacciones.....105**
- **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Requisitos del art. 163 CP .....107**
- **DELITO DE RECEPCIÓN. Disfrutar efectos sustraídos por conviviente.....108**
- **DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN Y DETENCIÓN ILEGAL. Concursos posibles.....109**
- **DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Elementos.....110**
- **DELITO ELECTORAL. Alegación de objeción de conciencia.....111**
- **DELITO PROVOCADO. Agente encubierto.....113**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Acceso a los recursos, doctrina del Comité Europeo de la ONU.....116**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia letrada a varios detenidos. Inexistencia de deslealtad profesional.....117**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Volcado de datos de ordenador intervenido en registro judicialmente autorizado.....118**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Registro domiciliario judicialmente autorizado: no hallazgo casual. ....119**

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia invertida.....120**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia absolutoria.....121**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Concentración.....123**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Forma de infiltrarse el agente encubierto.....123**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen.....124**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intimidad. Protección de datos. Obtención del IP.....127**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intimidad en registro de automóvil. ...  
.....128**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio. Nulidad al entrar antes los agentes que la comisión judicial.....130**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez imparcial. Recusación.....131**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Proceso con todas las garantías. Intérprete.....133**
- **DROGADICCIÓN. Características para estimarse como: eximente, eximente incompleta o atenuante.....134**
- **ERROR DE DERECHO. Infracción de ley.....138**
- **ERROR DE HECHO. Art. 14 CP.....139**
- **ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Documentos excluidos.....140**
- **ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Inspección ocular. ....140**
- **ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Requisitos.....141**
- **ESTAFA. Compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6 del CP. Acuerdo del Pleno de la Sala de 30/10/2007.....142**
- **ESTAFA. Delito continuado. Principio “non bis in idem”.....143**

- **ESTAFA. Engaño bastante. Entrega para cobro en ventanilla de cheques falsificados.....145**
- **ESTAFA. Principio de autoresponsabilidad.....147**
- **ESTAFA. Procesal. No hubo engaño bastante sino apropiación indebida.....148**
- **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA. No concurre.....149**
- **EXIMENTE. Incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber. Proporcionalidad en el empleo de la fuerza en actuación policial. ....153**
- **EXIMENTE. Legítima defensa. No concurre.....153**
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de documento mercantil.....156**
- **FALSIFICACIÓN. Inocuidad.....159**
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Falsificación de tarjetas de crédito: equiparación. Cooperador necesario.....159**
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Tenencia de útiles a tal fin consumado o de tentativa de falsificación.....162**
- **JURISDICCIÓN. Principio de territorialidad. Teoría de la ubicuidad en relación a los actos de preparación o de comienzo de ejecución del delito.....163**
- **JURISDICCIÓN. Tráfico de migrantes por mar. Atribución de competencia. Aplicación del protocolo que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. ..164**
- **LESIONES. Subtipo agravado del art. 148.1º CP. Armario arrojado sobre un discapacitado físico.....166**
- **LESIONES PSÍQUICAS.....167**
- **MALTRATO DOMÉSTICO. Agravante de parentesco.....167**
- **MALTRATO DOMÉSTICO. Atenuante de reparación del daño causado.....170**
- **MALTRATO DOMÉSTICO. Individualización de la pena.....172**
- **MALVERSACIÓN DE CAUDALES. Concepto de caudales públicos.....**

.....	172
• MALVERSACIÓN DE CAUDALES. Daño al servicio público.....	173
• MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. No ingreso de impuestos municipales.....	174
• PENALIDAD. Beneficios penitenciarios.....	177
• PENALIDAD. Imposición de pena de multa no pedida por el Fiscal pero legalmente prevista.....	177
• PENALIDAD. Multa. Determinación y motivación de la cuota.....	178
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos. P2P.....	179
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Difusión por Internet.....	181
• PORNOGRAFÍA INFANTIL. Grabación de imágenes.....	182
• PRESCRIPCIÓN. Delito de alzamiento de bienes. Cómputo desde la perfección del delito.....	184
• PRESCRIPCIÓN. Interrupción desde el momento de presentación de denuncia o querrela y no desde su admisión.....	184
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaraciones policiales.....	187
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general.....	188
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina sobre la valoración del acervo probatorio.....	190
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. “In dubio pro reo”.....	193
• PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Testigo único insuficiente.....	194
• PRINCIPIOS PROCESALES. Inmediación.....	195
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.....	198
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. No se vulnera. Homogeneidad entre homicidio intentado y amenazas.....	199
• PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “ne bis in idem”. Comunicación a la Administración por el órgano de enjuiciamiento de la sentencia dictada. Art. 57.2 LO 4/2000.....	200
• PRUEBA. Careo.....	202

- **PRUEBA. Confidente de la Policía.....202**
- **PRUEBA. Declaración de coimputados en el delito de terrorismo.....  
.....203**
- **PRUEBA. Declaración de testigo-víctima en fase instructora y art. 730  
LECrím.....206**
- **PRUEBA. Diligencia de reconocimiento en rueda nula por practicarse  
en ausencia de Abogado defensor.....207**
- **PRUEBA. Entrada y registro. Hallazgo de la droga en una diligencia  
de lanzamiento por desahucio. Consentimiento del arrendatario. ....  
.....208**
- **PRUEBA. Entrada y registro. Presencia del interesado.....209**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Falta de notificación del auto  
autorizante al Fiscal. No es exigencia constitucional.....210**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Motivación. Doctrina.....213**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Notificación al Ministerio Fiscal.....  
.....217**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de la diligencia de  
prueba.....219**
- **PRUEBA. Intervención telefónica. Seguridad jurídica.....220**
- **PRUEBA. Introducción de atestados como documental.....221**
- **PRUEBA. Obtención del IMSI sin autorización judicial.....222**
- **PRUEBA. Pericial. Fotografías.....225**
- **PRUEBA. Pericial. “Informes de inteligencia”.....227**
- **PRUEBA. Pericial psicológica.....228**
- **PRUEBA. Prueba de ADN. Recogida de vestigios corporales.....229**
- **PRUEBA. Rastros policiales informáticos.....231**
- **PRUEBA. Reconocimiento fotográfico y reconocimiento en rueda. ....  
.....232**
- **PRUEBA. Testifical de la víctima.....233**

- **RECURSO DE CASACIÓN. “Error facti”.....234**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba.....235**
- **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo.....235**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Delito de agresión sexual. No procede la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Escolar.....237**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. “Ex delicto”. Vinculación al máximo pedimento de la acusación.....238**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Improcedencia de su pronunciamiento en vía penal si se declara la prescripción.....239**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización al Estado por subrogación prevista en caso de ayudas a víctimas de delitos.....239**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Moderación de la indemnización cuando existen personas que con su negligencia han favorecido la comisión del delito.....241**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Régimen penitenciario.....241**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Reserva de la acción civil. Imposibilidad una vez ejercitada en juicio oral.....243**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Doctrina general.....244**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Vigilante de seguridad.....246**
- **SIMULACIÓN DE DELITOS. Elementos.....249**
- **TENTATIVA. Diferencia entre tentativa acabada e inacabada en delito de agresión sexual.....251**
- **TERRORISMO. Colaboración con banda armada. Casuística.....253**
- **TERRORISMO. Integración en banda armada. “Ruptura jurídica”...254**
- **TERRORISMO. Integración en organización terrorista.....258**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia. Delitos conexos..... 260**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Suficiencia de motivación de la sentencia.**

..... 264

- **TRIBUNAL DEL JURADO. Suficiente motivación del veredicto..... 266**

## **ABUSOS SEXUALES: Ponderación de circunstancias en supuestos del art. 181.1 CP.**

Recurso: Casación nº 251/2007

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1097/2007 de fecha 18/12/2007

«El precepto penal cuya falta de aplicación al presente caso se denuncia en este motivo castiga con las correspondientes penas al que, “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona” (art. 181 C. Penal).

Es conocida la crítica expuesta por los autores a la técnica legislativa –un tanto compleja- empleada por el legislador para definir esta figura penal, pues, como ha declarado, una conocida autora, “una primera lectura del citado precepto hace difícil imaginar en qué clase de comportamiento estaría pensando el legislador cuando lo redactó”, habida cuenta de que, en su ejecución, no debe concurrir violencia ni intimidación, tampoco el consentimiento de la víctima, así como los supuestos de que ésta sea menor de trece años, esté privada de sentido o tuviere un trastorno mental del que abusare el sujeto pasivo, por constituir éstos un subtipo agravado de esta figura penal. De ahí que dicha autora estime que las conductas típicas del art. 181.1 del Código Penal se reducirían prácticamente a los supuestos de “incapacidad para resistir” por parte de la víctima y a los denominados “abusos por sorpresa” (besos fugaces, tocamientos sorprendivos aprovechando lugares y situaciones de aglomeración, etc.), si bien pone de relieve la cautela con que deben enjuiciarse este tipo de conductas, por el riesgo de llegar a calificar como delictivos determinados comportamientos que, por su nimiedad, no deben pasar de la consideración de meros actos burdos o groseros.

En definitiva, es preciso ponderar con la mayor diligencia posible el conjunto de circunstancias que definan cada conducta concreta a enjuiciar.

La jurisprudencia ha señalado las características definitorias del tipo penal descrito en el art. 181.1 del Código Penal: a) la concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades –salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos-; b) que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y, c) un elemento subjetivo, el “ánimo libidinoso”, o propósito de obtener una satisfacción sexual (v., por todas, STS de 6 de marzo de 2006).

Por lo demás, como es evidente, dado el tenor literal del precepto, tal tipo de conductas ha de realizarse sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima; y, aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. En todo caso, determinar a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una

decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto». (F. J. 3º)

### **ACCIÓN POPULAR. Alcance. Procedimiento Abreviado.**

Recurso: Casación nº 315/2007

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 1045/2007 de fecha 17/12/2007

«..En el **primer** motivo del recurso se alega la infracción del art. 24.1. CE, en cuanto éste garantiza el acceso a la jurisdicción. Sostienen los recurrentes que el auto recurrido “equivale a la inmunidad de jurisdicción sin la menor apoyatura legal”. Estiman que “en un verdadero Estado de Derecho no puede administrarse la Justicia de manera dispar según el rango o poder de los inculpados”. Los recurrentes alegan en este sentido que la decisión recurrida confiere a las personas contra las que dirigieron la acusación un privilegio de inmunidad, que no se reconocería a otros ciudadanos, como consecuencia de ser uno de los personajes más poderosos de España, según la opinión de los sociólogos que cita. Paralelamente se hace referencia a diversos puntos de vista que habrían sido expresados con referencia a los hechos enjuiciados en esta causa.

Asimismo se alega en el recurso que el auto recurrido desconoce que el derecho de la acusación popular es un derecho fundamental, ejercitado en “paridad de armas con el Ministerio Fiscal”, sólo supeditado a la presentación de la querrela y la prestación de fianza, y que la legitimación de la parte que la ejerce no está limitada por el art. 782.1 LECr. Los recurrente citan en su apoyo las SSTs 702/03 y 168/06. En este sentido, y para rebatir la afirmación del auto recurrido sobre la reforma introducida por la Ley 38/2002, que quitarían, según dicho auto, el valor de precedente a la STS 168/06, afirman “la identidad sustancial de las normas aplicables antes y después de la entrada en vigor de la L. 38/2002” y sostienen que la disposición transitoria primera de la L. 38/2002, según la cual “los procesos incoados antes de la entrada en vigor de esta ley se tramitarán conforme a las normas procesales vigentes con anterioridad a ella” corroboraría su punto de vista.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. La Sala considera que el auto recurrido no concede un privilegio personal a los acusados y, por ello, tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva por la acción popular. El derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 24.1. CE, es un derecho fundamental que presupone la titularidad de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. El art. 24.1 CE, sin embargo, no impone que los derechos reconocidos por las leyes carezcan de límites.

En el supuesto de la acción para solicitar la punibilidad de un hecho definido en la ley como delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha establecido como principio básico que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla

con arreglo a las prescripciones de la ley” (art. 101 LECr). Esta disposición reitera lo previsto en el art. 125 CE y en el art. 19 LOPJ, que también establecen que el derecho de la acción popular se ejercerá según sea establecido en la ley o en las disposiciones legales en las que se lo configure.

No obstante la generalidad de la redacción del art. 101, la LECr ha impuesto mediante otros preceptos limitaciones al ejercicio de la acción penal que se recogen en los arts. 102 y 103 de la misma, en los que han sido incluidas restricciones que afectan a determinadas personas, previendo en el segundo párrafo del art. 102 y en el art. 103. 2º las bases para distinguir el caso de los que ejerciten la acción “por delito o falta cometido contra sus personas o bienes o contra las personas de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos o afines” y el supuesto de los que no hayan sido sujetos pasivos del delito o falta.

Otras limitaciones surgen del Código Penal y excluyen la acción popular: arts. 191 y 296 CP. En todos los casos se trata de limitaciones consideradas por el Legislador adecuadas a las exigencias, a los fines y a los límites del derecho penal. La consecuencia lógica de las limitaciones previstas en la ley es que las personas que carecen del derecho de ejercer la acción penal no pueden invocar el derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho del que carecen y que su derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la obtención de una decisión judicial motivada, que no necesita ser favorable al derecho invocado, lo que el auto recurrido cumple.

Las limitaciones del derecho de acusación popular, por otra parte, nunca han sido consideradas contrarias al derecho a la igualdad ni entendidas como el fundamento de un privilegio para los supuestos autores de un delito respecto del que la ley excluya a ciertas personas del ejercicio de la acción .

**2.** En este contexto histórico, la Constitución de 1978 en su art. 125 elevó el derecho reconocido por el art. 101 LECr a la categoría de derecho constitucional, aunque sin otorgarle la condición de derecho fundamental y subordinando su ejercicio a las condiciones que prevea la ley que determine la forma de su ejercicio y los procesos penales en los cuales su ejercicio es admitido.

Es cierto que en la STS 702/2003, invocada por los recurrentes, se afirmó que el derecho de acción popular es un derecho fundamental. La Sala, admitiendo que la cuestión probablemente no tenga una solución inequívoca en la jurisprudencia constitucional, estima necesario aclarar que la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE.

A la misma conclusión se llega interpretando el elenco de derechos fundamentales de la Constitución conforme a la Declaración Universal de

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, como lo impone el art. 10.2. CE, dado que esos tratados no prevén la acción popular entre los derechos que protegen.

De todos modos, en la medida en la que los derechos fundamentales también pueden ser limitados por ley en la forma prevista en el art. 53.1. CE la cuestión carece de trascendencia en lo que respecta a la materia del presente recurso, pues el art. 125 CE confiere al Legislador facultades para configurar el derecho de la acción popular.

3. Por lo tanto, la regulación de los derechos de la acción penal ejercida por ciudadanos españoles que no han sido sujetos pasivos del delito (que actúan *quibus ex populo*), prevista en la Constitución y antes ya en la LECr, sólo podría constituir un privilegio de determinadas personas cuando el fundamento de la limitación legal del derecho tuviera por fundamento una “razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE).

Ninguna de estas razones se percibe en las disposiciones legales citadas en el auto recurrido. El art. 782.1. LECr, que establece que el Juez acordará el sobreseimiento cuando lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal y el acusador particular, rige, según su texto, para todas las personas que sean parte en un proceso penal regulado por las normas del proceso abreviado, sin prever ninguna diferencia por razones de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición personal. Por lo tanto, no se deriva de esta norma ningún privilegio de carácter personal que pudiera ser constitucionalmente censurado.

No se alega en el recurso que la motivación del auto se apoye en alguna de las condiciones que enumera el art. 14 CE. Esta Sala, por su parte, no ha encontrado en el auto recurrido ningún fundamento basado en la condición personal de las personas afectadas por la causa.

4. El auto recurrido concreta la *ratio decisionis* en el “principio de legalidad en su vertiente procesal”, entendiendo que “en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular”, para lo cual invocó el sentido literal del art. 782.1 LECr, en el que se dice que “si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez”. El sentido de la expresión “acusador particular”, de acuerdo con el auto recurrido, se debe extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y del texto del , por la que fue introducida la actual redacción del art. 782 LECr., en la que la expresión “acusación particular” se identifica con la de los “perjudicados por el delito”. De allí infirió el Tribunal *a quo* que al haber sido solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, el Juez de Instrucción debía sobreseer la causa.

Esa identificación surge también del texto del art. 782.2. LECr, por lo que las dudas que podría generar el valor interpretativo de la Exposición de Motivos carece de trascendencia.

Consecuentemente: ni la ley aplicada ni la motivación del auto recurrido se fundamentan en el reconocimiento de ningún privilegio para las personas acusadas por la acusación particular.

5. Sin perjuicio de lo anterior, debemos subrayar que, sin poner en duda la institución reconocida en el art. 125 CE, las excepciones al ejercicio de la acción popular no tienen aptitud para comprometer el carácter de Estado democrático de Derecho que le atribuyen los recurrentes. Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva, pues sólo se suele reconocer el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles (p. e.: los códigos procesales *italiano*, [art. 74 y ss.], *francés*, [art. 85 y ss.], *portugués* [art. 71 y ss.] o permitir sólo una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal [*Alemania*, StPO § 395], o admitir una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal [*Austria*, StPO §§ 46 y ss.]). Ello es consecuencia de la atribución del *ius puniendi* al Estado en forma monopolista que caracteriza al derecho penal moderno.

6. La Sala tampoco comparte el criterio de los recurrentes en cuanto estos entienden que el art. 782.1 LECr no puede ser interpretado como una limitación del derecho de la acción popular a solicitar por sí la apertura del juicio. Es cierto que en la STS 168/2006 se ha sostenido que “entre los encauzamientos legales a que aluden los arts. 125 CE, 19 LOPJ y 101 LECr no se encuentra aquella restricción” por la que se excluya la legitimación de la acción popular para solicitar la apertura del juicio cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular hayan solicitado el sobreseimiento de la causa. Sin embargo, no es menos cierto que la limitación no tiene por qué estar contemplada en las normas generales que habilitan la regulación legal, pues al tratarse de un derecho de configuración legal es un acto del Legislador el que tiene que decidir la forma del ejercicio del derecho en cada especie de procedimiento. En consecuencia, la limitación, en este caso, surge directamente del propio art. 782.1. LECr. de la misma manera que otras limitaciones legales de la acción pública o de la acción popular, como las contenidas en los citados arts. 191 y 296 CP.

7. A partir de esta aclaración debemos comprobar, en primer lugar, la legitimidad constitucional de la norma establecida en el art. 782.1 LECr. Es claro, en este sentido, que el Legislador tiene facultades expresamente acordadas por la Constitución para regular el ejercicio de la acción popular. La Constitución en su art. 125, el art. 19 LOPJ y la LECr en su art. 101, como se vio, establecen que el derecho de la acción popular es de configuración legal, es decir: que el derecho es reconocido en tanto y en cuanto el legislador lo regule por ley en lo concerniente a la forma y a los procesos en los que cabe su ejercicio. El texto constitucional es claro: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

8. Esta facultad de regulación y limitación de la acción popular no es sino una manifestación particular de las facultades que son reconocidas al Legislador respecto de todas las acciones, incluso la acción pública ejercida por el Ministerio Fiscal. Como hemos adelantado más arriba, el art. 191 CP subordina, en principio, la acción del Fiscal para perseguir delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales a la denuncia de la persona agraviada o su representante legal y, en todo caso, establece un carácter subsidiario de la acción del Ministerio Fiscal subordinada a la “ponderación de los legítimos intereses en presencia”. Otro ejemplo son los delitos societarios que “sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal” (art. 296.1. CP) y sólo cuando se trate menores de edad, incapaces o personas desvalidas podrá, subsidiariamente, denunciar el Ministerio Fiscal. En todos estos casos el Legislador realiza una ponderación de los intereses o bienes que pueden colisionar y decide sobre esa base las relaciones entre las acciones que acuerda a los particulares y las que son ejercidas con fundamento en el principio de oficialidad. En el caso de los delitos dependientes de denuncia privada el ejercicio de la acusación pública está condicionado por la denuncia de la persona agraviada, con algunas excepciones en las que el Fiscal puede actuar en representación del agraviado. La ley no menciona en estos casos a la acción popular. Algo similar ocurre, **mutatis mutandis**, en el art. 296 CP, en el que el Ministerio Fiscal sólo puede ejercer la acusación cuando el delito afecte intereses generales o a una pluralidad de personas; tampoco aquí se menciona a la acción popular.

9. La premisa prevista en el art. 125 CE da lugar a dos consecuencias lógicamente indiscutibles: el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar *en qué procesos* puede ser ejercida, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las especies de procesos, y a establecer *la forma del ejercicio* allí donde la acción popular sea legitimada. La Constitución no dice de qué manera se debe regular el ejercicio de la acción popular, como tampoco dice si el jurado al que se refiere en el mismo art. 125 CE debe ser un jurado popular o de escabinos; tampoco exige una igualdad absoluta entre el Ministerio Fiscal y los que tengan la pretensión de ejercer la acción popular, pues mientras el Ministerio Fiscal, como órgano constitucional, es una parte esencial en todo proceso penal necesario para cumplir con las funciones que requiere un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), es decir la separación entre la acusación y el tribunal, así como las que le asigna el art. 124.1. CE, la acción popular no es parte esencial del proceso y sólo podrá ser ejercida en los procesos que la ley determine y en la forma determinada en la ley.

10. Con respecto al significado de las expresiones “*aquellos procesos que la ley determine*” es evidente que, de la misma manera que nadie ha discutido la facultad constitucional del Legislador para establecer el tribunal del jurado sólo para ciertos hechos punibles, tampoco cabe discutir que el legislador haya podido prever una regulación especial de la acción popular en el procedimiento abreviado. Por lo tanto la Sala llega a una primera conclusión: el Legislador tuvo facultades para establecer límites a la acción popular en el

procedimiento abreviado que pueden no haber sido establecidas para otras especies de procesos penales.

**11.** Asimismo, en cuanto a la *forma* del ejercicio, la ley pudo condicionar las facultades de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado a que el Fiscal y la acusación particular, si estuviera constituida como parte, no hayan solicitado el sobreseimiento de la causa.

La Sala discrepa del fundamento jurídico atribuido a la acción popular por el auto recurrido (R. J. 3.6.), compartida también por los recurrentes, en tanto ambos entienden que la razón de ser de la acción popular sería la “desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal”. En realidad, es a partir de este preconcepto hermenéutico que los recurrentes niegan la competencia del Legislador para dictar una norma que limite la apertura del juicio oral en la forma establecida por el art. 782.1 LECr. La Sala entiende, por el contrario, que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico y que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el art. 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él.

El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.

**12.** Por esta razón es claro que la acción popular puede ser regulada en el marco de las competencias generales que se le reconocen al Legislador para configurar el proceso penal y para abreviar, en su caso, la tramitación del proceso en ciertos delitos. Es decir: el Legislador está autorizado a aplicar el principio de celeridad en esta materia y, consecuentemente, pudo establecer una norma como la del art. 782.1. LECr. Esta no es una particularidad de nuestro derecho. La doctrina ha subrayado que incluso en Inglaterra, donde teóricamente la acción popular es todavía hoy el fundamento de la persecución penal, está sometida a numerosas excepciones y limitaciones.

En este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el

delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado.

Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción mediante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma.

Tampoco sería acertado obviar el hecho de que el procedimiento abreviado tiene por objeto delitos que, considerados en abstracto, constituyen delitos de menor gravedad que los que son objeto del procedimiento ordinario y que ello es, precisamente, lo que justifica la abreviación del procedimiento y las medidas para agilizarlo, entre las que el Legislador ha considerado adecuada la norma del art. 782.1 LECr.

**13.** Aclarada la cuestión de la legitimidad constitucional del precepto, corresponde comprobar si la interpretación del mismo es sostenible. La cuestión que aquí se plantea se relaciona con el método interpretativo y, en particular, con la cuestión del carácter cerrado o abierto de las enumeraciones legales; en este caso se trata de la enumeración de quiénes están autorizados a solicitar por sí la apertura del juicio, que se desprende del texto del art. 782.1. LECr. La doctrina de la interpretación legal conoce desde antiguo el problema del “*casus omissus*” y ha forjado distintas máximas para su solución hermenéutica, tales como “*expresio unius est exclusio alterius*”, “*expressum facit cessare tacitum*”, “*exempla illustrent non restringunt legem*”. Cualquiera de estas máximas podría respaldar la interpretación realizada por el Tribunal *a quo*, dado que el carácter cerrado de la enumeración contenida implícitamente en el art. 782.1 LECr surge de su relación con el sistema valorativo de la Constitución.

Desde el punto de vista del *sistema valorativo de la Constitución*, no cabe sostener que el reconocimiento de la acción popular en art. 125 CE impone una interpretación que vaya más allá del texto del art. 782.1. LECr, como en realidad vienen a sostener los recurrentes. El reconocimiento de derechos a la acción popular, para que actúe junto al Fiscal y al acusación particular, implica un refuerzo de la parte acusadora que necesariamente implica una limitación del derecho de defensa, que es, indudablemente, un derecho fundamental (art. 24 CE). Consecuentemente, dado que los derechos del Capítulo Segundo del Título I CE sólo pueden ser limitados expresamente por ley orgánica (arts 53.1 y 81.1 CE), la omisión en el art. 782.1. LECr de acordar facultades a la acusación popular para solicitar por sí la apertura del juicio, no puede ser entendida sino como una enumeración cerrada, pues de otra manera se infringiría la norma constitucional que sólo admite la limitación por ley orgánica de los derechos del Capítulo Segundo, Título I CE, en este caso, el derecho de defensa.

La disposición del art. 782.1 LECr es, por otra parte, un forma razonable, basada en el principio de igualdad de armas, de equilibrar el peso

procesal de las múltiples acusaciones que se admiten en nuestro proceso en relación al derecho de defensa.

**14.** Considerando la *voluntad expresada por el Legislador* en el texto legal, es claro que el Legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el nº 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el nº 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los “directamente ofendidos o perjudicados”. Por dos veces, por lo tanto, no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos. Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española y europea. Nada indica que el Legislador haya querido innovar conceptualmente al respecto.

Por otra parte, desde la perspectiva de una *interpretación subjetiva o histórica* se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el acusador popular” (B. O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda Nº 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa *quivis ex populo*, sin haber sido perjudicado por el delito.

Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. LECr es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Es correcto, en consecuencia, concluir que la enumeración es cerrada y que no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal.

**15.** También han invocado los recurrentes la STS 702/2003, que se refiere a la “paridad de armas” de la acción popular con el Ministerio Fiscal. El principio de “paridad de armas” opera en el marco de las relaciones entre acusación y defensa; su aplicación en el de las relaciones entre las diversas acusaciones sólo ha sido sostenido en comentarios de la LECr anteriores a 1930. La Sala estima que la mencionada sentencia no constituye un precedente que permita afirmar que la posición de la acusación popular no pueda ser limitada en la forma que prevé el art. 125 CE. Tal interpretación sería manifiestamente contraria al texto constitucional que difiere al Legislador la razonable configuración del derecho y a la práctica legislativa no cuestionada en la que las relaciones entre las acusaciones es regulada mediante un cuidadosa ponderación de bienes, estableciendo preferencias entre unas y otras y limitaciones de unas respecto de las otras, sea por razones procesales, sea por razones de política criminal.

En verdad este precedente quiere decir que, dentro de lo establecido por la ley que, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, la LOPJ, la LECr o el Código Penal, regule la acusación popular, ésta podría ejercer todas las facultades que también son acordadas al Ministerio Fiscal. La STS 702/2003 no podría ser entendida de otra manera, pues sin perjuicio de los *obiter dicta* referentes a la naturaleza abstracta de la acción popular, en su *ratio decisionis*, que es lo único que constituye precedente, consideró correcto que la personación de la acción popular posterior al auto de transformación haya sido admitida *sólo como adhesión* a la acusación del Fiscal. En otras palabras: la subordinación adhesiva de la acusación popular en ciertas circunstancias no es contraria a la llamada “paridad de armas” postulada y ello pone de manifiesto que la igualdad de las acusaciones puede no ser siempre total. (F. J. 1º)

el art. 125 CE no establece, como ya lo hemos apuntado, qué regulación legal de la acción popular deba ser configurada como una acción absolutamente independiente. El Legislador no está obligado por el art. 125 CE a establecer una acción absolutamente autónoma; en su competencia estaba haberla configurado como una acción adhesiva respecto de la del Ministerio Fiscal, de la misma manera que, probablemente, podría haber configurado el jurado de conformidad con otro de los modelos de participación popular que ofrece el derecho comparado. Ya hemos visto, además, que en nuestra jurisprudencia la STS 702/03, citada por los recurrentes y ya considerada en el Fº Jº anterior, se ha admitido que, en ciertas circunstancias la acción popular, sólo puede ser adhesiva.

Por consiguiente, si el derecho de la acusación popular según el art. 125 CE es un derecho de configuración legal el alcance de su autonomía está condicionado por la regulación establecida en la ley. Esta cuestión es totalmente independiente de lo que haya establecido la L. 38/2002.

**3.** Es verdad que la configuración legal, de todos modos, ha regulado la acción popular, en principio, como autónoma respecto de la del Fiscal. La acción popular, como señalamos, está autorizada a dar inicio por sí a la instrucción, ofrecer sus propias pruebas, solicitar medidas cautelares, sostener la subsunción de los hechos que estime adecuada y, en su caso, solicitar la pena que, dentro del marco legal previsto para el delito, entienda que corresponde, así como ejercer todos los recursos que pueda ejercer el Ministerio Fiscal. Esta autonomía no queda en absoluto sin efecto, como opinan los recurrentes, cuando se condiciona su derecho a solicitar la apertura del juicio a que el Ministerio Público y la acusación particular no hayan solicitado el sobreseimiento, dado que esta limitación del derecho, como vimos, es procesalmente plausible, porque la apertura del juicio oral tiene un efecto manifiestamente restrictivo de los derechos del acusado, así como consecuencias extra-procesales que, en una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, justifican ampliamente la limitación del derecho de la acusación popular. Es evidente que el Legislador ha realizado esta ponderación entre el derecho de la acusación popular y los derechos de los acusados por ella, en una situación límite en la que tanto el Fiscal como los perjudicados solicitan el sobreseimiento de la causa.

4. Por otra parte, no es correcto sostener que el auto recurrido “lleva a cabo una interpretación *contra legem*”, pues una interpretación ajustada al tenor literal de un precepto nunca puede ser una interpretación *contra legem*. Los recurrentes han querido decir, probablemente, que ellos tienen la pretensión de una interpretación “*praeter legem*” de los arts. 782.1. y 783.1 LECr apoyada en la suposición de que no cabe ninguna limitación de la acción popular en el procedimiento abreviado. Pero, en la medida en la que esta suposición ya ha sido contradicha al justificar la razón de ser del art. 782.1. LECr, no es necesario reiterar ahora los fundamentos ya expuestos.

5. No obstante, debemos hacer referencia a la afirmación de los recurrentes sobre la “inconsistencia de cuanto arguye el auto” y en especial a la que dice que la interpretación del art. 782 LECr “encierra otro sofisma”, porque “parte de que la expresión ‘acusador particular’ se refiere tan sólo en dicho precepto al ‘ofendido o perjudicado’”, concluyendo que “a nadie se le había ocurrido semejante cosa hasta ahora” y que “querellante particular, siempre se ha considerado comprensivo de la acusación popular”. La alegación no es correcta, cualquiera que haya sido el acierto o el error de la argumentación del auto recurrido.

Ante todo está documentado en citas contenidas en el propio escrito del recurso que precisamente el Legislador, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que los términos “acusador particular” y “acusador popular” mencionan conceptos diversos. En la página 36 del escrito de los recurrentes se transcribe, sin objetar su contenido, el mismo párrafo citado en el auto recurrido, en el que se revela que en el debate parlamentario se tuvo presente “la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el actor o acusador popular”.

Además, es la propia LECr la que establece las bases conceptuales de la distinción de la “acusación popular” respecto del “acusador particular”. En efecto, mientras el art. 101 LECr se refiere a “todos los ciudadanos”, el art. 102 establece qué ciudadanos están inhabilitados para el ejercicio de la acción penal pública, pero deja a salvo el caso de que los inhabilitados hayan sido perjudicados por un delito o una falta cometidos contra sus personas y bienes (o de personas respecto de las que se les reconoce un poder de representación). Asimismo, la distinción conceptual aparece en el art. 270 LECr, donde los extranjeros quedan excluidos del ejercicio de la acción popular, pero se les reconoce el derecho de querellarse “por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados”. También en los arts. 280 y 281, de conformidad con los cuales la fianza que exige el primero no es requerida para el ofendido.

En consecuencia: no contradice la ley haber entendido que en el art. 782.1. LECr el concepto “acusador particular” no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue.

6. Las anteriores consideraciones valen también para rechazar la vulneración de los arts. 19 LOPJ y 101 LECr, dado que su estructura normativa es una reproducción del art. 125 CE, y la de los arts 783 y 783.1 LECr., que son la manifestación de la configuración legal del derecho de la acusación popular. (F. J. 2º)

**ACCIÓN POPULAR. Límites de su ejercicio (art. 782.1 LECrim); posibilidad de instar la apertura del juicio oral sin necesidad de personación formal de la acusación popular.**

Recurso: Casación nº 408/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 54/2008 de fecha 08/04/2008

«... El supuesto de hecho contemplado por la sentencia cuya doctrina reivindicamos la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, ofrecía una singularidad que ahora, en modo alguno, puede afirmarse. En aquel caso, después de la fase de investigación por un delito contra la hacienda pública, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento libre de la causa, al entender que los hechos no eran constitutivos de delito. La Abogacía del Estado, en defensa de los intereses patrimoniales del erario público, también había instado el sobreseimiento libre. Frente a esa doble petición de archivo, la acusación popular, personada más de cinco años después de incoadas las diligencias, solicitó y obtuvo del Juez instructor la apertura del juicio oral.

Los imputados entendieron que esa decisión jurisdiccional de someterles a enjuiciamiento, frente a la voluntad en contrario del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, se oponía a la literalidad del art. 782.1 de la LECrim. Ése y no otro fue el supuesto de hecho debatido y resuelto en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia núm. 1045/2007, 17 de diciembre. Tal pronunciamiento, pues, giró en torno a las consecuencias que la convergente voluntad de cierre expresada por el Ministerio Fiscal y la representación legal del perjudicado por el delito, pueden proyectar sobre el interés de una acción popular cuando pretende abrir en solitario el juicio oral. No es éste, sin embargo, el supuesto de hecho que ahora es sometido a nuestra consideración.

La doctrina que inspira la sentencia 1045/2007, centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim.

Así lo afirmamos con claridad en el FJ 1º, apartado 12, de la ya citada STS 1045/2007: “en este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado”.

La misma idea se repite en el apartado 3 del FJ 2º, cuando ante la alegación de una posible quiebra de la autonomía de la acción popular, se insiste en que “...esta autonomía no queda en absoluto sin efecto, como opinan los recurrentes, cuando se condiciona su derecho a solicitar la apertura del juicio a que el Ministerio Público y la acusación particular no hayan solicitado el sobreseimiento, dado que esta limitación del derecho, como vimos, es procesalmente plausible”.

Esa doctrina, pues, sólo pretende dar respuesta al supuesto de hecho que la motiva, esto es, la constatación de una duplicada voluntad de archivo expresada, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular. Es esta singular perspectiva la que permite delimitar adecuadamente el verdadero alcance de nuestra anterior resolución.

El legítimo ejercicio del derecho de defensa hace entendible que se destaquen fragmentos de la STS 1045/2007, 17 de diciembre, que deben ser entendidos, bien desde una metodología de remisión, bien como consideraciones no vinculadas directamente al núcleo decisonal de nuestro pronunciamiento.

Buena muestra de lo primero, lo ofrece el FJ 4º, en el que la Sala, refiriéndose al auto que había sido objeto de recurso, afirma lo siguiente: <<...el auto recurrido concreta la ratio decisionis en el “principio de legalidad en su vertiente procesal”, entendiéndose que “en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular”, para lo cual invocó el sentido literal del art. 782.1 LECr, en el que se dice que “si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez”. El sentido de la expresión “acusador particular”, de acuerdo con el auto recurrido, se debe extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y del texto del , por la que fue introducida la actual redacción del art. 782 LECr., en la que la expresión “acusación particular” se identifica con la de los “perjudicados por el delito”. De allí infirió el Tribunal a quo que al haber sido

*solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, el Juez de Instrucción debía sobreseer la causa>>.*

En definitiva, la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico.

Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.

III.- La defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal coinciden en destacar el valor interpretativo del art. 782.2 de la LECrim. Con arreglo a esta idea, la nueva redacción dada a este precepto por la LO 38/2004, 24 de octubre, confirmaría la tesis de que la acción popular no puede obtener la apertura del juicio oral si el Ministerio Fiscal o la acusación particular no lo solicitan. Según ese precepto, si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular, el Juez habrá de acordarlo, a menos que el perjudicado por el delito o, en último término, el superior jerárquico del Fiscal, hayan resuelto sostener la acusación.

Esa subordinación funcional de la acción popular, expresada en la necesidad de que el Juez acuerde el sobreseimiento pedido por el Ministerio Fiscal si los directamente ofendidos o perjudicados por el delito o el Fiscal que rectifica su inicial criterio, no comparecieron a sostener la pretensión, sería la consecuencia obligada de una interpretación combinada de los apartados 1 y 2 del art. 782 de la LECrim. El legislador –se razona- utilizó de forma consciente esa expresión, frente al vocablo *interesados* del art. 643 de la LECrim, y quiso convertir la llamada a la acusación particular en un presupuesto ineludible para hacer viable la apertura del juicio oral. Se trataría, en fin, de concluir la imposibilidad de que la acción popular promoviera la apertura del juicio oral sin la existencia de una previa petición en tal sentido, ya proviniera del Ministerio Fiscal, ya de la acusación particular personada o llamada al proceso por el Juez.

Tampoco esta línea de razonamiento puede ser acogida.

El art. 782.2 de la LECrim, en coincidencia con lo que ya establecieran para el procedimiento ordinario los arts. 642 y 644 de la LECrim, se limita a regular una fórmula tendente a impedir que la efectividad del derecho de los perjudicados por el delito pueda hacerse depender de la exclusiva voluntad del Ministerio Público. Ése ha sido su significado histórico y ésa ha de ser la pauta interpretativa que nos aproxime a la nueva redacción. En palabras del más clásico de los comentaristas de la LECrim, que veía en estos dos últimos preceptos un principio de estricta justicia y hasta de orden constitucional, el legislador persiste en el propósito de dar a los interesados en el ejercicio de la acción penal todas las garantías posibles de que la efectividad de su derecho no ha de ser impedida por la sola voluntad del Ministerio Fiscal, o por la errónea apreciación que éste hiciera de las resultancias del sumario.

El valor interpretativo que se adjudica por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal a la consciente utilización en el art. 782.2.a) del término *directamente ofendidos o perjudicados* por el delito, en oposición al art. 643, que alude a los *interesados*, debe ser relativizado. La identificación que sugiere el primero de estos epigramas con la acusación particular, puede explicarse por razones prácticas, ajenas a la idea de convertir la respuesta afirmativa a esa llamada en presupuesto habilitante para la presencia de la acción popular en el juicio. Y es que no resulta fácil, desde luego, imponer al Juez instructor que la búsqueda de esos perjudicados u ofendidos por el delito, vaya más allá de un tardío ofrecimiento de acciones a aquellos que, apareciendo como perjudicados, por una u otra razón, no hubieran formalizado su personación. En cambio, la llamada de posibles interesados en el ejercicio de la acción popular, por definición, no puede entenderse con personas determinadas, de ahí la conveniencia de no condicionar la efectiva resolución de sobreseimiento a la llamada de quienes no aparecen debidamente individualizados. No debilita esta idea el hecho de que el art. 643 de la LECrim prevea, en el ámbito del procedimiento ordinario, un anuncio mediante edictos a los interesados. Tal formalismo está concebido, como excepción a lo previsto en el artículo precedente, no para aquellos casos en los que no se conozca a los interesados, sino para aquellos otros en los que esos interesados, siendo conocidos, se hallen en ignorado paradero (“...cuando ... fuere desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos”).

En definitiva, por más explícita que fuera la voluntad legislativa a la hora de matizar el alcance, en el ámbito del procedimiento abreviado, de la expresión *directamente ofendidos o perjudicados*, esa mera modificación gramatical nunca podría alterar el fundamento material de lo que, desde la redacción originaria de la LECrim, ha sido considerado como una llamada a los hipotéticos perjudicados, con carácter previo al cierre definitivo del procedimiento.

La interpretación que ahora se propugna por la parte recurrida y por el Ministerio Fiscal no ve en el art. 782.2 una solución para la vigencia del *nemo iudex sine accusatore*, sino una inédita fórmula dirigida a hacer posible la presencia de la acusación particular, inicialmente desentendida del ejercicio de la acción penal, con el exclusivo fin de colmar un presupuesto procesal

indispensable para abrir la puerta del juicio oral a la acción popular, debiendo para ello responder afirmativamente al postrero ofrecimiento de acciones llevado a cabo por el Juez instructor. No ha sido éste el sentido histórico de los arts. 642 y 644 de la LECrim, ni puede ser el de la versión actualizada que ofrece el art. 782.2 del mismo texto legal.

La tesis de la defensa de los recurridos, apoyada por el Ministerio Fiscal, produciría como inevitable efecto una mutación conceptual en el significado de la acción popular. La posición de la acción popular en el proceso, ligada al estatus de parte, no puede ser degradada hasta el punto de condicionar su legitimidad para obtener la apertura del juicio oral, al hecho de que el acusador particular acepte, a última hora, la *invitación al proceso* que le formula el Juez instructor. Esa limitación no se desprende, desde luego, de la literalidad del art. 782.1 que, como venimos repitiendo, contempla una doble petición de sobreseimiento, la emanada del Ministerio Fiscal y la interesada por el perjudicado por el delito.

Si el Fiscal insta el sobreseimiento, condicionar la capacidad de la acción popular para obtener la apertura del juicio oral a una previa petición coincidente con la suya, emanada del perjudicado por el delito, conduce a situaciones imprevisibles. De entrada, convierte el hecho contingente de la presencia o ausencia del perjudicado en el proceso, en un presupuesto habilitante para que una de las partes pueda desplegar todas las posibilidades inherentes a su estatus. Además, otorga la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable cuando se trata de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales. Y es precisamente en este ámbito en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.

La tesis sugerida por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, tampoco es ajena a importantes problemas prácticos que, en el fondo, son expresión bien elocuente de la ausencia de una aceptable fundamentación técnica para el efecto excluyente de la acción popular. De aceptar esa solución que transforma a la acción popular en una parte subordinada, no resultaría fácil, por ejemplo, resolver aquellos supuestos en los que el perjudicado que accede a la llamada del Juez instructor, interesa la apertura del juicio oral por delitos distintos de aquellos por los que pretende formular acusación el actor popular. Tampoco resuelve aquellos otros casos en los que la acusación particular solicitara un sobreseimiento parcial, en discrepancia con el criterio del acusador popular, que podría estar interesado en acusar a todos los imputados. La fijación de los límites de esa vinculación habría de hacerse en un plano puramente intuitivo, ajeno a los verdaderos principios que informan el estatus de parte en el proceso penal.

Todo ello sin olvidar que la aplicación práctica de la tesis que se propugna, conduciría a incrustar en la fase intermedia un incidente procesal, carente de cualquier cobertura normativa, en respuesta a la petición de la acción popular de lograr la apertura del juicio oral en aquellos casos en los que el Juez –que, por cierto, no está obligado a ello según se desprende de la utilización del vocablo *podrá*- no active el expediente que le ofrece el art. 782.2 y no proceda a la búsqueda de un acusador particular.

IV.- En definitiva, satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva. El proceso penal justifica su existencia, entre otros fines, por su carácter de institución pública para la adecuada reparación de los efectos del delito. De ahí que se aproximará más a su ideal cuando la interpretación de las reglas que disciplinan sus distintas fases, se acomode al criterio de que, en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundamentadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.

Es cierto que en sus orígenes históricos, la acción popular llegó a representar el único vehículo formal posible para el ejercicio de la *accusatio*, superando una concepción privada del proceso penal y expresando así el interés general en la persecución de los delitos. Sin embargo, la evolución de los sistemas procesales ha determinado, de forma especialmente generosa en el nuestro, la posibilidad de una presencia plural en las partes activas y pasivas del proceso. Es, pues, constitucionalmente legítimo fijar límites que traduzcan los efectos jurídico-procesales que han de asociarse a la convergente voluntad, pública y privada, de no formular pretensión acusatoria.

No es obstáculo para este entendimiento, la idea de que el control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), siempre permitirá al Juez discernir entre aquellas acusaciones populares fundadas y aquellas otras que no lo son. Cuando el art. 782.1 de la LECrim proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al

concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado.

Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.

Por cuanto antecede, procede rechazar la alegación suscitada por la defensa de Juan María Atutxa, Concepción Bilbao y Gorka Knörr, acerca de la quiebra de su derecho a un proceso con todas las garantías». (F. J. 1º)

### **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 10545/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 881/2007 de fecha 29/10/2007

«...En la STS 342/2007, 16 de abril, tuvimos ocasión de recordar la relevancia jurídica del expediente de fijación del límite de cumplimiento de condenas en el marco de la ejecución de penas privativas de libertad se justifica por sí sola. La necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de

mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (art. 89.2 ), 1928 (art. 163.1), 1932 (art. 74 ) y 1944 (70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el art. 76.1 del vigente CP .

Esta regla, al fin y al cabo, introduce un sistema de acumulación jurídica -el total a cumplir no puede exceder del triple del tiempo por el que se imponga la pena más grave-, que limita el criterio de pura acumulación material que proclama el art. 75 del mismo CP -las penas correspondientes a las diversas infracciones no susceptibles de cumplimiento simultáneo seguirán el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo-. Y parece fuera de dudas que la filosofía que inspira la combinación de ambas reglas no limita su presencia a aquellos casos en los que las penas hayan sido impuestas en distintos procesos. Antes al contrario, la literalidad del art. 76.2 del CP avala la tesis defendida por el recurrente, en la medida en que la limitación se aplicará -señala aquel precepto- *aunque* las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. En definitiva, nuestro sistema establece una regla general de acumulación jurídica, orientada a la limitación del cumplimiento efectivo que, a la luz del art. 76.2 del CP, también se extiende a supuestos en los que el enjuiciamiento se ha llevado a cabo en distintos procesos». (F.J. 1º)

### **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Criterio de la pena más grave.**

Recurso: Casación nº 11025/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 216/2008 de fecha 28/04/2008

«Las penas impuestas en las sentencias cuya acumulación se pretende, de 22/07/02, la dictada por la Audiencia Nacional, y de 19/12/05 la de la Audiencia Provincial, son efectivamente acumulables por cuanto los hechos enjuiciados y castigados en la segunda ocurrieron con antelación a la fecha señalada en primer lugar, luego podían haber sido enjuiciados conjuntamente. Lo anterior no es objeto de controversia. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, en el Auto recurrido de 30/10/06, desestima la solicitud de acumulación formulada por el hoy recurrente partiendo erróneamente de la base de sumar las penas impuestas por cada uno de los delitos de robo con violencia e intimidación en concurso ideal con el delito de detención ilegal y establecer una sola pena a los efectos de aplicar el párrafo primero del artículo 76, lo que evidentemente es un criterio equivocado, puesto que es diáfano que dicho precepto se refiere a la pena más grave en que haya incurrido el acusado para establecer el límite del triple del tiempo de la misma como máximo de cumplimiento. Tan claro es ello que el apartado segundo del artículo 76 citado (adicionado por la Ley 3/77 al antiguo artículo 70 del Código derogado) extiende dicha limitación también a los casos en que las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o en el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo, luego el Legislador había previsto la regla primera especialmente en los casos de

concurso real enjuiciados en un mismo proceso. De esta forma la pena más grave es la impuesta por la Audiencia Nacional de tres años y un día de prisión y será el triple de este tiempo el que determinará el máximo de cumplimiento total de las cinco penas privativas de libertad impuestas al penado, de dos años y seis meses de privación de libertad cada una de las demás, siendo los nueve años y tres días más favorables que la suma de todas ellas. Incluso la Audiencia Provincial en el fallo de su sentencia pudo y debió aplicar ya el límite máximo de cumplimiento previsto en el artículo 76, sin perjuicio de la nueva acumulación solicitada en relación con la pena impuesta por el delito contra la salud pública por la Audiencia Nacional, lo que habría dado lugar a la rectificación correspondiente por ser más favorable para el reo». (F. J. 1º)

### **ACUSACIÓN PARTICULAR. Legitimación procesal en delito de estafa.**

Recurso: Casación nº 1475/2007

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 257/2008 de fecha 30/04/2008

«..La ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce la legitimación procesal, como acusador particular, al ofendido o perjudicado por el delito – así en los arts. 109, 110 y 761 LECr. -.El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo; y, en el delito de estafa, consiste ese bien en los elementos del patrimonio. Ciertamente que, respecto al delito de estafa, se sostiene con apoyo en el texto legal, - ver la sentencia de esta Sala fechada el 16/5/2005- que el tipo *“no requiere que quien sufre el perjuicio patrimonial sea el mismo sujeto que ha sido objeto de engaño y realizó la disposición patrimonial”*, lo que podría llevar a plantear quién o quiénes han de ser reputados ofendidos y perjudicados, mas, en el presente caso, no sería necesario entrar en tal precisión, como luego examinaremos. (F. J. 2)

...Estamos tratando de un requisito, el de la legitimación activa, ligado a que se tenga una determinada relación con los objetos, penal e indemnizatorio en el presente caso, del proceso; objetos aquí delimitados por las disposiciones patrimoniales que el acusado haya provocado fraudulentamente.

A lo largo del procedimiento los órganos jurisdiccionales habían admitido, incluso la Sala en grado de apelación, la legitimación activa de Suárez, pero la Audiencia, en una fase preliminar de la argumentación que lleva a cabo en su sentencia, expulsa del proceso a Suárez, por lo que, en aras a la proscripción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3 CE y da lugar al art. 120.3, se hace necesario examinar si el giro que efectúa el Tribunal a quo consta suficientemente motivado. (F. J. 4º)

En el factum aparece que el personalmente engañado fue Suárez; y, por el contrario no se relata con claridad si las prestaciones que aquél llevó a cabo lo fueron siempre a cargo de Mirivesa o también a cargo del patrimonio privativo de Suárez.

Por otra parte las demandas que se mencionan en el factum, dirigidas no sólo contra Mirivesa sino también contra Suárez como fiador, pueden llevar a entender que el segundo sufría al menos un riesgo de valor económico en su patrimonio – véase la sentencia del 21/9/2006, TS-.

Pero, además, en el factum se refleja que Suárez participaba en Mirivesa y la documental propuesta y admitida permite conocer, como más arriba hemos adelantado, que Suárez, fundador de Mirivesa, había suscrito nueve de las veinte acciones de capital social. Aunque no quepa confundir, a pesar de que puedan coincidir, capital y patrimonio de una sociedad, la afectación del patrimonio trasciende a las acciones en que está dividido el capital y a los intereses incluso directamente económicos de los accionistas, como los derivados de los derechos a participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 48.2 a. de la Ley de Sociedades Anónimas).

Con todo ello, no puede excluirse preliminarmente que Suárez no fuera sujeto pasivo de la estafa enjuiciada. Su expulsión del proceso no está justificada; el derecho a la tutela judicial que reconoce el art. 24.1 CE no aparece suficientemente actuado, y debe declararse haber lugar al recurso, con la declaración de la nulidad de la sentencia para que se dice otra en que se tenga por parte acusadora a Suárez y se resuelva sobre sus pretensiones. Lo que hace impertinente examinar aquí y ahora los demás motivos formulados por ese recurrente y por el también recurrente Bernardo Moragues Argudo». (F. J. 5º)

#### **AGRAVANTE. Alevosía.**

Recurso: Casación nº 10123/2007 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 892/2007 de fecha 29/10/2007

«...Al respecto esta Sala ha dicho también (Cfr. STS nº 815/2006, de 15 de junio) que la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, esto es, sin ninguna clase de arma defensiva, ha de considerarse ordinariamente una acción alevosa. Y también (Cfr. STS nº 848/2007, de 31-10-2007), que en los casos en que el autor dispone de un arma, que aumenta considerablemente su capacidad agresiva, y la víctima carece de instrumentos idóneos que aumenten su capacidad defensiva, la seguridad de la agresión es máxima, dándose los elementos propios de la agravante». (F. J. 4.4º)

#### **AGRAVANTE. Alevosía “sobrevvenida”.**

Recurso: Casación nº 10754/2007 P  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 244/2008 de fecha 16/05/2008

«..Y así, siendo el fundamento de la agravante de alevosía, como con insistencia ha proclamado esta Sala, “...la *inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada*” (STS de 2 de Octubre de 2000, entre otras), es evidente que, en este caso y conforme los hechos afirmados como probados, la víctima no dispuso de opción alguna, teniendo en cuenta tanto lo sorpresivo del uso de una navaja que, hasta ese momento, no se había visto, como el que la agresión se produjera de forma rápida y por su espalda.

Circunstancias que fueron buscadas o, al menos, aprovechadas conscientemente por el agresor, y con las que se cumplen todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para la concurrencia de la agravante (STS de 23 de Noviembre de 2006 y 24 de Enero de 2007, por ejemplo), tanto el normativo, al producirse en un delito contra las personas, como el instrumental, al suponer un actuar que asegure el resultado sin riesgo para el agresor, y también, el culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir el resultado sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa.

De hecho, incluso podríamos decir que, aún cuando el uso de la navaja se produjera ya iniciada la agresión, ésta incorporó simultáneamente, en el supuesto que nos ocupa, las tres formas tradicionales reconocidas en el “modus operandi” propio de lo alevoso, a saber, la proditoria o traicionera, ya que el ataque se produjo como queda dicho por la espalda, la sorpresiva, al desconocer por completo la víctima la existencia del arma, y la de indefensión o desvalimiento, puesto que, como se señala por la propia Audiencia, la desproporción física entre víctima y victimario contribuía también a hacer imposible la defensa de aquella (vid. SsTS de 27 de Noviembre de 2001 o 1 de Junio de 2006).

Resultando indiferente, a estos efectos, que la situación alevosa hubiere sido buscada de propósito con anterioridad por el victimario, bastando con que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de la víctima y de las facilidades para su designio criminal que ésta pueda suponer (SsTS de 26 de Abril de 2002 y 25 de Noviembre de 2003).

Y todo ello, aunque debamos de acudir también a la categoría de la “alevosía sobrevenida”, a la que igualmente se refiere la Jurisprudencia para admitirla, cuando lo aleve se suscita en el curso de una situación previa de violencia siempre que la víctima no se encuentre suficientemente prevenida frente a tan grave ataque (STS de 7 de Enero de 2005)». (F. J. 2º)

**AGRAVANTE. Mixta de parentesco. Cuñados: hermano del cónyuge, no cónyuge de un hermano.**

Recurso: Casación nº 10451/2007 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 812/2007 de fecha 08/10/2007

«1. El artículo 23 considera circunstancia que modifica la responsabilidad criminal la de ser el agraviado hermano del ofensor o de su

cónyuge o conviviente. Al tratarse de una circunstancia de agravación en delitos como los aquí enjuiciados, operará como circunstancia agravante, y así ha sido apreciada por el Tribunal de instancia. Ello supone la imposibilidad de aplicación a supuestos distintos de los comprendidos en el precepto, aun cuando presenten con éstos alguna analogía. Por otra parte, se trata de una circunstancia que solamente puede ser apreciada respecto de aquellos en quienes concurra, sin que sea extensible a los demás partícipes en el hecho.

En el caso, el agraviado es cónyuge de un hermano del ofensor. Pero no es hermano del ofensor, ni tampoco es hermano de su cónyuge o conviviente, que es lo que exige la ley.

Dicho de otra forma, la agravante se apreciará cuando el autor dirija la acción contra su hermano o contra un hermano de su cónyuge. Pero no si se dirige contra el cónyuge de un hermano. Aunque los distintos supuestos presenten una evidente similitud, el texto de la ley penal no puede ser extendido a supuestos no previstos en ella en perjuicio del reo». (F. J. 4º)

### **AGRESIÓN SEXUAL. Felación a sujeto pasivo no equivale a la acción de penetrar.**

Recurso: Casación nº 22/2007

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 866/2007 de fecha 24/10/2007

«...respecto del menor Luís Eduardo, que el acusado “le realizó tocamientos en los genitales y finalizó con una felación”, sin mayores precisiones. (Este Tribunal, haciendo uso de la facultad que se le reconoce en el art. 899 de la LECrim., “para la mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida”, ha examinado los autos, pudiendo así comprobar que el menor Luís Eduardo declaró ante el Juez de Instrucción “que le llegó a bajar los pantalones y que, antes de irse, se la chupó pero que no se le puso dura, y no se corrió” (f. 89), y luego, en el juicio oral, respondiendo al Ministerio Fiscal, dijo que “conoce al Sr. Montes. Fue a su casa. Entró en la habitación. Dejaba el ambiente a oscuras, le bajó los pantalones, le chupó , le dio un empujón y salió de la habitación” (f. 574 del rollo de la Audiencia); y, 2/ que chupar el pene no es igual que tener acceso carnal con otro –mediante penetración bucal- , pues como ha declarado este Tribunal no es lo mismo “penetrar” que “hacerse penetrar”, por lo que “desde esta perspectiva, la acción de “chupar el pene” del sujeto pasivo no supone la acción de penetrar”; pues “limitar la penetración, en las cavidades señaladas, a la del miembro viril parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como acceso carnal” (v. STS de 19 de noviembre de 2002). En la misma línea, se dice en la STS de 1 de julio de 2002, al interpretar el art. 179 del Código Penal, que “la acción nuclear del tipo, fuese el acceso carnal en una de las mencionadas cavidades (vaginal, anal o bucal), excluía que la misma pudiera cometerse de otra forma que no fuese mediante la penetración del miembro viril”; añadiendo que “la interpretación de dicho precepto debe ser hecha con arreglo a las categorías elaboradas en torno al delito de violación, y de acuerdo

con ellas el acceso carnal está constituido en primer lugar por la unión de los órganos genitales del hombre y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina, y, en segundo lugar, mediante la penetración anal o bucal del miembro viril, con independencia de que el sujeto pasivo sea mujer o varón". "Por ello, limitar la penetración en las cavidades señaladas a la del miembro viril, "parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como acceso carnal, que originaria y gramaticalmente se identifica con la cópula, .."». (F. J. 11º)

### **ALZAMIENTO DE BIENES. Insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles.**

Recurso: Casación nº 1955/2007

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 130/2008 de fecha 09/04/2008

«...El delito del art. 258 Cpenal, denominado también insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles, se incorpora en el Código penal de 1995, no tiene precedente en nuestra legislación penal anterior, y sanciona al *"responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses"*.

La razón de la incorporación de este precepto a nuestro Código Penal reside en la constatación --relativamente frecuente--, de que los incursos en un hecho delictivo de cualquier naturaleza, nada más ocurrir éste, y con objeto de eludir las responsabilidades civiles que pueden dimanar de su conducta en un futuro una vez se celebre el correspondiente proceso penal, tratan de ponerse a cubierto, disminuyendo su patrimonio, y en particular, enajenando aquellos bienes más realizables, como son los caudales, acciones y los bienes inmuebles, para eludir el pago de una hipotética, pero ciertamente probable, responsabilidad civil *"ex delicto"*.

Participa este tipo delictivo de la naturaleza del tipo básico de alzamientos de bienes, del que no es sino un tipo especial, Así lo expresa la jurisprudencia *"nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la misma pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integradores del delito de alzamiento de bienes"*. Sentencia 918/1999. También la sentencia 532/2003: *"el tipo del artículo 258, introducido en el Código Penal de 1995, constituye una insolvencia específica asimilada al alzamiento"*. Por ello, se trata de un delito pluriofensivo, que tutela, de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude ni frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio Es un delito de riesgo porque no exige la realidad de la lesión.

Los elementos que configuran el tipo objetivo de este delito lo constituyen los siguientes: a) ocurrencia de un hecho delictivo; b) que, con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio; c) que consiga con tal conducta una situación de insolvencia, total o parcial.

Este delito se consuma tan pronto como se llevan a cabo los actos de disposición o se contrajesen obligaciones que disminuyan su patrimonio, sin que sea necesario esperar a la resolución del proceso acerca del enjuiciamiento de ese "hecho delictivo", que genere la oportuna responsabilidad civil que previamente se ha tratado de burlar con la conducta del autor, siempre que concurren los demás elementos del tipo. Y ello porque este delito participa, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, esto es, se trata de un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado. De modo que basta que el autor prevea que de la comisión de aquel "hecho delictivo" se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consume, con independencia de cual sea cualquiera que sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél.

Sin perjuicio de reconocer alguna postura doctrinal que exige para la consumación del delito la declaración como delictiva del hecho investigado y respecto del cual ha adoptado la persona concernida la ocultación de su patrimonio, es lo cierto que ello no es exigido por la Jurisprudencia.

*"...Se ha dicho que el art. 258 Cpenal, introducido ex novo por el nuevo texto de 1995 ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación ex delicto nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la sentencia en que se declara la responsabilidad --penal y civil--, el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al "responsable" de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados "con posterioridad" a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía....".*

Es doctrina de la STS 739/2001 de 3 de Mayo que no deja lugar a dudas.

Por ello, se concluye en la citada sentencia diciendo que:

*"...de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la*

*comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia....".*

La propia sentencia de instancia aborda y responde esta cuestión en el f.jdco. Segundo de las páginas 24 y siguientes con doctrina que se comparte totalmente». (F. J. 2º.2º)

### **ALZAMIENTO DE BIENES. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 1404/2007

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1101/2007 de fecha 27/12/2007

«...El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (artículo 1.911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP 73 y 257.1º CP 95 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: "alzarse con sus bienes" y "en perjuicio de sus acreedores".

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión "en perjuicio de sus acreedores", que utilizan los mencionados artículos, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna

otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión, entendida de este modo, se deducen tres consecuencias:

1ª. Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2ª. La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3ª. Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación "De las insolvencias punibles", de modo semejante al CP 73.

Conviene precisar que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28-5-79, 29-10-88 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en la mayoría de las ocasiones precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6-5-89), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

En cuanto al sujeto activo de este tipo penal, el criterio jurisprudencial de esta Sala es pacífico y reiterado en numerosas resoluciones que declaran que no sólo quien ostenta la condición de deudor pueden ser autores del delito, sino también quienes colaboraren con ellos en auxilio necesario cuando haya habido confabulación (SS.T.S. de 17 de octubre de 1.981 y 16 de diciembre de 1.982).

Cuando, como aquí ocurre, el deudor es una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá en las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o administración aún cuando no concurren en ellas las condiciones, cualidades o relaciones que constituyen la esencia de la relación jurídica protegida por el tipo penal (véase STS de 26 de julio de 2.006). En este sentido, la introducción del art. 15 bis C.P. (hoy art. 31) ha querido extender la

responsabilidad penal al que actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica y lleve a cabo las acciones típicas que configuran el injusto». (F. J. 4º)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Complicidad y cooperación necesaria.**

Recurso: Casación nº 616/2007

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 988/2007 de fecha 20/11/2007

«A los condenados por colaborar en el montaje de la operación que trata de consumir la apropiación se les condena como cómplices, habiendo sido acusados, como se ha dicho, de cooperadores necesarios, lo que nos obliga a examinar la adecuada calificación de su aportación al hecho delictivo que estamos examinando.

El cómplice aporta al hecho delictivo en la fase de preparación o, en casos, en la fase de ejecución. Se caracteriza por un protagonismo secundario que no es imprescindible, en sí mismo, para la ejecución del hecho delictivo pero facilita o contribuye a su más fácil y perfecta ejecución.

El elemento cronológico de la aportación o contribución a la causa criminal es importante ya que el Código Penal exige la colaboración con actos anteriores o simultáneos, nunca posteriores a la ejecución ya que en este caso nos situaríamos en el espacio que anteriormente se reservaba a los encubridores genéricos y ahora se circunscribe a la figura específica del encubrimiento de los artículos 300 y siguientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha deslindado con perfección los puntos de contacto entre la cooperación necesaria y la complicidad. Por todas, citaremos la Sentencia de 2 de Septiembre de 2003 en la que se dice que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Es decir, cuando se colabora de una manera decisiva de tal modo que sin esta aportación el delito sería difícilmente o imposible de cometer.

El cooperador necesario acredita su imprescindibilidad cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que si retira su aportación, la ejecución es imposible.

En el caso que nos ocupa, es incuestionable que si los cooperantes no se prestan a montar el artificio del fondo de reparto de décimos, en el caso de que tocase algún premio, la apropiación hubiera devenido imposible por lo que su aportación no es secundaria ni de carácter accidental como sostiene la sentencia recurrida.

En consecuencia, y no pudiendo retrotraerse las actuaciones al momento de dictar sentencia nos encontramos ante la necesaria casación de

la complicidad atribuida, sin que podamos aplicarles la cooperación necesaria o coautoría que se solicitaba por las acusaciones». (F. J. 1º.11)

### **APROPIACIÓN INDEBIDA. Distracción de dinero por administrador.**

Recurso: Casación nº 1585/2007

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 221/2008 de fecha 09/05/2008

«..El pago de deudas de una sociedad por otra, cuyos socios, al menos en parte, pertenecen a ambas, no es más que una operación mercantil, que, incluso, podría ser considerada como un préstamo entre sociedades. Por tal razón, a los efectos del tipo de la distracción de dinero del art. 252 CP. no se trata de saber si una sociedad hizo pagos correspondientes a deudas de la otra y de si esos pagos se efectuaron para compensar deudas de una sociedad respecto de la pagadora. Se trata de si los administradores tenían poder para disponer del dinero en la forma en la que lo hicieron. Esos poderes surgen por regla general -como ya lo hemos indicado- de los contratos sociales en los que establecen las facultades de los administradores o, en su caso, de los estatutos y en particular de poderes especiales que pueden haber sido otorgados para determinadas operaciones.

El hecho probado no ha constatado este elemento esencial del delito del art. 252 CP. en su alternativa típica de la distracción de dinero. Por lo tanto, no es posible saber si los administradores que dispusieron del dinero de la empresa que pagó cuentas de la otra han realizado la acción típica que requiere el art. 252 CP.

En los Fundamentos de Derecho la Audiencia dice simplemente que "los pagos que Camex ha ido realizando por servicios a favor de Alcaba no respondían a un previo débito que Camex mantenía con Alcaba" y considera que éste es el "auténtico nudo gordiano de este procedimiento".

Estas consideraciones de la Audiencia son erróneas. La cuestión que plantea el art. 252, según nuestra jurisprudencia, es decir, lo que el Tribunal *a quo* llama nudo gordiano, es otra y se refiere al exceso de poderes de administración por parte del administrador o apoderado. En las relaciones entre dos sociedades, cuyos socios son parcialmente comunes, la cuestión es mucho más importante que si se hubiera tratado de sociedades no relacionadas entre sí.

En suma: el tipo objetivo de la distracción de dinero por el administrador requiere: **(a)** el otorgamiento de poderes para disponer de dinero del patrimonio administrado (la recepción del dinero puede tener lugar por cualquiera de las formas admitidas para *traditio* y puede ser conjunta con el otorgamiento de los poderes); **(b)** el exceso de esos poderes dando al dinero administrado una finalidad no autorizada.

En consecuencia, al no haber sido comprobado que los administradores que dispusieron los pagos los hayan hecho excediendo el límite de sus facultades de disposición, el hecho probado, tal como aparece en el capítulo correspondiente, no es subsumible bajo el tipo del at. 252 CP». (F. J. Único)

### **ATENUANTE. Confesión como atenuante muy cualificada.**

Recurso: Casación nº 11095/2007 P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 307/2008 de fecha 05/06/2008

«La estimación de la circunstancia del art. 21.4 CP en el presente caso es correcta. Nuestra jurisprudencia ha considerado en general que el arrepentimiento y cualquier otra motivación moral no es condición de la aplicación de esa atenuante. Consecuentemente, se trata de una atenuante cuyos efectos dependen de sus elementos objetivos. Por lo tanto, la circunstancia de que la confesión no haya sido realizada ante la autoridad de persecución del delito, sino ante médicos legalmente obligados por el art. 262 LECr a comunicar la comisión del mismo a las autoridades no permite excluir la aplicación de la atenuante, dado que los médicos de un hospital público son funcionarios obligados a denunciar y en este sentido son representantes de las autoridades de persecución del delito.

2. En segundo lugar, tampoco es jurídicamente aceptable la impugnación basada en que el Tribunal *a quo* consideró la agravante como muy cualificada por haber tenido en consideración los padecimientos que el autor del delito sufrió como consecuencia de la ejecución del mismo.

La filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicadas por la autoridad judicial (entendido básicamente como privación de derechos fundamentales) debe ser considerado también el mal representado por la *poena naturalis*, es decir, aquél mal que sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes (confr. STS 1657/2002). Ello es simplemente consecuencia de que el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena no debe ser superior al mal causado por el mismo. Este aspecto de la concepción retributiva de la pena, que actualmente es consecuencia de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad así como de la idea de justicia del art. 1 CE, no ha sido cuestionado por ninguna teoría basada en la reinserción social y, por lo tanto, no puede estar en contradicción con la filosofía de la pena que inspira la Constitución (art. 25.2 CE).

En el derecho penal moderno la idea de la resocialización no conlleva una renuncia al principio de culpabilidad ni a la proporcionalidad de la pena con dicha culpabilidad. Es de tener en cuenta, además, que en el derecho europeo no faltan códigos penales donde la idea está recogida en forma expresa (ver § 60 del Código Penal [StGB] alemán).

Ciertamente en el derecho vigente no existe una norma semejante, pero ello no impide que una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al principio constitucional de culpabilidad (ver STC 150/1991 y recientemente entre otros muchos precedentes anteriores la citada STS 1657/02), es decir el que determina no sólo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La jurisprudencia de esta Sala ha superado hace tiempo, sin perjuicio de algún precedente que se aparta de la línea fundamental (STS 806/2002), la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 CP. Actualmente predomina como criterio determinante de la analogía el de la idea general en la que se apoya la atenuación; es decir: la menor culpabilidad por el hecho o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito.

Consecuentemente, el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor. Como lo destaca la doctrina, esta concepción de la proporcionalidad no impide contemplar en la individualización de la pena otras finalidades de carácter preventivo. Razonamientos análogos sostienen las decisiones de esta Sala respecto de los efectos de las dilaciones indebidas en la medida de la pena». (F. J. Único)

#### **ATENUANTE. Dilaciones indebidas, no cualificadas.**

Recurso: Casación nº 549/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 929/2007 de fecha 14/11/2007

«..Es conocida la doctrina del Constitucional sobre los parámetros a través de los cuales debe juzgarse la existencia de la dilación y su carácter cualificado, entre los que se suelen citar:

- a) la complejidad del litigio.
- b) los márgenes ordinarios de duración del proceso de las mismas características.
- c) la propia conducta procesal del litigante.
- d) el comportamiento del órgano judicial, y otros que participan como partes, entre los que debe incluirse al Ministerio Fiscal.

e) la exigencia de la invocación de este derecho por el interesado para que el tribunal impulse, si es posible, la tramitación paralizada.

2. En principio las circunstancias concurrentes se dan y el tribunal apreció la atenuación. Más dificultosa es atribuirle una especial energía atenuatoria.

Es evidente que el último requisito ni se ha cumplido (comunicar la situación al órgano judicial), pero esta misma Sala ha podido dispensarlo, cuando puede frustrar el transcurso de un plazo prescriptivo favorable al imputado.

Pero independientemente de respetar esa posibilidad, hasta el momento no se ha alegado un especial perjuicio por el atraso, situación que normalmente suele producirse por las medidas cautelares adoptadas, pero sería de interés que el afectado hiciese notar al Instructor o al tribunal sentenciador la especial situación perjudicial, si no en el momento de la paralización, más tarde cuando el trámite ya se ha reactivado. Con ello se pretende conocer si realmente el retraso en la tramitación de la causa ha sido beneficioso o perjudicial para el inculpado, pues la práctica diaria del foro nos enseña que más de una vez la actitud procesal de un denunciado o inculpado es provocar dilaciones, como legítima estrategia defensiva.

En este caso debemos respetar el criterio del tribunal, que el Fiscal ratifica, manteniendo con igual carácter de simple la atenuación, y con más razón si la Audiencia le atribuye especial fuerza lenitiva, descendiendo a una pena próxima a la mínima legal». (F. J. 15º)

#### **ATENUANTE. Dilaciones indebidas. Cómputo.**

Recurso: Casación nº 275/2007  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 1124/2007 de fecha 26/12/2007

«..el inicio del cómputo para la posible apreciación de dilaciones comienza cuando se hayan adoptado medidas cautelares o de otra índole contra el imputado». (F. J. 4º.1º)

#### **ATENUANTE. Dilaciones indebidas. Procedencia.**

Recurso: Casación nº 1328/2007  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1053/2007 de fecha 18/12/2007

«El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de

resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales, para lo cual es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

Esta Sala ha entendido que es preciso que quien alega su concurrencia precise los momentos en que se ha paralizado la tramitación de forma indebida o cuáles han sido las diligencias practicadas que han retrasado el trámite a pesar de que desde el primer momento era apreciable su inutilidad para la investigación. En definitiva, cuál ha sido en su opinión la causa de la dilación que la hace indebida.

2. En el caso, que es cierto que no reviste complejidad, el recurrente afirma, entre otros momentos de incorrecta tramitación, el transcurso de un plazo de seis meses hasta la valoración de las muestras incautadas; de siete meses y medio desde ese momento hasta el pesaje de la droga, y finalmente de 11 meses y 11 días entre la calificación de la defensa y la celebración del juicio oral.

Se trata de paralizaciones que no encuentran justificación expresa, sin que ésta tampoco resulte del examen de la causa. Consiguientemente, debemos entender que la causa se ha dilatado en su tramitación de forma indebida al existir periodos de paralización sin justificación adecuada, lo cual determina la estimación del motivo». (F. J. 3º)

#### **ATENUANTE. Reparación del daño. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 10461/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 809/2007 de fecha 11/10/2007

«..Desde el punto de vista material, antes de analizar la corrección de la doctrina de la Audiencia en este particular aspecto, conviene delimitar la "*ratio atenuatoria*" de la circunstancia en su actual formulación legal.

Esta Sala la viene a condensar en diversas resoluciones, destacando el auto nº 701 de 6-5-2004 que expresa lo siguiente:

"La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a un atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel

preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena".

4. Ampliamente expuesta la naturaleza, requisitos y razones de agravar de la atenuante, hemos de hacer notar, como el Fiscal pone de relieve, la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "*actus contrarius*" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la menor culpabilidad del autor, esto es, en la menos reprobabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post* acepta su responsabilidad, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico trasgredido.

La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "protección objetiva de la víctima", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004, a que hicimos referencia en el epígrafe anterior. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija.

5. Interpretada la doctrina del "*actus contrarius*" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentarse la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace.

Así pues, la doctrina del "*actus contrarius*", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría

exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "*ex delicto*" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho». (F. J. 2º)

### **ATENUANTE. Reparación del daño. Muy cualificada.**

Recurso: Casación nº 1615/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 50/2008 de fecha 29/01/2008

«...la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles la STS nº 136/2007, de 8 de febrero; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada la STS nº 83/2007, de 2 de febrero. En sentido coincidente la STS nº 133/2005, de 7 de febrero.

2. En el caso, y con independencia del momento en el que se procedió a la reparación económica, efectuada en su integridad según acuerdo con el lesionado, lo cierto es que según consta en los hechos probados el acusado se disculpó por lo sucedido a satisfacción de aquél. La Audiencia rechazó el carácter cualificado de la atenuante limitándose a establecer que no aprecia razones suficientes para ello. Sin embargo, esta escueta argumentación no permite prescindir del hecho de que el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno. sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta». (F. J. 3º)

### **ATENUANTE. Reparación del daño. No debe apreciarse por la simple compensación económica en delito de abuso sexual.**

Recurso: Casación nº 429/2007

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1112/2007 de fecha 27/12/2007

«...En la STS 612/2005, de 12 de mayo de 2005, hemos declarado que esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien, dicho esto, tampoco debe pasar desapercibido, aunque posea una importancia colateral, el contexto económico o posibilidades patrimoniales del acusado y su entorno para indemnizar. En cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo, sea solvente o insolvente.

A su vez, constituye un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con destino a la indemnización correspondiente a la víctima, una niña de siete años de edad, siendo así que el Ministerio Fiscal (y la acusación particular), ya peticionaban la cantidad de 6.000 euros, que fue precisamente la cuantificación del perjuicio a título de daño moral que el Tribunal estimó procedente.

La Sala sentenciadora de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, únicamente razona la impertinencia de la apreciación de la referida atenuante como muy cualificada, pero no lleva a cabo un pronunciamiento concreto acerca de su consideración como atenuante simple, lo que da por supuesto, aun teniendo en cuenta la diferencia entre lo consignado y lo declarado procedente, sin razonamiento alguno, como decimos. Este solo argumento sería suficiente para la estimación del motivo, pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente

justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, la consignación es inferior al tercio de lo procedente, está fuera de toda duda que la atenuación de la responsabilidad penal no era procedente, ni de lejos». (F. J. 3º)

### **ATENUANTES Y AGRAVANTES. Comunicabilidad de las circunstancias integrantes de un subtipo. Art. 65 CP.**

Recurso: Casación nº 519/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 950/2007 de fecha 13/11/2007

«3. En segundo lugar, niega que la existencia de relaciones personales entre defraudador y víctima sea aplicable a aquellos autores en quienes tal relación no concurre, basándose en lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal. El Ministerio Fiscal, que impugna el motivo, sostiene que se trata de un coautor cuyo dolo abarca el parentesco de otro de los coautores con la víctima, y que no se trata de una circunstancia subjetiva solo aplicable a aquel en quien concorra y no comunicable a los demás, sino de un elemento básico del tipo o del subtipo que conforma el injusto diseñado por el legislador.

4. La doctrina ha discutido si las circunstancias que integran un subtipo agravado deben seguir el régimen de comunicabilidad que se establece en el artículo 65 para las agravantes genéricas. Es decir, si las agravantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal solo deben aplicarse respecto a aquellos en quienes concurren o si, por el contrario, al formar parte del tipo, en realidad del subtipo agravado, aunque tengan naturaleza subjetiva, son aplicables a todos los partícipes que intervengan en la ejecución, siempre que las conozcan y de una u otra forma las acepten.

El artículo 65 se refiere a las circunstancias atenuantes y agravantes y no debe interpretarse separadamente de los que le siguen, que se refieren también a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal. Del régimen instaurado por la ley para la determinación de la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, resulta no solo una mayor o menor pena según los casos, sino además un sistema de individualización de la sanción en función de las atenuantes o agravantes genéricas que se aprecien, que contiene en algunos casos posibilidades de compensación (artículo 66.7) entre unas y otras cuando concurren simultáneamente, lo que no ocurre cuando se trata de subtipos agravados, en cuyo caso los efectos de las circunstancias se aplican sobre la pena establecida para éstos por la ley sin posibilidad de compensación.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los subtipos agravados pueden construirse sobre la base de la concurrencia de elementos que determinan una mayor cantidad de injusto, constituyéndose en un elemento del tipo, aun de naturaleza subjetiva, que resultaría comunicable a todos los que, conociéndolo, participaron en la ejecución. Lo que se considera más grave en el artículo 250.1.7ª es el aprovechamiento de las relaciones personales existentes, que determina la defraudación de un mayor grado de confianza y consiguientemente una mayor vulnerabilidad, sean aquellas concurrentes en todos los autores cuando sean varios o solo en algunos de ellos, pues en la acción conjunta ejecutada al tiempo por todos los coautores, todos ellos aprovechan las facilidades derivadas de la situación que tiene su origen en uno de ellos.

La cuestión, por lo tanto, debe resolverse estableciendo la comunicabilidad del elemento típico que determina la agravación, si bien es preciso que sea conocida su existencia no solo por quien lo aprovecha directamente, sino por los demás autores o partícipes. Estos deben conocer no solo que el elemento concurre en los hechos, sino que es aprovechado de alguna forma en la ejecución de la acción. En el caso, es preciso, no solo que los acusados supieran que el perjudicado era suegro del coautor Padilla, sino además que conocieran que éste aprovechaba esa circunstancia para hacer más eficaz el engaño. Tal aspecto debe encontrar sus bases fácticas suficientemente expresas en el relato fáctico.

A pesar de las alegaciones del recurrente, consta que todos sabían que el coacusado Padilla conseguía las aportaciones de su suegro. Pero, como hemos dicho, no basta la concurrencia de la relación personal (en este caso, parental), que todos conocían, sino que es preciso que se abuse de la misma y que los partícipes conozcan tal abuso para que la agravación les pueda ser aplicada, y no se dice en la sentencia con la necesaria claridad que el recurrente supiera en qué medida existía un aprovechamiento de esa condición, es decir, en qué medida se abusó de la confianza derivada de la relación personal basada en el parentesco por afinidad, sin que sea posible deducirlo de la existencia de serias posibilidades de que así ocurriera. No se declara probado que las acciones del coacusado Padilla demostrativas del abuso de la relación personal, más allá de la apariencia de seriedad de la empresa y de la escasa instrucción del perjudicado, fueran conocidas por el recurrente. Así, se dice que fue Padilla quien convenció a Torcuato Fernández para que entregara el dinero y renovara la inversión, pero no se expresa en qué basó el convencimiento ni se dice que ese aspecto concreto fuera conocido por el recurrente.

En esas condiciones, la agravación no puede ser aplicada al recurrente, lo que determina la estimación parcial del motivo. Consiguientemente, al no ser aplicable ninguna de las agravaciones previstas en el artículo 250.1, la pena será la prevista en el artículo 249 con aplicación del artículo 74, ambos del Código Penal». (F. J. 8º)

## **ATESTADO. Competencias de la Policía Local.**

Recurso: Casación nº 10153/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 831/2007 de fecha 05/10/2007

«...En principio, parece claro que la distribución de cometidos entre los distintos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no puede ser entendida como una exigencia burocrática. Antes al contrario, está puesta al servicio de la búsqueda combinada de una mayor eficacia en la persecución de los delitos y de la salvaguarda de los derechos fundamentales. Son, pues, razones de coordinación, especialización y dependencia, las que justifican esa parcelación funcional. Sin embargo, conviene resaltar que la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento, hasta tanto asuman la confección formal del atestado la unidades orgánicas específicamente creadas a tal fin, no es una facultad al alcance de los miembros de la policía local. Antes al contrario, se trata de una obligación que se desprende del Real Decreto 769/1987, 19 de junio, de Policía Judicial. Conforme a éste, “las funciones generales de Policía Judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia” (art. 1), añadiendo que “todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sean su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal, directamente o a través de las unidades orgánicas de Policía Judicial”.

En definitiva, lo que el ordenamiento jurídico pide de todo miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, en el ejercicio de sus funciones, tiene conocimiento de la comisión de un hecho ilícito, es que adopte las primeras medidas de prevención (arts. 284 LECrim y 4 del Real Decreto 769/1987), esto es, una inicial averiguación, recogida de instrumentos y efectos del delito, identificación de los sospechosos y aprehensión de los objetos del delito. Todo ello con el fin de ponerlos a disposición judicial, del Ministerio Fiscal o, como ocurrió en el presente caso, de la policía judicial especializada. Está fuera de dudas que esa intervención ha de acomodarse siempre a la prudencia impuesta por elementales exigencias derivadas de los principios de especialización y proporcionalidad. De ahí la importancia de que, en los supuestos más complejos, la remisión a las unidades orgánicas especializadas se produzca con la máxima celeridad.

Al margen de lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala –conforme recuerda la reciente STS 615/2006, 29 de mayo- ha entendido que las Policías Locales pueden realizar este tipo de intervenciones en averiguación de los delitos y persecución de los delincuentes, como colaboradores de la función de Policía Judicial, carácter que les atribuye la Ley Orgánica 2/1986. En este sentido, en la STS núm. 533/2005, de 28 de abril, se dice que «la

argumentación relativa a la falta de atribuciones de la Policía Local para la persecución de delitos como el enjuiciado, carece de fundamento alguno, como tantas veces hemos tenido ya oportunidad de afirmar, con cita del artículo 29.2 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dado el carácter auxiliar y colaborador de los miembros de tales fuerzas, en concreto para la persecución y represión de infracciones penales, de acuerdo con Resoluciones como la STS de 7 de junio de 2000...». En la STS núm. 1334/2004, de 15 de noviembre, se puede leer que «respecto a la validez de la intervención de la Policía Local, nada se opone a su intervención en funciones de Policía judicial, por lo que no es procedente declarar la nulidad de lo actuado. En este sentido, el artículo 547 de la LOPJ, en su redacción actual, establece que la función de policía judicial competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. En congruencia con ello, el artículo 29.2 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, considera a las Policías Locales como colaboradores de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para el cumplimiento de la función de policía judicial. Y finalmente, el artículo 283 de la LECrim, que no ha de considerarse derogado aunque requiera una interpretación conforme con los principios constitucionales, permite considerar incluidos en su amplio contenido a los funcionarios de las Policías Locales. Siempre, y en todo caso, bajo la dirección del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial. Así lo ha entendido esta Sala en las STS núm. 51/2004, de 23 de enero; STS núm. 270/2001, de 12 de noviembre; STS núm. 1225/2001, de 22 de junio, y STS núm. 1039/1999, de 22 de junio, entre otras». Y en el mismo sentido se pronunció esta Sala en la STS núm. 51/2004, de 23 de enero.

En el presente caso, el Juzgado de instrucción núm. 10 incoó las DP 5129/2005 a raíz de un atestado confeccionado en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Retiro. Este atestado se inicia con la comparecencia en dicha comisaría de los funcionarios del Cuerpo de Policía Local que luego declararon como testigos. Ninguna irregularidad de eficacia invalidante puede, pues, afirmarse. El instructor del atestado pudo acordar la práctica de cuantas diligencias policiales de carácter complementario aconsejara el esclarecimiento del hecho». (F. J. 1º)

### **AUTONOMÍA PARLAMENTARIA. Insuficiencia para justificar la comisión de un delito.**

Recurso: Casación nº 408/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 54/2008 de fecha 08/04/2008

«.. B) La invocación del principio de autonomía parlamentaria como barrera frente al deber de acatamiento de las resoluciones judiciales ex art. 118 de la CE, carece también de fundamento.

Ese principio de autonomía parlamentaria es, sin duda, el núcleo de la garantía institucional del Parlamento. Mediante su incuestionable afirmación, se garantiza la integridad e independencia de las cámaras parlamentarias como genuina expresión del Poder Legislativo y se satisface el desarrollo adecuado de las potestades y competencias que la Constitución les atribuye. El reconocimiento de ese principio ha permitido, incluso, hablar de una *materia parlamentaria*, en relación con la cual las Cámaras tienen reservada su regulación excluyente y la actuación de carácter administrativo. Aquel principio encuentra expreso fundamento en el art. 72 de la CE, según el cual, las Cámaras “...establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos (...) regulan el Estatuto del Personal (...) y eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas”. El Presidente de la Cámara, a su vez, ejerce “...en nombre de la misma todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes”.

A la vista de esa delimitación constitucional del principio de autonomía parlamentaria, éste puede descomponerse en una autonomía reglamentaria, una autonomía presupuestaria, una autonomía para regular su personal, una autonomía para regular su organización y su funcionamiento y una autonomía administrativa.

Ninguna de esas esferas de autoorganización podía quedar afectada por el acatamiento de la resolución de la Sala Especial del Tribunal Supremo fechada el 20 de mayo de 2003. Su contenido, como ya se ha razonado, no implicaba una injerencia en el ámbito parlamentario. Su efectividad podía haberse llevado a efecto sin necesidad de reforma estatutaria alguna, haciendo realidad la previsión del art. 20.3 del Estatuto de la Cámara que impone como efecto *ope legis* la adscripción automática de los parlamentarios afectados al Grupo Mixto. La resolución reiteradamente incumplida se limitaba, pues, a sentar el presupuesto necesario para hacer efectivo el deber de aquella Sala, impuesto por el art. 12.1 y 2 de la LO 6/2002, 27 de junio, de asegurar los efectos de la declaración de disolución.

El principio de autonomía parlamentaria, en fin, no puede desviarse de su verdadero contenido material. Un entendimiento del mismo que incluya en el núcleo de la *materia parlamentaria* la necesidad de una previsión expresa en el Reglamento de la Cámara acerca de que los grupos parlamentarios también se disolverán cuando así lo proclame una sentencia del Tribunal Supremo, conduciría a efectos imprevisibles y, por supuesto, ajenos a los valores constitucionales. Téngase en cuenta que si el principio de autonomía parlamentaria así concebido se lleva hasta sus últimas consecuencias, ni siquiera una ley –como la LO 6/2002, 27 de junio- podría inmiscuirse en la definición de las causas de disolución de un grupo parlamentario. En la medida en que esa disolución afectaría al funcionamiento de la Cámara, habría de ser ésta, en el ejercicio de su función normativa y a través de la correspondiente reforma reglamentaria, la que abriera la puerta al cumplimiento de las resoluciones judiciales. La consecuencia sería inmediata: bastaría aferrarse al ejercicio de la autonomía parlamentaria para no promover esa reforma ni incluir, ni ahora ni nunca, un precepto que haga posible la ejecución de las resoluciones judiciales. Se dibujaría así un mapa de impunidad en el que las

Cámaras que lo consideran oportuno resultarían blindadas ante el mandato imperativo del art. 118 de la CE.

VI.- Las afirmaciones que se contienen en la sentencia de instancia acerca de la ausencia de un *ánimo defraudatorio* o de un *previo concierto simulador* (FJ 5º), obligan a recordar que el tipo subjetivo del delito de desobediencia, cuando se refiere a la negativa abierta a dar cumplimiento a una resolución judicial, sólo requiere el dolo, sin que sea preciso ningún elemento tendencial añadido.

VII.- Igual rechazo merece el discurso argumental llamado a sugerir la posible concurrencia de un error de prohibición. Esa falta de conciencia sobre la ilicitud de la propia conducta (art. 14.3 CP), habría estado motivada por el hecho de que, tanto la actuación del Presidente del Parlamento, como la de la Mesa “...*ha(n) estado precedida(s) de informe jurídico favorable a los acuerdos que se adoptaron en la Mesa del Parlamento, que es el órgano en el que han coincidido los tres imputados en relación con lo debatido. Ello ya difumina la posibilidad estudiada, pues incluiría en la idea omisiva –cuando menos tangencialmente- a otros, unos operadores jurídicos cuya actuación en ningún momento ha sido puesta en duda* (FJ 6º)”.

Es cierto que el conocimiento de la antijuricidad del hecho es un elemento imprescindible y un presupuesto de la imposición de la pena. En el presente caso, sin embargo, no existe elemento fáctico alguno que autorice a negar o atenuar la culpabilidad de los acusados por una supuesta distorsión valorativa acerca de la significación antijurídica de los hechos ejecutados. No resulta fácil aceptar en el Presidente de un Parlamento Autonómico, ni en los integrantes de su Mesa, un desconocimiento de las implicaciones jurídicas del art. 118 de la CE, en el que se proclama de forma inequívoca el deber constitucional de acatamiento de las resoluciones judiciales.

Con independencia de lo anterior, cualquier duda que pudieran abrigar los acusados acerca de la significación antijurídica de su conducta debió ser necesariamente despejada en el segundo de los requerimientos que el Tribunal Supremo dirige a aquéllos. En el auto de 20 de mayo de 2003 se acuerda expedir nuevo requerimiento a la Presidencia de la Cámara, a fin de que por la Mesa se lleve a efecto, sin demora, la disolución del Grupo Parlamentario *Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak*, requerimiento que fue recibido en el propio Parlamento Vasco mediante fax, al día siguiente de su fecha, en el que se comunicaba lo resuelto “...*a los efectos legales procedentes y para que sea llevado sin demora a su puro y debido efecto lo jurisdiccionalmente acordado*”.

La conclusión acerca del conocimiento por los acusados del carácter antijurídico de su propia conducta, no puede verse alterada por el contenido de un informe de los servicios jurídicos de la Cámara, funcionalmente dependientes del propio Presidente, y que son llamados a efectuar una valoración crítica sobre la corrección de los fundamentos jurídicos que sirven de base al requerimiento emanado del Tribunal Supremo». (F. J. 3º)

## **AUTORÍA. Complicidad.**

Recurso: Casación nº 11189/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 856/2007 de fecha 25/10/2007

«..Hemos declarado muy recientemente (Sentencia 790/2007, de 8 de octubre), que tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y últimamente, Sentencia de 24 abril 2000. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis».

La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la «*conditio sine qua non*»), cuando se contribuye con un «algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los “*bienes escasos*”), o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del *dominio del hecho*») (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992), y también se ha de tener en cuenta la teoría de la *relevancia de la colaboración*.

Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva.

Por eso, hemos de convenir, como mejor criterio delimitador, en que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido». (F. J. 6º)

### **BLANQUEO DE CAPITALES. Art. 301.3º. C Penal.**

Recurso: Casación nº 2368/2006

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 959/2007 de fecha 23/11/2007

«...Este tipo de infracción penal fue introducido en nuestra legislación por LO 8/1992 de 23 de diciembre que introdujo un nuevo precepto en nuestro CP, el apartado 3 del 344 bis h), luego recogido en el actual art. 301.3 del vigente código de 1995.

Este art. 301, después de definir en sus apartados 1 y 2 este delito de blanqueo de capitales en su modalidad dolosa, creada por la misma LO 8/1992, dice así en su punto 3:

*"Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo" (del valor de los bienes).*

La doctrina en nuestro país ha señalado una doble dificultad en esta clase de delito; por un lado, el que los tipos a los que hace referencia (art. 301.1 y 2) sean infracciones esencialmente dolosas al exigirse de modo expreso, como uno de sus elementos, uno de carácter subjetivo como es el de que el sujeto que ha realizado alguno de los comportamientos sobre los bienes que allí se especifican haya actuado "sabiendo que estos (los bienes) tienen su origen en un delito". Si se ignora tal procedencia delictiva por no haber actuado el sujeto con la debida diligencia al respecto, hay posibilidad de entender que ha existido una imprudencia. Pero, y aquí radica la segunda dificultad, tal imprudencia ha de ser grave, esto es, habría de entenderse que cualquier persona en su misma situación habría llegado con facilidad a alcanzar ese conocimiento del origen delictivo de los bienes. De todos es conocido cómo no es fácil separar en estos casos lo grave (o temerario) de lo leve (o simple).

A estas dificultades se refiere la sentencia de esta sala 1034/2005 de 14 de septiembre citada en el fundamento de derecho 1º, pág. 21, de la sentencia recurrida. (F. J. 3º)

...Por otro lado, hay que entender, a la vista del texto de este art. 301.3, que nos hallamos en principio ante un delito común, no especial, es decir, ante una infracción que puede cometer cualquier ciudadano, ya que no se exige en

esta particular norma penal ninguna cualidad concreta en la persona del sujeto activo.

Sin embargo, entendemos que esta clase de delitos de imprudencia grave es de difícil comisión para los particulares.

Hay una ley particular en esta materia de blanqueo de capitales, la 1/1993 de 28 de diciembre y su reglamento del año de 1995 que prescriben determinadas medidas para la prevención de estos delitos y para impedir la utilización del sistema financiero y otros rectores de la vida económica en pro de estas actividades, imponiendo determinados deberes específicos en esta materia a las entidades de crédito, aseguradoras, agencia de valores, sociedades de inversión colectiva, casinos de juego, promociones inmobiliarias, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc.

La infracción de los deberes impuestos a estas personas jurídicas y físicas podrían constituir esa imprudencia grave del art. 301.3 CP. Cuando no exista vulneración de estas obligaciones específicas es difícil la comisión de esta clase de delitos; para los particulares, podemos decir -si no como regla absoluta, sí como criterio general- que no es posible la condena penal conforme a esta norma de nuestro código. En todo caso se requiere para tal condena que quede expresado en la sentencia condenatoria en qué punto concreto se produjo la infracción de ese deber de cuidado inherente siempre al concepto de imprudencia, es decir, ha de decirse qué es lo que podía haber hecho el acusado en estos casos de negligencia inexcusable, cómo podía haber alcanzado en este concreto ese conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes cuyo blanqueo se ha realizado.

La sentencia de esta sala 924/2005 de 17 de junio razona ampliamente en este sentido y absuelve a quienes venían condenados por la Audiencia Provincial porque, fuera de esos casos en que hay incumplimiento de esos deberes específicos regulados en esa Ley de 1993 y en ese reglamento de 1995, si no hay delito doloso (art. 301.1 y 301.2) es prácticamente imposible que pueda existir el cometido por imprudencia grave (art. 301.3)». (F. J. 4º)

### **COMISO. Ganancias provenientes del delito.**

Recurso: Casación nº 10153/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 831/2007 de fecha 05/10/2007

«...El art. 127 del CP, redactado conforme a la LO 15/2003, 25 de noviembre, impone el comiso de las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Sin embargo, su efectividad exige que en el juicio histórico, bien de forma explícita, bien de forma indirecta, se expresen con claridad los hechos que permitan respaldar la conclusión de que el metálico aprehendido ha de reputarse ganancia de la actividad delictiva desplegada.

La jurisprudencia de la Sala Segunda no duda en dejar sin efecto el comiso decretado respecto de aquellas cantidades cuya procedencia ilícita no quede suficientemente acreditada (cfr. SSTS 1470/2005, 12 de diciembre y 1574/2005, 15 de diciembre).

En el presente caso, la sentencia no extiende su línea argumental a este aspecto, de ahí que resulte obligada la estimación del motivo.

Con independencia de lo anterior, la estimación no es obstáculo para que tales cantidades, lejos de ser reintegradas a sus respectivos titulares, queden afectas al pago de la multa y demás responsabilidades civiles derivadas de la presente causa, por imponerlo así los arts. 53, 123, 126 del CP y 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». (F. J. 3º)

## **COMPETENCIA. Audiencia Nacional.**

Recurso: Casación nº 1505/2007

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 85/2008 de fecha 28/01/2008

***«PRIMERO Y UNICO.- Recurre el Ministerio Fiscal contra el Auto de 28 de Mayo de 2007 de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, por el que se declara incompetente para conocer de una causa en la que se formulaba acusación, por un delito de asociación ilícita del artículo 517.1 del Código Penal, del que podría derivarse una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por un período de 6 a 12 años.***

1.- El Ministerio Fiscal considera que esa dejación de la competencia no es ajustada a derecho, por cuanto que la Sala, no sólo no ha contemplado la pena interesada por la Abogacía del Estado, sino que se ha acogido a la teoría de que la competencia entre los juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales viene determinada por la pena en concreto y no por la señalada abstractamente por el tipo penal correspondiente.

El artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita la competencia de los Jueces de lo Penal a penas no superiores a cinco años de prisión o penas de otra naturaleza que no excedan de diez años.

2.- En el caso presente, nos encontramos ante un delito de asociación ilícita, seis contra la Hacienda Pública en concurso ideal con un delito continuado de falsedad contable y otro, también continuado de falsedad en documento mercantil. Independientemente de la calificación jurídica de los hechos lo cierto es que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal solicitan, entre otras penas, inhabilitación especial, si bien el Fiscal pide 6 años y el Abogado del Estado la pena máxima posible que es de 12 años de prisión.

3.- El objeto del debate procesal en toda su amplitud, hechos, autoría, circunstancias y pena, estaba planteado en estos términos y por ello no entendemos las razones expuestas por la Sala en la resolución que se recurre

para abstenerse de enjuiciar inhibiéndose a favor del Juez de lo Penal de la Audiencia Nacional. La lectura del propósito del legislador es clara. Se refiere a la pena señalada por la ley sin perjuicio de la que, después del juicio oral, se pueda imponer en virtud de la calificación definitiva de los hechos.

**4.-** Todas las alegaciones contenidas en el Auto que se recurre, se basan en citar acuerdos del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que nada tienen que ver con la competencia sino con la conformidad.

La mención del artículo 788.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tampoco es ajustada, ya que está claro que cuando todas las acusaciones soliciten penas que excedan de la competencia del Juez de lo Penal, éste dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. La capacidad de maniobra del Juez de lo Penal, cuando sólo una de las acusaciones solicita esta pena, es mínima, por no decir inexistente. Vulneraría el principio de la tutela judicial efectiva, si no explica de manera previa y en una resolución completamente atípica que no piensa imponer la pena solicitada por la acusación, lo que conlleva prejuzgar el fallo.

**5.-** Cuando nos encontramos ante un supuesto inverso en el que no puede haber exceso de jurisdicción que, por el contrario, existe plena competencia para conocer de la máxima pena posible, razones de economía procesal aconsejan admitir la competencia. Nunca se plantearía a la Audiencia la imposibilidad de dictar sentencia ya que abarcando el máximo de la pena podía moverse en toda su amplitud hasta llegar a penas inferiores e incluso, por supuesto, la absolución si lo estima ajustado al resultado del juicio.

**6.-** Además, la cuestión de competencia está indebidamente trabada o formulada, ya que no es propiamente un asunto de esta naturaleza, sino un mandato de un superior en el orden jurisdiccional (Audiencia Nacional, Sala de lo Penal) el que, sin plantear la cuestión por las vías establecidas por la ley y recogidas en los artículos 19 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se despoja sin fundamento de su competencia y se la endosa al Juzgado de lo Penal que no puede suscitar cuestión de competencia a su superior jerárquico.

**7.-** Según el artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la cuestión sólo puede plantearse por el Juez o Tribunal que se considere competente, requiriendo de inhibición al que está conociendo, no es éste el caso sino el contrario. La Audiencia se inhibe de oficio sin soporte legal para ello y cuando ya la tramitación de la fase de investigación previa había concluido, se había abierto el juicio oral y se habían formulado las acusaciones, lo que convierte la decisión en un mandato u orden y no en una cuestión de competencia. El examen de oficio de la propia competencia se puede realizar en cualquier momento de la causa, pero no alcanzamos a comprender cuales pueden ser las razones para abrir el debate a la vista de la existencia de una petición de pena que, fijada por la ley, estaba dentro de las posibilidades de petición de la acusación siendo indiferente desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva que la petición la realice el Ministerio Fiscal o el Abogado del Estado. No existen razones sólidas de vulneración de derechos fundamentales como el juez ordinario predeterminado por la ley para suscitar una cuestión dilatoria de

una causa que se había incoado en virtud de Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 137/2000, es decir, siete años antes de que la Sala tomase una decisión unilateral que indefectiblemente vulneraría un derecho fundamental a un juicio sin dilaciones indebidas.

8.- El artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre jueces y tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. Acordado lo procedente, recabarán las actuaciones del Juez o Tribunal o le remitirán las que se hallare conociendo.

No es absurdo pensar que las partes o el Juez de lo Penal Central sin poder rechazar una inhibición que carece de lógica procesal suscitase una exposición razonada devolutiva con lo que entraríamos en una espiral dilatoria ocasionada por la dejación de su competencia por la Audiencia teniendo razones legales para admitirla. Nos encontraríamos ante un incidente interlocutorio en plena fase de juicio oral que carece de sentido, después de haber perdido un tiempo innecesario en la tramitación del mismo. El sistema no resultaría favorecido por este debate dilatorio que sólo significa, externamente, una evasión sobre la necesidad de juzgar prontamente y con absoluta competencia de la Audiencia Nacional como se deduce de todo lo expuesto. Si se remiten al Juzgado de lo Penal Central, se podría correr el riesgo de forzar la repetición de la vista oral si las partes mantienen la petición de los doce años de inhabilitación y el Juez de lo Penal se ve desbordado en su competencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**». (F. J. 1º y único)

**COMPETENCIA. Improcedencia de la jurisdicción española cuando se pretende la instrucción de una "causa general".**

Recurso: Casación nº 2296/2006

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 872/2007 de fecha 25/10/2007

«..No obstante, con la finalidad de dar respuesta incluso más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera breve diremos que por razones de fondo no procedería tampoco la admisión de la querrela porque los hechos citados en la querrela constituyen una verdadera "*Causa General*" que comienzan con la creación del Estado de Israel, citando la masacre de Deir Yassine en 1948, continúa con Kobiet en el año 1963, sigue con la "agresión militar de Junio de 1967", --sic--, y viene a concluir en la época actual.

Tales hechos, como reconoce el Ministerio Fiscal en su informe fueron notorios y dieron lugar a numerosas Conferencias multilaterales y bilaterales, Tratados de paz, y Resoluciones de la Asamblea y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En esta situación no es procedente la intervención de la

Jurisdicción Española, por razones de fondo, aunque, se insiste, que esta argumentación lo es *ex abundantia* dada la inadmisibilidad del recurso de casación». (F. J. 3º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Agresión sexual y detención ilegal.**

Recurso: Casación nº 10508/2007 P  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 267/2008 de fecha 23/05/2008

«..El delito de detención ilegal que se imputa al recurrente es consecuencia de que la víctima ha estado imposibilitada de abandonar el ámbito en el que se encontraba y de una manera que supera el ejercicio de violencia requerido por el delito de agresión sexual. En concreto: no se aquí un concurso aparente de leyes o de normas, sino una concurrencia de delitos, toda vez que, sin perjuicio de la diversas agresiones sexuales, la víctima estaba claramente impedida de abandonar el lugar». (F. J. 5º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Asesinato consumado y homicidio intentado.**

Recurso: Casación nº 11078/2007 P  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 240/2008 de fecha 06/05/2008

«..La argumentación de la parte recurrente no puede ser aceptada. En efecto, se habla en el motivo de unidad de acción y de una sola bala, cuando el relato fáctico es concluyente: el acusado –con ánimo homicida- efectuó dos disparos por la espalda contra el individuo que había acudido a su domicilio para exigirle el pago de una pretendida deuda pendiente, y que, al verse amenazado con un arma de fuego, salió corriendo hacia el coche en el que le esperaba su compañera, al volante. Seguidamente –con el mismo ánimo- efectuó un tercer disparo, causante de la muerte de la conductora del coche al que se dirigía el fugitivo. Nos encontramos, pues, con tantas acciones como disparos efectuados, susceptibles de una diferente calificación jurídica. No es posible hablar de una sola bala como, sin ningún fundamento, se hace en el motivo. No cabe, en último término, hablar de un único delito de homicidio. No es posible, por tanto, apreciar la infracción de ley denunciada». (F. J. 4º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Cohecho y contra la salud pública.**

Recurso: Casación nº 1634/2006  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 982/2007 de fecha 27/11/2007

«..Los hechos son claros y el cohecho aflora en los mismos al no precisarse para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto prometido como contrapartida. El propio art.

419 C.P. especifica que en caso de cometerse el delito comprometido por el funcionario corrupto se castigue independientemente. Nada importa que el guardia civil estuviera de baja, ya que puede participar con el carácter de cooperador necesario, como así fue, tal como se especifica en el auto aclaratorio de la combatida, dictado el 21 de octubre de 2005.

Una cosa es la colaboración para que un funcionario incumpla los deberes de su cargo, a cambio de una compensación económica u otro estímulo con perjuicio para la causa pública y otra distinta es la introducción del hachís, como delito contra la salud pública, para cuya finalidad desplegó el recurrente la correspondiente conducta. No existe ningún "*bis in idem*", sino hechos perfectamente deslindables que atacan a unos bienes jurídicos diferentes». (F. J. 9º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Expedición de moneda falsa (tarjetas) y continuado de estafa.**

Recurso: Casación nº 10998/2007 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 220/2008 de fecha 28/05/2008

«Para los recurrentes el hecho de que no se les incautaran documentos de crédito o de identidad falsos, permite concluir que no se dan los elementos del tipo penal que se les imputa, en cuanto que no eran portadores de tarjetas falsificadas.

...

Como explica la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo, los procesados utilizaron las tarjetas falsificadas en connivencia con los falsificadores a fin de defraudar con las compras realizadas en los distintos establecimientos que constan en el relato. Y que se consuma el delito cuando la moneda -en esta caso la tarjeta de crédito falsa- se crea y/o se distribuye a sabiendas de que dichas tarjetas y documentos eran falsos.

En el caso sólo cabría objetar a la subsunción efectuada si se hubiera aplicado el párrafo segundo del art. 386 que contempla la *tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución*, y ello porque como dijo esta Sala (Cfr. la STS de 12-9-2007, nº 722/2007; AATS de 18 de febrero 2004, 1 de abril, 21 de abril y 3 de junio todos de 2004, 7 y 20 de enero de 2004, y la STS 465/07 de 31 de mayo) "El Pleno de esta Sala de 28 junio 2002 equiparó la fabricación de tarjeta de crédito a la fabricación de moneda en virtud del citado art. 387. Ahora bien tal equiparación lo era sólo en relación a aquellas actuaciones susceptibles de equiparación con la tarjeta de crédito. Es claro que tal equiparación no es posible en relación a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución, Una tarjeta falsa no se "tiene" para transmitirla, sino que se usa para obtener dinero o bienes. La detentación para su utilización como instrumento de pago o, en general su utilización como instrumento mercantil en estos casos esa utilización podrá ser subsumida en el delito de

falsedad en documento mercantil y en la estafa, pero no dará lugar a la subsunción en el delito de falsedad monetaria..."

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa la condena se ha producido no por la *tenencia para la expendición*, sino por la *expendición*, es decir por la acción de gastar o hacer expensas, lo que supone que quien introduce la moneda falsa en el tráfico jurídico lo hace a cambio de un bien o por ser beneficiario de la prestación de un servicio, que es precisamente lo que viene a describir *el factum*.

Cierto que se ha aplicado la pena atenuada prevista, no para el nº 3º del art. 386 CP, sino para el párrafo segundo del art. 386, pero, no habiéndose planteado ningún recurso al respecto, y no cabiendo la *reformatio in peius*, la pena deberá quedar tal cual». (F. J. 15º)

### **CONCURSO DE DELITOS. Lesiones dolosas y lesiones imprudentes.**

Recurso: Casación nº 945/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 168/2008 de fecha 29/04/2008

«...El acusado, en el caso de autos, - se reitera- propinó un puñetazo en el ojo a la víctima, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita, que resultaran excluidos. Por tanto podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan.

Ahora bien, nunca podemos calificar el hecho en su conjunto como imprudencia leve del art. 621.3, como pretende el censurante, no solo porque el golpe inicial fue voluntario y consciente (doloso) debido a la exclusiva iniciativa del acusado, sino porque la calificación de grave atribuida a la imprudencia se acomoda a los términos subjuntivos del art. 152 CP. en relación al 149 del mismo Texto Legal calibrando a la hora de discernir la gravedad o levedad de la imprudencia, la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado (objetivas y subjetivas) y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada (agresión en un ojo), así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptible de ser ponderada. (F. J. 7º)

Por ello la solución de la Sala de instancia que considera que incluso la misma pérdida de visión del ojo estaría cubierta por el dolo eventual, con la consiguiente aplicación del art. 149 CP. exclusivamente, no es la correcta.

Es cierto que esta misma Sala Segunda ha aplicado este tipo delictivo en sentencias 936/2006 de 10.10, 683/2006 de 26.6, 796/2005 de 22.6, 1760/2000 de 16.11, en casos que guardan cierto parecido con el de esta causa, pero debe advertirse que en ellos se trató de golpes producidos directamente con un objeto tan peligroso como un vaso de cristal en el rostro de la víctima, en los que la posibilidad de producir cortes en el ojo, no podía,

en modo alguno, no descartada, y no por un mero puñetazo, modalidad de acción ésta en la que el resultado queda más abierto y obviamente, su condición es menos controlable por la voluntad del autor.

Es por lo que teniendo en cuenta este dato y el resto de las particularidades del contexto, en el que la discusión se generó por la conducta del propio lesionado, alterando el orden de la cafetería propiedad del acusado, debido a que se encontraba bajo los efectos del alcohol y no cesaba en su actitud, negándose a abandonar el establecimiento, hay que entender que el imputado, hoy recurrente, de haber conocido o hubiese representado ex ante un resultado de la gravedad del producido, no habría obrado como lo hizo, que es lo que hay que estimar que este segmento del mismo fue debido a imprudencia.

Consecuentemente y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones del art. 147 CP. en concurso ideal del art. 77, con otro de lesiones imprudentes del art. 152.1.2 CP». (F. J. 8º)

### **CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR. Elementos.**

Recurso: Casación nº 10272/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 886/2007 de fecha 02/11/2007

«Antes de dar respuesta al motivo debemos poner de manifiesto los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración:

- a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.
- b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17-3 C.P.).
- c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.
- d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.
- e) viabilidad del proyecto delictivo». (F. J. 6º. 2)

### **CORRUPCIÓN DE MENORES. Distribución de pornografía infantil a través de medios informáticos.**

Recurso: Casación nº 10414/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 921/2007 de fecha 06/11/2007

«..Tras una laboriosa investigación, practicada por la Guardia Civil en las diligencias previas 684/2005 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Sevilla, pudieron detectarse 28 equipos informáticos, localizados en 19 provincias de toda España, que fueron identificados por el número IP de su conexión a Internet, desde los que se difundía pornografía infantil a través de una de las redes de intercambio de ficheros (Peer to Peer), en concreto la red Edonkey y por medio del programa Emule. De este modo se supo que uno de esos 28 equipos informáticos era el del aquí acusado, el cual descargó, archivó en su ordenador y compartió con otros usuarios de la red, al menos en cinco ocasiones, ficheros de contenido pornográfico en los que aparecían fotografías e imágenes de menores, varios de ellos sin haber alcanzado los trece años, mientras estaban realizando prácticas sexuales de todo tipo con otras personas menores y mayores de edad. Se realizó una diligencia de entrada y registro en el mencionado domicilio de Joaquín, se obtuvo una copia del disco duro del ordenador de este, que él solo manejaba en su casa, y se encontraron allí archivadas seiscientos cincuenta fotografías de la clase que acabamos de indicar..... (F.J. 1º)

a) Nos hallamos ante una **distribución** de material indudablemente pornográfico, pues **distribución** es ese sistema automático de intercambio a través de la red Edonkey, al que antes nos hemos referido.

b) Es cierto que, nuestro Código Penal no define la pornografía y tampoco la pornografía infantil, a la que se refiere el Consejo de Europa como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Basta ver las fotografías unidas a las presentes actuaciones para comprobar que lo que Joaquín González Bravo bajaba de la red a su ordenador, y allí quedaba almacenado por no haberlo borrado, se corresponde con ese concepto. [art. 189.1 b)].

c) Asimismo es suficiente con examinar tales fotografías para percatarnos, por los rasgos infantiles de la mayoría de los que allí aparecen, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de trece años [art. 181.3 a)].

d) Es irrelevante, como se deduce del último inciso del referido apartado b) del art. 189.1, que el citado material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido.

Véanse las sentencias de esta sala 1444/2004, de 10 de diciembre, 913/2006, de 20 de septiembre y 1058/2006, de 2 de noviembre. (F. J. 4º)

## **CORRUPCIÓN DE MENORES. Utilización exhibicionista o pornográfica de menores.**

Recurso: Casación nº 397/2007

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 796/2007 de fecha 01/10/2007

«..El artículo 189.1 a) del Código Penal (según la redacción dada al mismo por la L.O. 11/1999) castiga al “que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades”.

Como pone de relieve la doctrina, se trata de un delito de acción y de mera actividad, de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o incapaz (de existir varias víctimas, cada una dará lugar a un delito distinto), y la conducta típica ha de consistir esencialmente en comportamientos exhibicionistas o pornográficos. El bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas.

No precisa la ley qué debe entenderse por fines exhibicionistas o pornográficos, y, por otro lado, tampoco resulta fácil distinguir en muchos casos entre lo simplemente erótico y lo pornográfico. Según el DRAE, exhibicionismo es la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales; pornografía, obra literaria o artística de carácter obsceno (es decir, impúdico, torpe, ofensivo al pudor); y erotismo, carácter de lo que excita el amor sensual. La doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística.

Convencer a una joven de tan corta edad (solamente tenía doce años) para que se exhiba delante de la web.cam de su ordenador, mostrando sus pechos y pubis, constituye, sin la menor duda, una conducta exhibicionista de una menor; y conseguir también que la misma joven se masturbe ante dicha cámara, logrando así grabar tales imágenes (luego remitidas por correo electrónico a otra joven), constituye también una conducta de elaboración de material pornográfico, por cuanto masturbarse una persona en la forma indicada no puede ser calificado de conducta meramente exhibicionista o erótica, pues se adentra claramente en lo pornográfico, sin que la realidad social permita, en este campo, rebajar tal calificación, especialmente cuando en este tipo de conductas resultan implicadas personas menores de edad,

como pone de relieve la fuerte reacción social que la divulgación de este tipo de hechos produce en la sociedad, suficientemente concienciada de la necesidad de protección a la infancia y a la juventud, hasta el punto que tanto las Naciones Unidas como la Unión Europea han promovido medidas adecuadas para proteger los derechos de ambas.

A la vista de todo lo dicho, es evidente que la calificación jurídica cuestionada en este motivo es ajustada a Derecho. Consiguientemente, no cabe apreciar la infracción legal denunciada. El motivo, en conclusión, ha de ser desestimado». (F. J. 3º)

## **CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Art. 410 CP.**

Recurso: Casación nº 408/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 54/2008 de fecha 08/04/2008

«...El art. 117.3 de la CE establece que *“el ejercicio de la función jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*.

Ninguna quiebra de ese enunciado se ha producido en el presente caso, en el que el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de los hechos delictivos imputados a los parlamentarios vascos -arts. 73.3 a) de la LOPJ y 26.6 de la LO 3/1979, 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco-, ha dictado sentencia absolutoria apoyada en los argumentos que se contienen en la fundamentación jurídica de la resolución combatida. La discrepancia con el desenlace valorativo de la sentencia suscrita por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, no puede hacerse valer mediante la genérica invocación de un precepto llamado a fijar el significado y los límites constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo, cuando no ha existido vulneración de los presupuestos jurídicos ligados a aquel ejercicio.

También menciona la parte recurrente la vulneración del art. 118 de la CE, con arreglo al cual, *“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*.

La infracción de este precepto, en el que se proclama el deber general de acatamiento de las resoluciones judiciales firmes, sólo adquiere relevancia casacional, en el ámbito del proceso penal, cuando la vulneración de tal deber está asociada a la comisión de un hecho típicamente antijurídico. De ahí que, en la medida en que es en el segundo de los motivos esgrimidos por la acusación popular en el que se invoca la inaplicación del art. 410.1 del CP, procede su análisis en el motivo siguiente». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTINUADO. Delitos patrimoniales. Evolución de la doctrina de la Sala.**

Recurso: Casación nº 519/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 950/2007 de fecha 13/11/2007

«...Aunque nada dicen los recurrentes, plantea el Ministerio Fiscal la corrección de aplicar al caso el artículo 74.1 y el artículo 74.2 del Código Penal, pues tratándose de delitos patrimoniales entiende que solo sería de aplicación el segundo apartado, lo que podría influir en la pena.

1. Efectivamente, en la jurisprudencia se han sostenido ambos criterios, lo cual hacía precisa la unificación de doctrina, propia y característica de las funciones de este Tribunal. Partiendo de que el artículo 74.2 contiene una norma específica para los delitos patrimoniales, una línea jurisprudencial entendía que solamente se aplicaba tal disposición, de forma que el Tribunal podría recorrer en su integridad el marco penológico asignado en cada caso, sin que fuera obligatorio imponer, al menos, la pena correspondiente en su mitad superior, tal como dispone el artículo 74.1 con carácter general.

En este sentido, en la STS nº 400/2007, de 17 de mayo, con cita de la STS nº 1404/1999, de 13 de octubre, se dice lo siguiente: “Pero actualmente en esta Sala existe una doctrina reciente (Sentencias de 23 de diciembre de 1998 y 17 de marzo de 1999) en virtud de la cual, habida cuenta de la configuración actual del artículo 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delito en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general se prevé en el apartado 1, consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior, que es la norma que aplicó la sentencia recurrida. Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en "infracciones contra el patrimonio", según esta reciente doctrina jurisprudencial, norma que desplaza a la general del párrafo 1, si bien sólo en cuanto a la materia de determinación de la pena. Es decir, que en estos casos de delitos continuados contra el patrimonio no es preceptiva la imposición de la pena en su mitad superior, sino que ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2 que tiene un doble contenido:

1º. Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos o faltas contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura del delito continuado.

2º. La posibilidad, para los casos de delito masa, de imponer motivadamente la pena superior en uno o dos grados”.

En esta línea se pronunciaron también las Sentencias 1297/2002, de 11 de julio; 692/2003, de 12 de mayo; 1614/2003, de 1 de diciembre; 278/2004, de 1 de marzo; 1256/2004, de 10 de diciembre; y 883/2006, de 25 de setiembre, entre otras.

2. Una segunda línea interpretativa, reconociendo la especificidad del artículo 74.2 para los delitos patrimoniales, sostenía la aplicabilidad del artículo 74.1 cuando alguna de las infracciones que constituían el delito continuado, aisladamente considerada, superara el límite de la notoria o especial gravedad, pues en esos casos no se produciría una vulneración de la prohibición de doble valoración. Doctrina que resultaría igualmente aplicable en el marco del artículo 249.

Esta tesis es la seguida en la STS nº 226/2007, de 16 de marzo, en la que, con cita de otras, se decía lo siguiente: “El delito continuado recoge el mayor contenido del injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de unas conductas agresivas a un mismo bien jurídico, bajo un dolo único y aprovechamiento de idénticas circunstancias. Es obvio que esa conducta, caracterizada por la concurrencia de los presupuestos del delito continuado, merece un mayor reproche penal. De ahí, las especiales previsiones en la penalidad que planteó el art. 69 bis del Código, hoy 74 del Código Penal de 1995. Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (Cfr. STC 89/83 y reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 21.10.91). El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado del art. 74 (CP/95). Ahora bien, tratándose de delitos contra el patrimonio, razones de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio «non bis in idem» y de especialidad, han sido tenidas en cuenta por el legislador penal que ha dispuesto una normativa penológica especial. Así, dispone que en los delitos contra el patrimonio se tendrá en cuenta el perjuicio total causado, y la posibilidad de imponer una pena superior en uno o dos grados, «si el hecho revistiera especial gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas» (art. 74 CP/95). En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23.12.98, 17.3.99). En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de fecha 27 de marzo de 1998, declaró que «en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas». Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en

ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. En el hecho probado la calificación correcta es la de delito continuado de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6, es decir, la pena privativa de libertad de 1 a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, con la consideración del art. 74.2 a tenor del cual deberemos tener en cuenta el perjuicio total causado. Esta construcción no es pacífica en la jurisprudencia de esta Sala. Como se destacó en la STS 760/2003 de 23 de mayo, se han mantenido dos posturas en aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Partiendo de la existencia de dos reglas distintas para la determinación de la pena del delito continuado, en ocasiones se ha entendido que, si bien en principio no es posible aplicar la regla del apartado primero en los casos de delitos continuados de carácter patrimonial, sin embargo tal posibilidad surge de nuevo cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas ya merecían la calificación de especial gravedad en atención a la cuantía. Así, en la STS núm. 482/2000, de 21 de marzo, se dice lo siguiente: «En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 CP/1995) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (SSTS 23-12-1998 y 17-3-1999). Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el "plus" que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en el párrafo primero del art. 74.1 del Código Penal pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado». En el mismo sentido la STS núm. 1284/2002, de 8 de julio; 136/2002, de 6 de febrero; 1411/2000, de 15 de septiembre, 1079/2005, de 29 de septiembre».

En el mismo sentido la STS nº 873/2006, de 8 de setiembre y la STS nº 353/1999, de 24 de mayo.

3. El Pleno no jurisdiccional celebrado el 30 de octubre de 2007 deliberó sobre estas dos distintas posibilidades, acogiendo como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6ª, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo

74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Por lo tanto, aun cuando el Ministerio Fiscal cita una parte de la doctrina de esta Sala sobre el particular, su tesis no puede ser acogida». (F. J. 10º)

### **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Diferencia entre ilícito administrativo e ilícito penal.**

Recurso: Casación nº 682/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 81/2008 de fecha 13/02/2008

«...Hemos de partir de que las irregularidades administrativas no constituyan ni dan vida sic et simpliciter al delito medio ambiental (STS. 1118/2005 de 26.9).

El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS. 25.10.2002, 1.4.2003, 24.6.2004, 27.4.2007, 20.6.2007), atendiendo por tal un nibrido “a medio camino entre el peligro concreto y abstracto” (STS. 27.9.2004), en el que “no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta” (STS. 25.5.2004), esto es, como dice la STS. 24.6.2004, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo... es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Ahora bien se acoja la estructura del tipo penal -de peligro concreto, abstracto-concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que el art. 525 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas.

De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas.

- Por ello lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido la STS 96/2002, de 30 de enero, dijimos que "esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)". La valoración que hace el tribunal es inmune ... en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro".

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, se afirmó, en el mismo sentido que "el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta".

Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.

En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico.

Por ello, hemos de realizar una importante precisión, vista la calificación de las acusaciones postulando la aplicación del delito continuado.

En este sentido si el resultado típico no es la lesión constatable de elementos concretos del ecosistema, sino en la probabilidad del perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, este dato ha de ser relevante a la hora de intentar comprender el alcance de las conductas que lo generan.

Los vertidos, emisiones etc. Que constituyen el núcleo del comportamiento típico, no pueden, así, ser considerados aisladamente, sino en referencia al resultado de peligro, lo que hace, aun cuando se dan los requisitos de homogeneidad que exige el art. 74 CP. prácticamente inviable la apreciación del delito continuado.

Así lo entendió la jurisprudencia, a partir de la sentencia 12.12.2000, reiterada en las posteriores de 29.9.2001, 11.2 y 2.6.2003, en la que afirma que: “nos hallamos, no ante un delito continuado, como erróneamente lo califica la sentencia de instancia, sino ante lo que un sector de la doctrina llama tipos que incluyen conceptos globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de unos términos que abarcan en su seno una pluralidad que se integra en un solo delito”. Y esto es lo que ocurre con el termino “vertidos” del actual art. 325: varios vertidos procedentes de una misma actividad industrial o de otro tipo encajan, pese a su pluralidad, en el mismo delito, porque a ello obliga la utilización en la correspondiente norma penal de un concepto global que abarca lo mismo un solo hecho u objeto que varios.

En igual sentido la STS. 28.3.2003, señalando que “ la contaminación ambiental se produjo mediante vertidos que se repetían en el tiempo, que esa plural actividad encajaba en el concepto **vertidos** que se utiliza en el art. 325 bis del CP. Hubo un delito único porque el tipo utiliza en plural una de las expresiones que lo configuran”; y la de 2.11.2004, que aclara que aunque resulta patente que un solo vertido pueda dar lugar al delito ecológico “lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunción, por ello es patente que esa pluralidad de acciones emisoras las que, en su conjunto, dan lugar a la contaminación grave que requiere el tipo penal... al tratarse el término "vertido" de un concepto normativo global que incluye en su comprensión la pluralidad de acciones emisoras, supuesto siempre que se trata de la misma actividad industrial”.

- 4) Tipo subjetivo: actuación dolosa.

Las conductas descritas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331 CP.).

El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el Derecho Penal, como es el desarrollo de una actividad industrial.

Esta Sala segunda, ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente delito. Ya en la sentencia de 19.5.99 se dijo que el “conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto”.

En efecto el tipo del art. 325 CP: 1995 (STS. 1527/2002 de 24.9), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla (STS 442/2000, 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluye del juicio histórico». (F. J. 19º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Autoconsumo.**

Recurso: Casación nº 219/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 835/2007 de fecha 23/10/2007

«..La STS núm. 281/2003, 1 de octubre, reitera el criterio de esta misma Sala, con arreglo al cual la jurisprudencia ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 (cfr. SSTs 1143/1995, 15 de diciembre y 1778/2000, 21 de noviembre). Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por la Sala Segunda, que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (cfr. SSTs 578/2006, 22 de mayo y 390/2003, 18 de marzo y 705/2005, 6 de junio)». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Comiso.**

Recurso: Casación nº 1328/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1053/2007 de fecha 18/12/2007

«1. El artículo 127 del Código Penal establece que toda pena que se imponga por delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios e instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes de aquellos, lo que se reitera con algunas precisiones en el artículo 374 en relación con los delitos contra la salud pública.

2. En el caso, el hecho de que en el momento de ser detenido portando la droga el acusado estuviera desplazándose utilizando para ello el ciclomotor luego decomisado, no es vinculado en la sentencia a la tenencia de la droga con destino al tráfico, pues no se desarrolla ninguna argumentación sobre el particular. Tampoco resulta incontestablemente del hecho probado que tal medio de desplazamiento fuera relevante a los efectos de la ejecución de un acto de transporte, que tampoco se describe como tal en el relato fáctico, en el que solamente se recoge como elemento relevante a los efectos de la tipicidad la tenencia de la droga con destino al tráfico con terceros, lo que el Tribunal deduce de la cantidad y de que no consta que se trate de un consumidor. Por lo tanto, de la sentencia no puede deducirse que se trate de un medio o instrumento para la ejecución del delito, y tampoco existen datos que permitan afirmar que procede de anteriores actos de ejecución del delito. Por lo tanto, no procede el decomiso acordado, lo que determina la estimación del motivo». (F. J. 1º)

## **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Complicidad: enumeración de supuestos en los que se estima.**

Recurso: Casación nº 10643/2007 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 335/2008 de fecha 10/06/2008

«...La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20.4, enumera “ad exemplum” diversos casos calificados de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000.

d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).

e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).

f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).

g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).

h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, (STS. 30.3.2004)». (F. J. 26º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Determinación de la pena de multa sin pericial sobre el valor de la droga; se fija atendiendo al precio de la recompensa.**

Recurso: Casación nº 10712/2007 P  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 135/2008 de fecha 06/03/2008

«..Conforme al art.377 del Código penal la determinación de la multa en este delito ha de ser referenciada al valor de la droga objeto del delito y éste se calcula sobre "el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener". De lo anterior resulta que la determinación de la pena pecuniaria es proporcional al objeto del tráfico, arts. 368 y 369, y en su determinación se tendrá en cuenta, el precio final o las ganancias que esperan obtenerse. De ahí la necesidad que en las

instrucciones de las causas por estos delitos se practiquen periciales que informen sobre su valor en el mercado atendiendo las sucesivas mezclas que sobre el objeto del delito se puedan realizar, aumentando, consecuentemente, su valor y las expectativas económicas del hecho delictivo.

En este sentido el motivo debiera ser rechazado pues la determinación de la pena de multa se referencia al valor de la sustancia objeto del tráfico ilícito.

Ahora bien, en autos hemos comprobado que no se ha practicado una pericial sobre ese valor de la droga y el único dato que aparece en la causa sobre "la recompensa o ganancia obtenida por el reo", presupuesto en la imposición de la pena pecuniaria, es el que proporciona el acusado en el momento de su detención y en el juicio oral, al referir que había comprometido su aportación al hecho delictivo a cambio de 5.000 dólares, lo que equivale a 3.333 euros, al cambio actual, multa sobre la que habrá de imponerse la pena de multa de acuerdo al art. 368 del Código penal, atendidos los criterios de individualización que el tribunal de instancia emplea.

En atención a los hechos que se declaran probados, particularmente la colaboración realizada, acordamos imponer la pena de multa correspondiente al tanto del valor de la recompensa que obtenía por su conducta en el tráfico de la sustancia tóxica y fijando, como hizo el tribunal de instancia, una responsabilidad personal de 1 día por 3.000 euros impagados.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, STS 118/2008, de 14 de febrero y las que cita, que atiende a la recompensa pactada para fijar la multa del tanto al triplo.

Es cierto que en algunos precedentes, ante la ausencia de una pericial sobre el valor de la droga hemos optado por no imponer la pena pecuniaria, pero en este caso si disponemos del precio de la recompensa, uno de los presupuestos para la determinación de la pena pecuniaria, por lo que a ese criterio ha de estarse.

Este valor forma parte, los beneficios que pensaban obtenerse por lo que, ante la ausencia de otras periciales, y favoreciendo al reo, sirve de presupuesto para la determinación de la pena de multa». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Dosis mínima psicoactiva, papelina por debajo del umbral de toxicidad.**

Recurso: Casación nº 133/2007

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 869/2007 de fecha 31/10/2007

«...incluso la jurisprudencia más rigurosa de esta sala en la materia, tomando en consideración la dosis mínima psicoactiva de la sustancia de que se trate para determinar lo que debe o no considerarse droga tóxica a los

efectos del art. 368 Cpenal, cuando la misma es cocaína, la cifra en 0,05 gramos, a partir de los datos facilitados por el Instituto Nacional de Toxicología, aportados al pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003.

Pues bien, la dosis transmitida en este caso tenía un total de 0,020 gramos, que no llega siquiera a la mitad de ese porcentaje, con lo que la sustancia estaría por debajo del umbral de la toxicidad, entendido en los términos a que acaba de aludirse. Y, siendo así, no debió aplicarse el art. 368 Cpenal y considerarse la conducta impune». (F. J. Único)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Imposición de la multa sin constar valoración de la droga. Doctrina de la Sala.**

Recurso: Casación nº 1429/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 12/2008 de fecha 11/01/2008

«Es cierto que las dificultades ofrecidas en la práctica por instrucciones incompletas, en las que el valor de la droga no ha sido determinado, ni siquiera indiciariamente, han obligado a esta Sala a ofrecer criterios interpretativos alternativos que impidan la claudicación del deber jurisdiccional de imponer las penas asociadas a cada tipo penal. Es el caso de la STS 92/2003, 29 de enero, que estimó correcta la incorporación al factum del dato, no cuestionado, ofrecido por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación.

Fuera de estos casos, la STS 145/2001, 30 de enero, recuerda la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que ausente este dato, no procederá la imposición de la pena de multa. En tal sentido pueden citarse, entre otras, las STS 1085/2000, 26 de junio, 1997/2000, 28 de diciembre y 1998/2000 28 de diciembre. La misma sentencia advierte de las dificultades interpretativas que alberga el art. 377 del CP. Este precepto -se razona por la Sala Segunda- ha merecido críticas doctrinales porque en la valoración del precio juegan de un lado factores que escapan del dominio del autor en el momento de la realización de la conducta para instalarse en futuribles de difícil si no imposible objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que se trata de sustancias de tráfico ilícito, y por lo tanto, cualquier aproximación valorativa procede de forma inexcusable de un mercado esencial y radicalmente ilegal, y todo ello puede proyectar sombras sobre el principio de culpabilidad.

La jurisprudencia, pues, reconoce la necesidad de que el factum acoja el presupuesto cuantitativo indispensable para la determinación de la pena de multa. En el presente caso, la Sala sí ha proclamado en el juicio histórico el valor de la droga (*“...el precio medio en el mercado ilícito de la cocaína es de 12 euros por gramo y de 10 euros por comprimido de MDMA”*). Tal parámetro cuantitativo -según explica el Tribunal en el FJ 4º- ha sido fijado atendiendo al valor de esas sustancias tóxicas, con arreglo a *“...las valoraciones que hace la Oficina Central de Estupefacientes del Ministerio del Interior”*.

El problema radica, sin embargo, en que la determinación del valor de la droga a partir de ese documento se ha sustraído a toda posibilidad de contradicción. Esta Sala ha examinado la causa (art. 899 LECrim) y el mencionado documento ni siquiera consta unido a la misma. El 377 del CP ofrece al órgano decisorio distintas posibilidades a la hora de fijar las bases para la determinación del importe de la sanción pecuniaria (“...*el valor de la droga ... será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener*”). Sea cual fuere la solución adoptada por el Tribunal *a quo*, es claro que el grado de afectación del patrimonio del penado no puede hacerse depender de un acto puramente voluntarista, ajeno a cualquier debate sobre su extensión y alcance». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No concurre la agravante específica de extrema gravedad.**

Recurso: Casación nº 1018/2007

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1074/2007 de fecha 21/12/2007

«...sí que merece estimación el motivo Tercero, que cuestiona la aplicación de la agravante específica referente a la “extrema gravedad” de la conducta pues, al margen de la actual literalidad del precepto que la contempla, es doctrina reiterada de esta Sala, como el propio Fiscal reconoce en su escrito de impugnación del Recurso, que no basta el dato de la gran importancia de la cantidad de la sustancia, en este supuesto casi cuatro toneladas de haschisch, para la aplicación de esa exacerbación extraordinaria de la pena, precisándose para ello la concurrencia de otras circunstancias relevantes, tales como el empleo de importantes medios organizativos, buques, etc., así como un papel relevante de los autores en la actividad delictiva y no, como en el presente caso, cuando se trate de meros transportistas subalternos que trasladan la sustancia, una vez desembarcada, en dos vehículos». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa.**

Recurso: Casación nº 357/2007

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 952/2007 de fecha 29/10/2007

«..La jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo un criterio contrario a la admisibilidad de formas imperfectas de ejecución en el delito contra la salud pública. El tipo penal que castiga el tráfico de estupefacientes se configura en su estructura como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada en el que basta la realización de una conducta que pueda ser subsumida en los verbos favorecer, promover o facilitar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes para entender consumada la acción delictiva, bastando la posesión de la sustancia o su transporte.

La posesión que supone la consumación no precisa que sea material o física, pues nuestro Derecho contempla otras formas de tenencia y así podemos situarnos antes posesiones mediatas o inmediatas, personales o a través de personas intermedias, etc..., siendo lo relevante la disponibilidad en la posesión. En el caso objeto de nuestra consideración la disponibilidad conjunta de la sustancia tóxica hace que el tipo penal haya sido consumado.

Excepcionalmente hemos admitido supuestos de formas imperfectas en la ejecución del delito contra la salud pública cuando el sujeto autor de la conducta típica no ha llegado a tener la disponibilidad sobre la sustancia destinada al tráfico, supuesto no concurrente al haber tenido disponibilidad de la sustancia tóxica, que se materializa en la recepción, en el suministro de los medios de comunicación y la disposición de la posterior cita, además de la vigilancia y control de la operación». (F. J. 4º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 370.3º CP.**

Recurso: Casación nº 10574/2007 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 969/2007 de fecha 26/11/2007

«..Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., se alega ahora aplicación indebida del art. 370.3 C.P.

El absoluto sometimiento al hecho probado que requiere todo motivo articulado por esta vía casacional, impone la desestimación. Allí se especifica no sólo la importante cantidad de estupefaciente que constituía el objeto de la operación de tráfico ilícito, sino que también se declara probado que los acusados, actuando de común acuerdo, formaban parte de un grupo cuya forma de actuar consistía en que, amparándose en la existencia de una sociedad legalmente constituida, llamada First Team Fruti 2002 S.L. en cuyos estatutos sociales figuraba, entre otras, su dedicación a la actividad de exportación e importación de productos alimenticios, ocultaban grandes cantidades de hachís entre la lícita mercancía para trasladarla desde España hasta otros países de Europa, teniendo establecida la infraestructura necesaria para tal finalidad, de forma que la referida sustancia llegase desde los proveedores originarios hasta los destinatarios finales y a sus consumidores.

Esta descripción del “modus operandi” integra la modalidad de la agravación del art. 370.3 consistente en “que se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas ....”, conductas entre las que se encuentra la posesión para el tráfico de drogas, de suerte que aunque la operación de remisión del cargamento de hachís no se hubiera realizado, sí se había consumado la conducta típica agravada.

Pero además, otra de las modalidades típicas del art. 370.3 C.P. es que “la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia ....”. Por lo que,

habiéndose fijado este concepto en la cantidad de 2,5 kilogramos cuando se trata de hachís, y siendo la droga objeto del ilícito tráfico de 1.060 kilogramos con un alto índice de THC, es claro que la aplicación del subtipo agravado ha sido correctamente efectuada.

El motivo debe ser desestimado». (F. J. 5º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado del art. 369.10º CP, introducción en territorio español.**

Recurso: Casación nº 10973/2007 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 30/2008 de fecha 22/01/2008

«1. Las agravaciones del tipo básico del artículo 368, contenidas en el artículo 369, entre ellas la del apartado 10º aquí cuestionada, suponen la imposición de la pena superior en un grado a la señalada para aquél, de forma que cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud la pena queda comprendida entre nueve años y un día y trece años y seis meses de prisión. Se trata de una sanción especialmente grave, similar en su extensión a la señalada al homicidio (de diez a quince años de prisión), o a la violación agravada (artículo 180, de doce a quince años de prisión), y superior a la señalada, por ejemplo, al tipo básico del delito de violación (de seis a doce años de prisión). Lo cual no impide, desde luego, reconocer los graves efectos que estas conductas delictivas producen en el ámbito social, que se ven incrementados en los supuestos agravados.

Sin embargo, tal exasperación de la pena no puede justificarse en la mera trasgresión de las normas aduaneras. Ya la jurisprudencia de esta Sala se había manifestado sobre el particular al resolver los supuestos de aplicación conjunta del Código Penal y de la ley de Contrabando, como se recoge en las citas jurisprudenciales mencionadas en la sentencia impugnada entendiéndose que el reproche de la segunda en estos casos ya venía contemplado en el primero, dando lugar a un concurso de normas. Tampoco encuentra justificación en el aspecto formal relativo al hecho de la introducción física de la droga en territorio nacional.

2. Sin embargo, es posible considerar que la imposición de una mayor pena resulta razonable cuando se trate de conductas que sean creadoras de un mayor riesgo para la salud pública. En definitiva es la presencia de ese riesgo, abstracto pero real, lo que explica la sanción penal de esas conductas con una pena superior a la del tipo básico sin afectar al principio de proporcionalidad. Y tal riesgo puede ser apreciado cuando se introduzca efectivamente en el país una sustancia de las prohibidas, especialmente cuando no sea producida aquí, pues en esos casos no cabe la menor duda de que se incrementa la variedad y, en todo caso, la cantidad de sustancias disponibles para el tráfico ilícito, y consiguientemente aumenta el riesgo de su circulación, tráfico y consumo ilegal, con la paralela ampliación de la posibilidad de una mayor producción de efectos negativos para el bien jurídico.

Por lo tanto, para apreciar el supuesto agravado es preciso que se produzca no solo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que la posibilidad de circulación efectiva de la sustancia sea apreciable, pues en otro caso el riesgo ampliado, justificativo de la agravación, no podría ser afirmado. Consecuentemente, así como el tipo básico se consuma cuando se establezca la posesión mediata o inmediata de la droga con una mínima posibilidad de disposición, el subtipo agravado solo se consumará cuando la introducción se haya realizado en condiciones de difusión o circulación de la sustancia introducida.

3. Para aclarar el significado de lo que haya de entenderse en el tipo como “introducción” de la sustancia en territorio nacional, no resulta aplicable la jurisprudencia anterior, dictada respecto al concurso entre el delito de contrabando y el delito contra la salud pública, pues para la consumación de un delito que pretende proteger los intereses fiscales o aduaneros del Estado sancionando la introducción ilícita de determinadas mercancías no es precisa la posibilidad efectiva de circulación creadora de mayor cantidad de riesgo para otro bien jurídico, pues es suficiente con la mera introducción efectuada burlando los controles aduaneros. Por el contrario, como hemos dicho, para la consumación del subtipo agravado del delito de tráfico de drogas no será suficiente la superación física de dichos controles, sino que deberá ir seguida de una posibilidad real de difusión o circulación de la droga en territorio nacional, pues solo así se incrementa el riesgo y se justifica la exasperación penológica.

En algunos precedentes de esta Sala, referidos a supuestos de introducción de la droga en establecimientos penitenciarios ya se hacía referencia a la exigencia de que la introducción se hiciera en potenciales condiciones de difusión. Así, la STS nº 311/1997, de 7 de marzo, en la que se decía que “Para apreciar el subtipo agravado es menester que la droga haya sido introducida en las dependencias penitenciarias en condiciones potenciales -siempre con tal propósito- de su difusión, lo que equivale a extender, divulgar, propagar o distribuir, dichas sustancias (cfr. Sentencias de 15 abril, 30 octubre y 9 diciembre 1992, 30 noviembre 1993 y 25 abril 1994). Lo decisivo para que entre en juego la circunstancia agravatoria es que la droga o estupefaciente haya traspuesto los umbrales del Centro, secundándole una finalidad difusora o de distribución, aunque no se comprueben actos de esta índole. La droga, en el supuesto enjuiciado, se encontraba en el recinto carcelario en condiciones idóneas para su distribución a terceros”.

En la STS nº 415/1997, de 25 de marzo, con cita de la STS de 25 enero 1992, se decía que “la estimación de este subtipo agravado «requiere inexcusablemente y, al menos, que la droga sea introducida en las dependencias en condiciones de difusión potencial»”

Y en similar sentido, la STS nº 1369/1997, de 3 de abril de 1998, en la que se hace referencia a “la doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en Sentencias de 30 octubre y 9 diciembre 1992, 30 noviembre 1993 y 25 abril 1994, según la cual, para apreciar el subtipo agravado es menester que la

droga haya sido introducida en las dependencias penitenciarias en condiciones potenciales -siempre con tal propósito- de su difusión, lo que equivale a extender, propagar o distribuir dichas sustancias”». (F. J. 2º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado. Pertenencia a una organización.**

Recurso: Casación nº 11082/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 233/2008 de fecha 05/05/2008

«..En línea con la que ya declaramos en nuestra STS 763/2007, 26 de septiembre, es más que probable que la distribución clandestina de mucho más de dos toneladas de cocaína no sea imaginable sin el apoyo logístico de una organización profesionalmente dedicada a tal objetivo. El coste económico de la droga, la definición de una ruta que implica cruzar el océano Atlántico y, en fin, la ineludible exigencia de contactos en el lugar de destino, sugieren un entramado organizativo, con distribución funcional de responsabilidades, sin el cual la operación nunca podría llevarse a efecto. Sin embargo, el art. 369.1.2 del CP no castiga con mayor gravedad el hecho de que la droga haya sido distribuida por una organización, sino que *el culpable perteneciere a una organización*. Resulta, pues, indispensable, para la correcta aplicación del tipo, que la sentencia de instancia describa pormenorizadamente, el itinerario lógico-deductivo que avala tal conclusión.

Pues bien, la sentencia de instancia explica de forma lógica y ajustada a parámetros de racionalidad, el fundamento que justifica la aplicación de esta agravación. En efecto, en el FJ 2º de la sentencia recurrida se argumenta, a partir del juicio histórico, que existieron dos viajes a lo largo del año 2005, el primero de ellos en enero con el Maeña III y el segundo en agosto-septiembre, con el Tobago Clipper. La existencia de esa organización, además, estaría avalada por las propias manifestaciones de Perrikc Tanvet, quien, tanto en su declaración ante el instructor (folio 558, Tomo II) como en el momento de ejercer su derecho a la última palabra (acta del juicio oral), afirmó, refiriéndose al barco en el que habían hecho la segunda travesía, que el propietario de la nave era una empresa determinada, en la que él no tenía ningún interés, pero en la que sí había una persona a la que llamaban *El Grande*, que tenía intereses en esa sociedad y que era la que dirigió la travesía.

En nuestra STS 763/2007, 26 de septiembre, en línea con lo resuelto en las SSTS 1601/2005, 22 de diciembre, 808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 11 de septiembre, entre otras, ya reiterábamos que el concepto de asociación u organización debe incluirse «cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo». No cabe pasar por alto las expresiones que el Código incorpora al configurar esta hiperagravación o cualificación de segundo grado, refiriéndose a la «transitoriedad» de la asociación o a la «ocasionalidad» en la consecución de los fines perseguidos

por ésta, lo que amplía en grado sumo las posibilidades subsuntivas de agrupaciones o asociaciones de dos o más personas que respondan a los criterios jurisprudenciales señalados. Una cuestión interpretativa más surge como consecuencia de la aparente desvinculación de esta figura cualificada del tipo básico al que se remite, por el hecho de relacionar la organización o asociación con la finalidad de difundir las sustancias o productos tóxicos o psicotrópicos, aunque debemos entender, desde una elemental interpretación lógica, que la conducta de difusión referida afecta y en definitiva constituye un modo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas. En todo caso la agravatoria debe quedar perfectamente deslindada de los supuestos de codelincuencia o transitoria consorciabilidad para el delito. Serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: a) la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; b) el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; c) que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.

Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esa y no otra es la *ratio* de la cualificación de la conducta.

Véanse en sentido similar las sentencias de esta sala de 8-2-93 (RJ 1993, 885), 10-11-94 (RJ 1994, 8808), 19-1-95 (RJ 1995, 569), 1-4-96, 13-10-97, 6-4-98, 29-2-2000, 3-11-2000, 26-3-2001, 16-7-2001 (RJ 2001, 6498), 20 y 29-11-2001 (RJ 2002, 1427), y 3-12-2002 (RJ 2003, 544), entre otras muchas.

No puede, por último, censurarse la aplicación del tipo agravado con el argumento de que los recurrentes no desempeñaban puestos de relevancia en el esquema organizativo. En cada uno de los viajes, con distinto turno, son dos las personas que asumen la responsabilidad de la custodia y transporte de cocaína por un importe superior a varios centenares de millones de euros. Se valen para ello de costosas embarcaciones que permiten cubrir rutas muy distantes entre sí. El hoy recurrente era la persona comisionada por la organización para desplazarse, primero, a Cabo Verde, con el fin de sumarse desde ahí a la travesía atlántica y, segundo, a Cuba, con el objetivo de reparar la embarcación empleada en el segundo de los desplazamientos. No desempañaba, pues, una modesta contribución a los fines de la organización, y por ello ajena a la más intensa antijuricidad que exige la agravación. René Clouteau era una pieza clave, sobre la que descansaba la confianza de aquellas otras personas no enjuiciadas, pero que personificaban la jerarquía de la estructura organizativa puesta al servicio del delito.

No ha existido, pues, infracción de ley. Procede la desestimación del motivo en aplicación de lo previsto en los arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim». (F. J. 3º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo privilegiado del art. 376 CP.**

Recurso: Casación nº 10371/2007 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1098/2007 de fecha 26/12/2007

«..1. El artículo 376 del Código Penal, en lo que aquí interesa, establece la posibilidad de una reducción en la pena para aquellos que hayan abandonado voluntariamente las actividades delictivas y hayan colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables

Según el artículo 21.5ª es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral. La atenuante prevista en el apartado 4º se refiere al supuesto en que el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, haya procedido a confesar la infracción a las autoridades.

La atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal, pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley. En alguna sentencia (STS núm. 1060/2004, de 4 octubre) se ha recogido una aparente ampliación de esta idea, al señalar que «la Jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal (SSTS, entre otras, de 27/05/02 o 1006/03)». Aunque en realidad, y finalmente, esa idea básica del sistema venga a manifestarse en las atenuantes expresamente contempladas en la Ley.

En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio que «esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el

artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito». En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre.

2. De lo expuesto se desprende que esta Sala considera más adecuada la atenuante de confesión que la de reparación del daño para construir la analogía en los casos de colaboración con la justicia producida tras la detención del sujeto.

De lo anterior se desprende la imposibilidad de aplicar al caso el artículo 376, y no solo porque, según los antecedentes de la sentencia no fuera alegado expresamente en su momento, sino principalmente porque no se declara probado que el recurrente abandonara voluntariamente sus actividades delictivas.

En cuanto a la atenuante analógica, es de resaltar que el recurrente declaró que el encargo de transporte lo había hecho el coacusado Ali Aziza, que vigilaba su ejecución e intervino en la entrega y devolución de la mochila donde luego apareció la droga, pero negó cualquier relación con ésta, insistiendo en que el transporte era exclusivamente de dinero. En realidad, pues, su única aportación fue la implicación del coacusado Aziza en una operación de transporte de dinero, según sus declaraciones. Los datos inculpatorios para aquél resultan de las investigaciones y actuaciones policiales y no de la confesión tardía del recurrente.

Por lo tanto, no procede la atenuación pretendida y el motivo se desestima». (F. J. 6º)

### **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico de drogas. Agravante extrema gravedad del art. 370.3º CP.**

Recurso: Casación nº 10223/2007 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1016/2007 de fecha 03/12/2007

«...2. Esta agravación por la extrema gravedad en estos delitos relativos al tráfico de estupefacientes aparecía sin definir en el texto de la redacción primitiva del CP 95, hasta que la importante modificación introducida por LO 15/2003 dio nueva redacción a tal art. 370, de modo que a partir de este segundo texto ya disponemos de un concepto concreto sobre dicha extrema gravedad que concurre cuando se produce alguno de los cinco supuestos alternativos que se recogen en el mencionado nº 3º, siendo el primero de todos el que acabamos de entrecomillar.

Bajo la normativa anterior, dado el carácter sucinto de la expresión legal en este punto (solo decía esto: extrema gravedad), fue necesaria una abundante doctrina de esta sala para dar un contenido más concreto a esta norma, que había incluso producido dudas en cuanto a si era bastante para satisfacer el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE en su aspecto de

“lex certa”. Tal doctrina en su mayor parte, particularmente en lo relativo a la necesidad de tener en cuenta el rol o papel desempeñado por el sujeto en su concreta intervención en el hecho para apreciar o no la concurrencia de esta superagravante, ha quedado superada ante la realidad de la modificación que acabamos de citar. Ahora tenemos que prescindir de esta connotación subjetiva para examinar si en el caso se aplicó o no correctamente este inciso 1º del nº 3º del art. 370.

Con esto quedan contestadas varias de las alegaciones de los recurrentes que se fundan en esa anterior jurisprudencia de esta sala que carece ya de aplicación en su mayor parte.

Se ha ampliado así el ámbito de aplicación de esta especial agravación en esta clase de delitos contra la salud pública, pues aquellos criterios que antes había que tener en cuenta, conforme a esa doctrina anterior de esta sala, todos ellos en una apreciación conjunta, para determinar si concurría o no este concepto de extrema gravedad, ahora aparecen recogidos de modo separado y alternativo en los referidos cinco incisos que concretan los casos en que cabe aplicar este art. 370.3º. La presencia de un hecho que encaje en cualquiera de esos cinco supuestos lleva consigo esta agravación específica.

3. Otra modificación importante en este art. 370 realizada por la mencionada LO 15/2003 es la relativa a la pena, ahora la superior en 1 ó 2 grados a la señalada en el art. 368, cuando en el texto anterior se preveía la pena privativa de libertad superior en un grado respecto de las señaladas en el art. 369 (1 grado más que las del 368) y una multa de tanto al séxtuplo del valor de la droga.

Así pues, respecto de la pena de prisión, ahora hay una discrecionalidad mucho mayor para su determinación que antes de la última reforma: antes había que imponer forzosamente la pena de prisión superior en dos grados a la del art. 368, mientras que ahora cabe optar entre subir uno o dos.

4. Veamos ahora por qué entendemos nosotros que fue mal aplicado al caso presente este art. 370.3º:

A) Como es obligado por la forma en que aparece redactado este primer inciso del art. 370.3º, para apreciar si hay extrema gravedad por razón de la cantidad hemos de partir, tratándose del derivado del Cannabis aquí aprehendido, el **hachís**, de la cifra de dos kilogramos y medio (**2,5 Kg.**), que es aquella a partir de la cual ha de apreciarse ahora la agravación del art. 369.1.6ª (cantidad de notoria importancia), según conocida doctrina de esta sala aplicada a partir de nuestra reunión de pleno de 19 de octubre de 2001.

B) Nos parece razonable que esta sala adopte un criterio cuantitativo, aplicable a toda clase de sustancias estupefacientes, que parta de la cantidad que tenemos determinada para cada una de ellas y la multiplique por una cifra determinada, a partir de la cual deja de aplicarse el art. 369.1.6ª y se aprecie esta extrema gravedad del inciso 1º del art. 370.3º.

Existen muchas resoluciones de esta sala que vienen haciendo referencia a la cifra de **mil veces más** para fijar la cantidad a partir de la cual ha de aplicarse el art. 370, en su anterior redacción: antes de la LO 15/2003 como criterio básico para tal aplicación y, ahora, tras esta última modificación legal, como criterio único. Véanse las sentencias nuestras 108/2001 de 29 de enero, 1422/2001 de 10 de julio, 1850/2002 de 3 de diciembre, 204/2003 de 15 de febrero, 1323/2003 de 17 de octubre, 808/2005 de 23 de junio, 410/2006 de 12 de abril y 909/2007 de 31 de octubre que utilizan este porcentaje de mil veces más en este punto.

Citamos también aquí otras resoluciones de esta sala, a su vez citadas en uno de los recursos que estamos examinando, la 1439/05 de 21 de marzo, que no aplicó esta superagravante de extrema gravedad cuando se trataba de 2569 kilogramos de hachís y otra, la 966/2006 de 5 de octubre, la cual en un caso de 1792 kilogramos de hachís tampoco la apreció.

5. En el caso presente nos encontramos con un cargamento de hachís de 73 fardos que alcanzaron un peso bruto de 2336 kilogramos, según aparece al folio 11 de las diligencias previas. Solo habría de apreciarse esa agravación del art. 370.3º por extrema gravedad en cuanto a la cantidad (inciso 1º) si el peso neto de hachís hubiera sido superior a los 2500 kilogramos, conforme al criterio de multiplicación por mil de la cifra requerida para aplicar el art. 369.1.6º al que acabamos de referirnos, que es, repetimos, la de 2,5 kilogramos para esta clase de sustancia estupefaciente, según reiterada doctrina de esta sala a partir del acuerdo tomado por el pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de octubre de 2001». (F. J. 5º)

### **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL. Se incluyen tanto las cuotas empresariales como las obreras.**

Recurso: Casación nº 761/2007

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1017/2007 de fecha 15/11/2007

«..Se aduce que los acusados carecían del ánimo de defraudar. Pero ello significa contradecir los componentes fácticos, tanto corporales como síquicos (o juicios de valor), contenidos en la sentencia, que, como hemos explicado, deben ser mantenidos.

También se aduce que los acusados no eran administradores, volviendo sobre que no tuvieron dirección o gestión económica; asunto sobre el que ya hemos tratado.

Y se dice que se han contabilizado, para determinar la cuantía de lo defraudado, tanto las cuotas empresariales como las obreras, cuando éstas debieran ser deducidas de aquélla cuantía, con lo que la defraudación no alcanzaría los 120.000 euros a que se refiere el art. 307.

No es así. La doctrina jurisprudencial -sentencias de 24/11/1997 y 21/11/1997, TS- señala que han de comprenderse todas las cuotas, tanto empresariales como obreras.; sin que, atendido el art. 8.1ª CP, que recoge el principio de especialidad, pudiera entenderse que el art. 307.1 quedara limitado a las cuotas empresariales para reconducir las cuotas obreras a la apropiación indebida que tipifica el art. 252; (descartada la impunidad en cuanto a la defraudación afectare a la cuotas obreras, como sostiene alguna corriente extrajurisdiccional)». (F. J. 10º)

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Art. 318 bis CP. Entrada de Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea.**

Recurso: Casación nº 768/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 15/2008 de fecha 16/01/2008

«...

En nuestra STS 635/2007, 2 de julio -con cita de la sentencia de esta misma Sala 484/2007, 29 de mayo, a la que también se han adscrito las SSTS 803/2007, 3 de octubre y 605/2007, 26 de junio-, se aborda la incidencia que este mismo tipo penal ha tenido respecto de los ciudadanos rumanos, incorporados a la Unión Europea en virtud de la reforma operada por el Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En esa resolución se aplica el criterio fijado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007, que acordó la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del art. 318 bis del CP, cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea. En ella recordamos que, en supuestos como el presente, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000, 11 de enero), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales.

Conviene recordar que el Tratado de Adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del "acervo comunitario", lo que incluye el denominado "acervo de Schengen" desde el momento de la adhesión. En el particular que interesa a la

presente resolución se destaca en el Anexo II del Tratado, con relación a Convenios, Tratados, Directivas que integran el derecho a la libre circulación y los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y el Anexo VII del Tratado de adhesión, al disponer que no obstante esa vigencia "hasta el final del período de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicaran medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales rumanos a sus mercados de trabajo", medidas que serán revisadas por el Consejo, sobre la base de un informe de la Comisión. Estas cláusulas de salvaguarda a la libre circulación de trabajadores podrán ser activadas en el plazo de dos años, aplicable a otros tres y, sucesivamente, otros dos, cada vez con mayores limitaciones.

Estas determinaciones de los Tratados de Adhesión se complementan con una "Declaración conjunta de los Estados miembros actuales" por la que se comprometen a "procurar brindar a los nacionales rumanos un mayor acceso al mercado laboral con arreglo a su derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales rumanos en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Rumanía. Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores".

El Gobierno español, en la reunión del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Interior, acordó la adopción de medidas limitativas a la libre circulación de trabajadores rumanos, que se concretan en la actuación de la cláusula de salvaguarda a la que el Tratado se refiere en su Anexo VII, durante un plazo dos años que "se aplicará de forma flexible, para que, si la evolución del mercado de trabajo español lo permite, pueda reducirse la duración máxima". Al tiempo, se compromete a "avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación de la práctica comunitaria sobre libre circulación de trabajadores", pretendiendo un período de transición más corto, que sitúa en un año, a cuyo efecto realizará una evaluación de la situación al final del primer año de vigencia de la cláusula de salvaguarda actuada. El 29 de diciembre de 2007, el Consejo de Ministros adoptó un nuevo Acuerdo por el que se establece la continuidad durante 2008 del período transitorio en relación con la libre circulación de trabajadores de la República de Bulgaria y de Rumanía.

De cuanto llevamos señalado interesa destacar: el derecho a la libre circulación de los ciudadanos es una de las libertades fundamentales que ampara la legislación comunitaria, e incluye el derecho a vivir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros de la Unión. La libertad de desplazamiento en el territorio de la Unión tiene una doble dimensión, de los ciudadanos y de los trabajadores por lo que se integra como un derecho fundamental de la ciudadanía y un elemento esencial en la configuración del mercado interior de la Unión.

Como derecho de los ciudadanos la libre circulación rige desde la adhesión. Sin embargo, sólo en lo referente al acceso de los trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo puede acordarse la cláusula de salvaguarda en los términos antes señalados, cláusula que ha actuado el Gobierno español por un plazo máximo de dos años, si bien con posibilidad de ser revisado en el primer año de vigencia y que sólo afectará a trabajadores por cuenta ajena, quienes requerirán un permiso de trabajo durante ese plazo.

Conforme al art. 1 del Real Decreto 240/2007, 16 de febrero -que ha derogado el RD 178/2003, 14 de febrero-, es objeto de esta norma regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Pues bien, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo (art. 3). Y la entrada en territorio español del ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular (art. 4) (BOE núm. 51, 28 de febrero 2007).

Cuanto antecede conduce a un obligado desenlace, a saber, la falta de encaje en el art. 318 bis 1 del CP de la conducta descrita en el juicio histórico. No puede sostenerse la existencia de un tráfico ilegal o de una inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros cuando estos mismos ciudadanos tienen derecho a entrar en el territorio por cuyas fronteras acceden. Tal conclusión no se altera por el hecho de que existan o hayan existido restricciones administrativas, no a la libre entrada, sino a la libre incorporación en el mercado de trabajo. El carácter ilegal o la naturaleza clandestina de los flujos migratorios representa un elemento normativo del tipo, cuyo alcance no puede ser precisado de espaldas al entramado normativo que define y desarrolla los términos del estatus de ciudadano europeo y los límites de los derechos de libre circulación y residencia. De ahí que, con independencia de la fecha en que tales hechos fueron cometidos, la sobrevenida desaparición del bien jurídico tutelado respecto de aquellos ciudadanos que se han convertido en europeos de pleno derecho, obliga a la estimación del motivo.

Ni entonces ni ahora, ha sido objeto de consideración por esta Sala la posibilidad de aplicación del art. 313.1 del CP, no solicitado por las acusaciones». (F. J.1º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Competencia de la jurisdicción española.**

Recurso: Casación nº 10424/2007 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 122/2008 de fecha 18/02/2008

«...El motivo no puede prosperar, pues, como se pone de manifiesto, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, para pronunciarse sobre esta cuestión, es preciso tener en cuenta: a) que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad Internacional que, de ordinario, guarda una relación muy próxima con la denominada “delincuencia organizada transnacional”; b) que la Convención de 15 de noviembre de 2000, persigue –como se expresa en su artículo 1- “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”; c) que el Protocolo que complementa la anterior Convención establece, en su artículo 7, que “los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar”; d) que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar establece que la navegación por alta mar “se ejercerá en las condiciones fijadas en esta Convención y por las otras normas de derecho internacional” (v. art. 87.1); y, e) que el art. 4 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 establece que “todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarboles su bandera”, previniéndose en el art. 12.2 de dicha Convención que “el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar”.

Es preciso, además, tener en cuenta también que el delito por el que ha sido condenado el aquí recurrente (art. 318 bis, apartados 1º y 3º del C. Penal) es uno de los denominados delitos de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, por lo cual cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Por lo demás, al regular “la extensión y límites de la jurisdicción”, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: “los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte” (art. 21.1 LOPJ); y que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando se trate de cualquier delito “que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España” [v. art. 23.4, h) LOPJ].

Llegados a este punto, hemos de tener en cuenta: 1º) que la embarcación en que viajaban los acusados y los noventa y cuatro pasajeros subsaharianos carecía de pabellón (v. HP); 2º) que todos los pasajeros de dicha embarcación se dirigían hacia las Islas Canarias con la pretensión de penetrar clandestinamente en territorio español; 3º) que la embarcación fue localizada a la deriva, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, al habersele

agotado el combustible (v. HP); 4º) que, por las razones expuestas, el delito por el que han sido condenados los acusados se había consumado antes de ser localizada la embarcación y remolcada a un puerto español; y, 5º) que no consta que ningún Estado haya pretendido el conocimiento de este hecho por sus Tribunales.

Por todo lo expuesto, es evidente que la jurisdicción española está legitimada para el conocimiento del hecho objeto de la presente causa. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado». (F. J. 2º)

## **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración ilegal. Supuestos que abarca.**

Recurso: Casación nº 10585/2007 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 152/2008 de fecha 08/04/2008

«..doctrinal y jurisprudencialmente se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

El precepto penal concernido fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, integrando todo el T. XV Bis "Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros" creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado, y lo recuerda la STS de 28-9-2005, nº 1059/2005, que "el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadores de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000 de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000 de 22-12, 11/2003 de 29-9 y 14/2003 de 20-11), concretamente en el Título II: "Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros" y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001, con texto vigente aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre.

Con carácter general el art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y *acreditar medios de vida suficientes* para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Igualmente se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal".

Esta Sala ha dicho, tal como recuerda la STS nº 380/2007, de 10 de mayo, que: "La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio)".

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 1595/2005, de 30 de diciembre, que afirma: "basta con que el ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo el verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución"; y la sentencia 1381/2005, de 20 de enero que establece: "el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes"». (F. J. 4º)

### **DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Resolución judicial que despacha ejecución en virtud de escritura pública. Conducta atípica.**

Recurso: Casación nº 434/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 937/2007 de fecha 21/11/2007

«La exclusión del tipo penal cuya aplicación postula la recurrente se funda en la sentencia recurrida en una consideración: la falta de título de la obligación que reúna las condiciones del previsto en el tipo penal.

El debate en el caso que ahora juzgamos se centra por ello en determinar si reúne la condición típica la resolución judicial que despacha ejecución en virtud de la escritura pública por la que el acusado se obligaba, en pacto con la madre de sus hijos y con la que había mantenido relación de afectividad estable, a pagar alimentos a dichos hijos.

No es difícil advertir una substancial diferencia entre tal tipo de resolución (despacho de ejecución) que se limita a valorar como título ejecutivo un acuerdo respecto del cual carece el Juzgador de toda facultad de control a efectos de homologación, y la resolución a que se refiere el tipo penal, caracterizada porque la Autoridad Judicial efectúa una valoración de las circunstancias concurrentes para decidir, con buena autonomía respecto a la voluntad de los sujetos obligado y acreedor de la prestación.

De ahí que el tipo penal utilice el verbo **establecer** como contenido de la resolución judicial cuya inobservancia permite calificar de típica la conducta del incumplidor.

Es obvio que no tiene igual significación antijurídica el incumplimiento de una obligación únicamente configurada por la voluntad de sujetos contratantes, sin sometimiento a homologación judicial, que incumplir la obligación que, aunque responda a la misma función, se configura desde la imparcialidad del titular de la potestad jurisdiccional.

En el caso presente, la prestación cuya insatisfacción se denuncia es meramente contractual y la ejecución se despacha por resolución jurisdiccional que atiende a los requisitos del título pero no a los criterios con que la obligación se configura en el marco de los procesos a que la norma penal hace referencia». (F. J. 2º)

### **DELITO DE ATENTADO. Médico de la Sanidad pública.**

Recurso: Casación nº 759/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1030/2007 de fecha 04/12/2007

«.5. La intervención de los poderes públicos en orden a la satisfacción de los intereses públicos relacionados con la salud, con sometimiento al Derecho Público, no solamente resulta de las disposiciones de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

La legislación vigente deposita en manos de los facultativos el ejercicio de facultades que implican una cierta capacidad de coerción con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Así, por ejemplo, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, dispone que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

También son de interés las previsiones contenidas en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en cuyo artículo primero ya se dispone que “esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal”, resultando aplicable, según el artículo 2 al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de

las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

6. Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Código Penal. Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador. (F. J. 1º)

1. En el caso, el Tribunal acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase. Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, “conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad”. El Ministerio Fiscal, por el contrario, sostiene que se trata de funciones públicas y que dados los hechos el acusado conocía el carácter público de la actuación del agredido.

El primer aspecto encuentra respuesta en las consideraciones efectuadas con anterioridad. Como ya se ha dicho, las disposiciones legales vigentes, especialmente las contenidas en la Ley 14/1986, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, ponen de manifiesto la existencia de toda una serie de actuaciones relacionadas con la protección de la salud pública, como finalidad reconocida en el citado precepto constitucional, que son encomendadas a los poderes públicos quienes actuarán a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2 CE), estando reguladas por normas de carácter administrativo, a las que asimismo quedan sujetos quienes las prestan. Por lo tanto, debe ser considerada como una función pública a los efectos penales.

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, en cuanto a los médicos de la sanidad pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública, excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado. Sin embargo, tal distinción no encuentra precedentes en la

jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en que consiste la prestación asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica.

2. La segunda cuestión ha de relacionarse con las particularidades del caso concreto. En el hecho probado se establece que el acusado era paciente del agredido, Médico del Centro de Asistencia Primaria, y que le había atendido extrayéndole una pieza dentaria. Los dos actos agresivos tuvieron lugar tras acudir el acusado a las inmediaciones del referido Centro y claramente en relación con la actividad sanitaria del médico prestada con anterioridad.

Por lo tanto, dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un Centro Público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actuación filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública». (F. J. 2º)

## **DELITO DE DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA Y MUNICIÓN. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 1557/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 115/2008 de fecha 26/02/2008

«...

6. En relación a la cuantía de las municiones algunas resoluciones judiciales se han fijado en la normativa administrativa, con el objeto de diferenciar entre la infracción penal y administrativa, acudiendo al Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, en cuyo artículo 212.1, tras regular la forma en que los titulares de licencias de armas pueden adquirir cartuchos, dice: "En ningún caso se podrá tener en depósito un número superior a 200 cartuchos". Respecto de las armas

cortas, el apartado 2º del mismo artículo dice que "el número de cartuchos que puede tenerse en depósito para arma corta no será superior a 150", constituyendo infracción grave (art. 294 c) la tenencia de explosivos o cartuchería en cantidad mayor de la autorizada.

La existencia de un ámbito de infracciones administrativas en este campo obliga a coordinar dicho conjunto normativo con el Derecho Penal, entendiéndose que el Derecho Penal es la última ratio en cuanto a la reacción sancionadora. No se puede, desde luego, afirmar sin más que a partir de 200 cartuchos acumulados existe depósito, colmándose de esa guisa la tipicidad penal, pues de ello resultaría que no se podría establecer en modo alguno la diferencia entre la infracción administrativa (arts. 293 y siguientes del mentado RD) y la penal, extremándose la situación si tenemos en cuenta que la propia legislación administrativa distingue, a su vez, entre las infracciones leves, graves y muy graves". La STS 210/2003, de 17 de febrero indica que no constituye delito la posesión de 4.725 cartuchos para armas largas, teniendo en cuenta que quien las poseía era un cazador con numerosas armas legalizadas. Sin embargo, la nº 492/2006 de 9 de mayo, sí considera depósito la acumulación de 2.000 piezas de munición.

Ciertamente las municiones que contempla el presente supuesto no son de caza, sino de guerra, pero tal cuestión ya viene contemplada al penar su posesión, en caso de constituir delito, de forma más grave. Ahora bien, ni por la cuantía, ni por la forma de posesión, sustraídas en 1991 cuando el acusado hacía el servicio militar y con las características ya descritas por el GEDEX, se puede decir que supongan un peligro o el riesgo comunitario a que se refiere la mencionada sentencia de 17 de febrero de 2003.

Tampoco debería pasarse por alto, en armonía con el bien jurídico protegido, la aptitud objetiva para ser utilizada la munición y la voluntad inequívoca del poseedor de hacerlo o no. En nuestro caso, no se halla en el mercado el fusil ametrallador Cetme, y dudamos que todavía dicha arma subsista y no haya sido sustituida en el ejército por otra u otras, dados los avances técnicos en esta materia.

7. Como conclusión a todo lo dicho hemos de decir que las municiones aprehendidas al acusado no constituyen depósito ni de armas ni de municiones, por el que venía siendo acusado, lo que hace deba estimarse el motivo, decretando la absolución». (F. J. 1º)

#### **DELITO DE DESOBEDIENCIA. Incumplimiento de sentencia. Art. 410 CP.**

Recurso: Casación nº 408/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 54/2008 de fecha 08/04/2008

«...

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha llegado a la conclusión de que la desobediencia imputada a los tres acusados careció de

relieve penal. El argumento jurídico clave para afirmar la exoneración de responsabilidad se expresa en el primero de los párrafos del FJ 2º. En él se razona en los siguientes términos: “...de la redacción de los hechos probados, ya se deduce que, de inicio, se ha de descartar el supuesto de negativa abierta y directa, pues ésta nunca se ha formulado expresamente, debiendo resaltarse que a cada notificación o requerimiento de la Sala Especial del Tribunal Supremo se fue contestando por el imputado señor Atutxa como Presidente del Parlamento Vasco entonces y nunca se menciona tal negativa, sino que, por el contrario, en algunas ocasiones expresamente se manifiesta que no se quiere incurrir en desobediencia alguna (por ejemplo, en la comunicación del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de fecha 30 de junio de 2003)”.

Este fragmento sintetiza el criterio del Tribunal de instancia para negar la falta de tipicidad de la conducta de los imputados. De su lectura se desprende, pues, que el delito de desobediencia no puede afirmarse por tres razones básicas: a) no existió una negativa abierta y directa, ya que nunca se formuló expresamente tal negativa; b) todos los requerimientos que dirigió el Tribunal Supremo al Presidente del Parlamento fueron contestados sin mencionar aquella negativa; c) incluso, en la respuesta de la Mesa del Parlamento Vasco de fecha 30 de junio de 2003, José María expresó de forma manifiesta que no quería incurrir en delito de desobediencia.

El problema radica, a juicio de esta Sala, en que ninguna de esas circunstancias tiene entidad suficiente para descartar la existencia del delito.

En efecto, argumenta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que no existió una negativa abierta y directa porque nunca fue formulada de forma expresa esa negativa. Tal línea de razonamiento no es aceptable, en la medida en que identifica negativa abierta y directa con negativa expresa. Nada de eso se desprende del art. 410.1 del CP, ni de la jurisprudencia de esta Sala que ha interpretado el alcance de ese precepto. Conviene tener presente que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal *a quo* denomina *expresa y directa*. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos.

Afirman también los Jueces de instancia, como elemento esencial para negar la existencia de delito, que el imputado José María Atutxa contestó a todos los requerimientos formulados por la Sala Especial del Tribunal Supremo. De nuevo el Tribunal Superior de Justicia atribuye carácter decisivo a un hecho que, lejos de excluir la tipicidad, refuerza la idea de su concurrencia. En efecto, cuando la diligente respuesta a todos y cada uno de los requerimientos del Tribunal Supremo, no va acompañada de la aceptación del mandato que de aquellos emana, la réplica se convierte en una camuflada retórica al servicio del incumplimiento. De aceptar el argumento ponderado por el Tribunal *a quo*, habríamos de reconocer la existencia de una singular forma de exclusión de la antijuricidad en todos aquellos casos en los que la ejecución de lo resuelto es

sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumentos con los que enmascarar la conducta desobediente.

El tercer bloque argumental sobre el que el Tribunal Superior de Justicia construye la atipicidad del hecho, se basa en que en ninguno de los oficios dirigidos por el Presidente del Parlamento Vasco al Tribunal Supremo se mencionó la voluntad de incumplir, incluso, en el que fue suscrito con fecha 30 de junio de 2003, se dice expresamente que *no se quiere incurrir en desobediencia*. De nuevo se impone el rechazo de esa línea argumental. La concurrencia del delito de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 del CP, depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad. Todo ello sin olvidar que, según se desprende del juicio histórico, el oficio en el que se proclama el deseo de no incurrir en el delito de desobediencia, está firmado casi tres meses después (30 de junio 2003) del primero de los requerimientos formulados por el Tribunal Supremo (7 de abril 2003).

En definitiva, el carácter abierto de la negativa de los tres acusados a dar cumplimiento a la resolución emanada del órgano judicial competente es manifiesto. Su concurrencia no puede negarse enfatizando aspectos que carecen de incidencia en el juicio de tipicidad. El carácter no expreso de esa negativa, la puntual respuesta a los requerimientos dirigidos por el Tribunal Supremo y, en fin, la afirmación de que no se quiere incurrir en delito, no son suficientes para descartar la concurrencia de los elementos del tipo descrito en el art. 410.1 del CP.

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de fijar el alcance de la expresión *abiertamente*. Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (STS 1203/1997, 11 de octubre).

III.- Esta Sala estima que el alcance jurídico-penal de este precepto no puede entenderse sin la referencia que proporciona el apartado 2 del mismo art. 410. En él se dispone que “... *no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que*

*constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general*”. Se consagra así una verdadera causa de justificación respecto de aquellas conductas que impliquen la negativa a cumplir una resolución antijurídica y que, por su desviación respecto de los principios que definen el funcionamiento de nuestro sistema constitucional, no generan el deber de acatamiento.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco descarta que el requerimiento emanado de la Sala Especial del Tribunal Supremo pueda ser calificado como una infracción del ordenamiento jurídico susceptible de activar la causa de justificación antes mencionada. Aquellas resoluciones judiciales – se razona en el FJ 1º- habían sido dictadas por el Tribunal Supremo en el ámbito de su competencia y estaban revestidas de las formalidades legales: *“...aún y asumiendo la pendencia ante el Tribunal Constitucional de varios recursos contra algunas de aquellas resoluciones, como es el caso, no cabría considerar tal excepción en este caso y de hecho, en juicio, ya nada se planteó sobre tal extremo (sic)”*.

Tampoco cuestionaron la cobertura legal que la LO 6/2002, 27 de junio podía ofrecer para la aplicación de ese efecto extensivo. En suma, ni el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ni la defensa de los recurridos, consideraron que los sucesivos requerimientos dirigidos a los imputados fueran expresión de una *infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general*. Lo que motivó el rechazo del mandato emanado del Tribunal Supremo –a la vista de las alegaciones de las partes, del juicio histórico y del razonamiento jurídico de la Sala de instancia- no tuvo relación con el fundamento de la resolución, sino con la supuesta imposibilidad de su cumplimiento.

Es claro, pues, que si la propia Sala de instancia reconoce que el requerimiento formulado por el Tribunal Supremo había sido dictado en el ámbito de las estrictas competencias que incumben a la Sala Especial del art. 61 y aparecía formalmente revestido de todos los requisitos exigidos para su eficacia, habría debido concluir que no cabe oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido». (F. J. 2º)

## **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Diferencias con delito de coacciones.**

Recurso: Casación nº 1543/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 790/2007 de fecha 08/10/2007

«El delito de coacciones, definido en el art. 172 del Código penal, se caracteriza por el compelimiento al sujeto pasivo para impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o para compelerle efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto. Es evidente el género, respecto de otros, particularmente la detención ilegal, cuando de privación de libertad se trata, que es la especie. Cuando se atenta contra el valor libertad, constitucionalmente proclamado, en su vertiente de libertad de movimientos, difícilmente podrá concurrir aquél, porque el concurso de normas se ha de solucionar conforme al principio de especialidad. En efecto (cf. STS 285/2004, de 5 de marzo), los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son “encerrar” y “detener”. En ambos casos, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se *obliga a la inmovilidad* (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido –o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico “encierro”. Y que esa privación de libertad sea ilegal.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

Los jueces “a quibus” parecen querer ver solamente el encierro en una habitación, a modo de celda carcelaria, como el único modo de comisión delictiva del tipo definido en el art. 163 del Código penal. Pero también satisface las exigencias de tal tipo penal la “detención”, es decir, la privación de

movimientos, que en este caso está caracterizada por una clara e inequívoca situación de intimidación (incursa en el marco intimidatorio que se describe en la sentencia recurrida), y que, sin embargo, no dejan de apreciar (en este caso, correctamente), en el relato fáctico de lo sucedido. Es por ello que el Ministerio Fiscal, con todo acierto, argumenta que, aun considerando que no se ha producido ese “encierro” en una habitación concreta, como parecen descartar los jueces “a quibus” al finalizar el tercer hecho probado, el conjunto de hechos que el Tribunal declara probados integran el delito de detención ilegal, y no el de coacciones por el que se condena. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala puntualiza que la distinción entre ambos surge de dos elementos sustanciales: en primer lugar, que se elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse; y en segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un periodo de tiempo mínimamente relevante, lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces, o bien en aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales, por solo poner dos ejemplos. Fuera de ello, el delito se consuma en el instante mismo en que se priva a otro de la libertad ambulatoria por cualquiera de los verbos nucleares «encerrar» o «detener», sin que requiera un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria.

En la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se concede relevancia a una primera salida para verificar una llamada telefónica, que termina no realizándose, sin valorar dentro de este delito de detención ilegal, la postura de temor que infunde Bey en la víctima, al punto que cuando le dice que tiene la puerta abierta, le advierte, sin embargo, que tendría 28 ojos vigilándola y que no tendría compasión con ella, añadiendo la víctima que “tenía tanto miedo que **decidió quedarse**” (lo que así recogen los jueces “a quibus” en su fundamentación jurídica). Quiere con ello decirse que la situación de temor real (derivado de las palabras de Jorge y de la navaja de la que tanta ostentación hacía delante de ella), convirtió a la víctima en una presa de la situación, de la que no se puede predicar una voluntad libre para **decidir** sus movimientos. No hay pugna ninguna, como también quiere la sentencia recurrida cuando afirma que no fue encerrada en momento alguno, “ni que fuese compelida a permanecer en el inmueble *pese a los llantos y ruegos para le permitiesen abandonarlo*” (la frase es también textual de la Audiencia Provincial de instancia), lo que demuestra, bien a las claras, lo poco sostenible del razonamiento de los jueces “a quibus”. Y aquí hemos de repetir lo que antes dijimos, que existió verdaderamente un evidente temor infundido por la actitud de Jorge Bey Romero, que esgrimiendo una navaja, y ante las frases similares a “tú, ver, oír y callar”, la generó “un importante temor”, según palabras textuales de los jueces “a quibus”, que “por miedo a sufrir represalias decidió permanecer en la vivienda”, y más adelante, tras acompañarla para que realizase una llamada telefónica, Jorge Bey Romero se situó a su lado “para controlarla”, “rompiendo a llorar la menor cuando inició la conversación”, e incluso, al aparecer fortuitamente un coche de policía, pidió que colocasen a la víctima en el centro del asiento posterior, sin duda con intención de

camuflarla. Previamente había sido privada de su teléfono móvil, lo que le impedía todo contacto con el mundo exterior, de donde se deduce, una vez más, la situación de detención ilegal. Y finalmente, dentro de la habitación en que se hallaba dicha víctima, y bajo la orden de “vamos a acabar con **esto**”, le inflige a Beatriz tan graves heridas con una navaja, a modo de *marca de res*, de forma escalofriante, marca de grandes dimensiones en la nalga derecha, que le provocan quemaduras de segundo y tercer grado, hasta autorizarla a **abandonar el domicilio** (palabras textuales de la sentencia recurrida), por todo ello, se produjo un episodio de detención ilegal, al menos en su última fase, que colma las exigencias típicas del art. 163 del Código penal, que será estimado conforme lo postulado en el art. 163.2 del Código penal, a cuyo tenor “si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado”.

Como dice la Sentencia 695/2002, de 17 de abril, la doctrina de esta Sala exige en la aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal, que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto activo, lo que se produce sobre la una de la madrugada del lunes, sin que haya tenido una duración de más de tres días». (F. J. 5º)

#### **DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL. Requisitos del art. 163 CP.**

Recurso: Casación nº 11189/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 856/2007 de fecha 25/10/2007

«El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico “encierro”. Y que esa privación de libertad sea ilegal.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

Requiere, pues, que se elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse.

La jurisprudencia de esta Sala puntualiza que para que quede absorbido (concurso de normas: art. 8.3 C.P.) el delito de detención ilegal en otros ilícitos, como por ejemplo el robo violento, se ha de partir de un elemento sustancial: que tal privación de libertad se haya extendido durante un periodo de tiempo mínimamente relevante, lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces, o bien en aquellas otras que han de

considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales. Fuera de ello, el delito se consume *en el instante mismo* en que se priva a otro de la libertad ambulatoria por cualquiera de los verbos nucleares «encerrar» o «detener», sin que requiera un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria.

Nada de ello ocurre en la narración fáctica, en donde consta un episodio de privación de libertad, introducción en un vehículo, *esposamiento*, golpes, huída del lugar inicial, persecución policial, y finalmente, desprendimiento de la víctima, que materialmente es arrojada en marcha, con las esposas puestas, en medio de una carretera. Ni puede ser absorbido todo ese episodio en el robo, ni la construcción delictiva del concurso medial (pues no es preciso detener ilegalmente para robar, a modo de medio a fin), de manera que el concurso real no pudiera ser en modo alguno descartable, a pesar de lo razonado de forma más favorable por la Sala sentenciadora de instancia, en concurso medial, como ya hemos expresado». (F. J. 3º)

#### **DELITO DE RECEPCIÓN. Disfrutar efectos sustraídos por conviviente.**

Recurso: Casación nº 10203/2007 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 804/2007 de fecha 10/10/2007

«El hecho probado refiere que la condenada convivía con el otro acusado, autor de los delitos de robo, que era la titular del arrendamiento del piso en el que residían y guardaban los efectos procedentes de los delitos antecedentes los cuales eran disfrutados por ambos. Esas expresiones de la conducta de la acusada no es típica del delito de receptación. El art. 295 del Código penal se conforma, desde la tipicidad objetiva, sobre la realización de unos hechos sobre los efectos procedentes de un delito contra el patrimonio consistentes en ayudar, recibir, adquirir u ocultar. Para dar contenido a esas expresiones típicas ha de relacionarse en el hecho probado la conducta que suponga la realización por la acusada de un acto causal de receptación, distinta del actuar de su conviviente, autor de los robos antecedentes.

En una reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 64/2003 de 21 de enero, hemos declarado que "aún admitiendo que la recurrente fuera concedora de las actividades del marido, si no colaboró con ellas o realizó cualquiera de los actos típicos que establece el art. 298, no puede ser objeto de condena ya que a esta no la afecta la obligación de denunciar al marido dada la relación parental o de convivencia que existe (art. 261 LECRim.).

Por lo tanto la mera convivencia no permite la subsunción siendo precisa una conducta causal a la realización del delito. Desde el plano de la causalidad, comprobamos que la conducta de ella en el hecho probado, es la de ejercer como titular de un arrendamiento de la pareja y, nos dice el hecho probado, disfrutar de los bienes. Esos actos aún suprimidos eventualmente

(conditio sine qua nom) no supondrían una alteración de la situación de los bienes. Por otra parte, el hecho de alquilar la vivienda es un acto equívoco, para la convivencia de la pareja y para el almacén de los efectos. El disfrute de los bienes no aparece concretado en el hecho como acto típico de receptación, como podría ser la venta o cualquier acto que implique un aprovechamiento económicamente evaluable. Esa falta de concreción del acto de aprovechamiento típico de la receptación hace que el hecho probado no pueda ser subsumido en el tipo penal objeto de la condena». (F. J. 3º)

### **DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN Y DETENCIÓN ILEGAL. Concursos posibles.**

Recurso: Casación nº 10362/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1020/2007 de fecha 29/11/2007

«...La Sala sentenciadora de instancia, ante las diferentes construcciones jurídicas posibles, se decantó, con cita de jurisprudencia de esta Sala Casacional, por entender que los hechos eran constitutivos de un concurso de delitos, de naturaleza medial o instrumental. Pues, bien, la jurisprudencia consolidada de esta Sala en relación con la cuestión suscitada, distingue en el plano teórico nítidamente tres situaciones distintas. Así, la STS 337/2004, con cita de copiosa jurisprudencia precedente, definiendo la relación del delito de robo con intimidación y el de detención ilegal, expone que existirá concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de *mínima duración temporal*, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad *estrictamente necesarios* para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que sólo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (artículo 8.3 CP) (también SSTS 1632 y 1706/2002, 372/2003 o 931 y 1134/2004), como ocurre en los casos de mínima privación de libertad en caso de acudir a un cajero automático, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala. Debemos señalar a este respecto que es indiferente que el propósito del sujeto activo sea desapoderar a la víctima de sus bienes muebles, en la medida que ello no implica la ausencia del dolo propio de la detención ilegal (basta que la acción sea voluntaria y el conocimiento del agente abarque el hecho de la privación de libertad), pues el mencionado propósito no es otra cosa que el móvil que guía al autor y la trascendencia de su conducta no puede quedar a expensas de la mera discrecionalidad del mismo. En segundo lugar, precisamente en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal (en su modalidad medial) siempre que aquélla (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la

mínima privación momentánea de libertad insita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (artículo 77.1 CP) la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso *indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores*, la relación de concurso ideal (artículo 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos. Por último, el concurso real entre ambos delitos se dará cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma el alcance del concurso medial (encerrar o inmovilizar a la víctima indefinidamente con independencia del tiempo empleado para perpetrar la acción de desapoderamiento)». (F. J. 4º)

#### **DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Elementos.**

Recurso: Casación nº 627/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 960/2007 de fecha 29/11/2007

«..La doctrina científica y jurisprudencial considera este delito como un delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma, de suerte que la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas, es elemento normativo afectante mas bien a la antijuricidad, exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir, la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma. Como elemento sujeto atinente a la culpabilidad se exige el animus posidendi, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma (SSTS. 709/2003 de 14.5, 201/2006 de 1.3).

Su objeto material lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para defenderse, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora (STS. 8.2.2000), bien entendido que si bien el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo. La aptitud para el

disparo se debe apreciar de forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma. en la medida en que la dificultad del disparo es reparable, lo que se debe juzgar sobre la base de la experiencia glacial y no implica una inutilización definitiva de la misma, su tenencia se subsume en el tipo penal.

Por ello el bien jurídico lo es no sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria antes mencionadas, para los que les pone un grave riesgo y peligro con instrumentos aptos para herir, o incluso matar, que se hallan en mano de particulares sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia. La guía de pertenencia se encuentra dentro de los amplios términos "licencias o permisos necesarios" exigidos en el art. 564 (STS. 23.3.99).

Es un delito de propia mano que comete aquél que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición a pesar de que físicamente no pudiera ser detentada más que por uno solo si de la generación de un delito subsiguiente se tratare (SSTS. 1.6.99, 2.6.2000, 16.12.2002, 30.4.2003 y 17.6.2007), siendo lo importante a estos efectos, prescindiendo de que con el arma se llevan a cabo cualquier otra infracción, siendo lo importante se repite, que ese goce plural, en cuanto a los sujetos intervinientes, sea consecuencia de su común conocimiento, de una tácita unión de voluntades, de una especie de "societas scaelaris" que lleva en fin todos los copartícipes a una responsabilidad por participación compartida (STS. 14.5.93)». (F. J. 3º)

#### **DELITO ELECTORAL. Alegación de objeción de conciencia.**

Recurso: Casación nº 672/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1095/2007 de fecha 28/12/2007

«...Por infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.) en el correlativo ordinal estima indebidamente aplicado el art. 143, en relación al 137 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985.

1. Alega ahora que no fue consciente de que el mandato legal fuera imperativo y la obligara al cumplimiento de los deberes electorales, ya que al presentar un escrito de alegaciones a la Junta sobre objeción de conciencia, quedaba a su juicio desvinculado de tales deberes, aunque la Junta Electoral de Zona no acogiera la excusa.

Al haber advertido a la Junta que por la razones que exponía en su escrito no estaba dispuesto a cumplir con la obligación para la que se le requería, se despreocupó del asunto, en la confianza de que sería nombrado otro ciudadano para suplirle. Ello le colocaba en una situación de error vencible

o invencible respecto a la vigencia de la obligación (art. 14.3 C.P.), que -insiste- debió dejarse sin efecto, en tanto en cuanto estaba amparado en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica del art. 16.1 C.E.

2. El impugnante, en este motivo, realiza afirmaciones altamente significativas. Nos dice en este sentido que después de formular alegaciones ante la Junta Electoral de Zona se desentendió del problema, y a su vez reconoce que en su declaración dijo haber tenido conocimiento de la obligatoriedad de los deberes como se desprendía de la orden recibida, pero a pesar de ello, hecha la advertencia a la Junta, creía que quedaba excluida la comisión de cualquier delito.

En realidad la libertad ideológica, que en todo momento le fue respetada, no libera de las obligaciones ciudadanas, que tienen su anclaje en la Constitución y más concretamente en la Ley Orgánica General Electoral.

El fundamento jurídico 1º de la sentencia expresa que el propio acusado ha reconocido los hechos, puesto que conocía la notificación de su nombramiento como vocal de una mesa electoral, sabía que el cargo era obligatorio y era consciente de las consecuencias de su incumplimiento, lo que de forma nítida excluye cualquier error sobre la obligatoriedad de la función a cumplir impuesta por ley.

El art. 16.1 C.E., que establece y ampara la libertad ideológica, no choca con el desempeño del cargo electoral que conforme a ley le fue asignado, ya que ello no le impide asumir o profesar cualquier opción en el campo de las ideas y del pensamiento, e incluso, prescindir del ejercicio del derecho de sufragio activo o pasivo, pero como ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas esenciales que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano. Sobre este particular ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencia nº 1054 de 4-10-2004.

No existió ningún error, ni la conducta omisiva estuvo justificada, circunstancias que excluyen cualquier desviación o equivocación en el juicio de subsunción.

El motivo ha de declinar. (F.J. 2º)

...Los motivos 3º y 4º reiteran la misma queja y con sede en el art. 849-1º L.E.Cr., estiman inaplicada la eximente del art. 20.5º o 7º, bien como completa o como semieximente del art. 21-1º, en relación con los primeramente citados, todos del C.Penal.

1. Nos dice el impugnante que en el propio procedimiento quedó acreditado que es miembro de la Coordinadora contra el abuso de poder, y ello implica profesar unas ideas que hacen no sentirse representado por este sistema político democrático. Al negarse al desempeño del cargo de vocal creía

estar actuando amparado en el ejercicio del derecho de libertad ideológica (art. 16.1 C.E.), consecuencia de un estado de necesidad moral que incidía en él.

2. La naturaleza del motivo obliga a ceñirnos estrictamente a los hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr.), en los que no existe mención o base alguna que permita construir una eximente o atenuante cualificada como pretende el recurrente.

El acusado no estaba contraído de modo que le fuera imposible desempeñar el cargo para el que había sido nombrado; ninguna necesidad le abocaba material y moralmente a incumplir tal obligación, que tuvo plenas posibilidades de ejercer sin condicionante alguno.

Como tiene dicho esta Sala, formar parte de una mesa electoral permite la más completa neutralidad política, ya que el voto no es obligatorio, limitándose el ejercicio a una actividad canalizadora o de control del voto ajeno. La propia combatida justifica certeramente que todo el mundo es libre para manifestar sus ideas y creencias, lo que no empece al cumplimiento del mandato legal.

Los motivos 3º y 4º han de decaer». (F.J. 3º)

#### **DELITO PROVOCADO. Agente encubierto.**

Recurso: Casación nº 10027/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 767/2007 de fecha 03/10/2007

«...Residenciado en el art. 5-4 L.O.P.J., en el motivo primero, denuncia vulneración del derecho fundamental a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, regulado en el art. 9-3 C.E., todo ello en relación al art. 282 bis L.E.Cr. y 11.1 L.O.P.J.

1. Como en los dos motivos anteriores, el objetivo último, ahora desde otra perspectiva impugnativa, es la intervención del guardia civil encubierto. En tal sentido se dice que dicho agente actúa:

a) sin autorización como tal agente.

b) provoca el delito investigado.

c) no se dan los requisitos exigidos para la designación de agente encubierto al no tratarse de delincuencia organizada.

Sigue afirmando que aunque tuviera tal policía conocimiento de la comisión de un delito los hechos no se ponen en conocimiento de la Comisaría hasta el 16 de noviembre de 2005.

No se acepta como verosímil la versión del agente y reputa más razonable y creíble lo declarado en su día por el mismo recurrente.

Concluye sosteniendo que el hecho de que el agente fingiera una relación de amor condicionó su conducta, justificando los esfuerzos por corresponder a un supuesto "novio", remitiendo fotos de vídeos pornográficos.

**2.** Las diversas objeciones planteadas van encaminadas a descalificar el material probatorio por haber contribuido a su obtención el agente encubierto.

En lo referente a la "tardanza" en poner en conocimiento de la Fiscalía y Juzgado competentes la investigación que se estaba realizando, ha de manifestarse con rotundidad que tal aserto comporta una visión parcial e interesada de lo realmente ocurrido.

Efectivamente, lo cierto es que los agentes de la autoridad, cuando realizan las labores habituales de vigilancia para prevenir la delincuencia informática tuvieron noticia casual de la existencia de un posible delito de difusión de pornografía infantil. Realizaron las investigaciones oportunas y, sólo cuando tuvieron la convicción de estar efectivamente en presencia de hechos presuntamente delictivos, confeccionaron el oportuno atestado que remitieron a la Fiscalía de la Audiencia Provincial donde se instruyeron las pertinentes diligencias informativas y, acto seguido, tras la denuncia en el Juzgado de Instrucción, las Diligencias Previas.

Tal método de proceder es absolutamente correcto y ninguna objeción puede merecer.

**3.** Otro tanto cabe decir del cumplimiento de las previsiones legales para acordar la designación de agente encubierto por parte de la autoridad fiscal, ratificada por la judicial.

Es cierto que el precepto prevé este especial modo de investigar para la delincuencia organizada y desde luego dentro de ella está previsto este delito (véase art. 282 bis nº 4 ap. b).

Respecto al carácter de delito organizado los hechos que se denuncian apuntaban a que existía más de una persona de tendencias pedofílicas, que desarrollaba tal actividad. Los hechos probados, en este trance procesal intangibles, hacen referencia a la primera o primeras conversaciones mantenidas entre el agente y el recurrente, a que este último remite varias fotografías pornográficas de sus archivos informáticos y le comenta la existencia de un "foro denominado la gran familia en el que un grupo organizado de personas mayores de edad fijaban sus encuentros con la participación de sus hijos menores para mantener con éstos relaciones sexuales"

Por su parte, con ocasión de la tramitación de las diligencias el fiscal en su escrito de 17-2-06 (folio 904) interesa la formación de dos piezas separadas

para la investigación de los hechos presuntamente delictivos imputables al recurrente por un lado, y por otro al resto de los imputados relacionados con el canal "IRC Sexotabú". A su vez la difusión e intercambio de pornografía supone la confección previa del material pornográfico, circunstancia que sugiere la intervención de otras personas.

Pero independientemente de todo ello, como bien razona el Fiscal, la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable.

...

**5.** Como conclusión a lo que acabamos de decir, es obvio que no puede confundirse el agente encubierto con el agente provocador.

Para que exista delito provocado es exigible, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación y deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal que nace ya viciada....."

En nuestro caso el delito lo había cometido ya el recurrente de forma libre y espontánea respecto a otra persona, circunstancia que llegó a conocimiento del agente policial, y ese primer delito suponía que el recurrente era poseedor de material pornográfico que facilitó a un tercero. Este hecho fue reconocido por el propio acusado.

Tampoco cabe hacer objeción alguna al primer material grabado que le remite al agente de la guardia civil, antes de su nombramiento como infiltrado. Por otra parte dicho agente fue moderado en los primeros contactos, hasta ganar la confianza del acusado, el cual poseía hasta el momento el dominio del hecho. El que en los últimos episodios delictivos fueran sugeridas por el agente policial las remesas de material pornográfico o se profundizara en los sentimientos del acusado para descubrir su pedofilia y la existencia de otros responsables, incluso el alcance y derivaciones del delito, o la captura de aquél, entran dentro de su cometido.

Pero es que además, la posible carga sugestiva de las conversaciones o contactos no puede ponerse en entredicho, por cuanto fueron grabadas las conversaciones posteriormente transcritas y no impugnadas, en las que podía conocerse el tono de los contactos y a partir de ellos confirmar o ratificar el testimonio del agente encubierto, en armonía precisamente con el contenido grabado y que ha de operar como prueba lícita y legítima con las demás para desvirtuar el derecho a la presunción e inocencia, que por cierto, el recurrente no ataca.

El motivo se desestima». (F. J. 4º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Acceso a los recursos, doctrina del Comité Europeo de la ONU.**

Recurso: Casación nº 11105/2006 P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 918/2007 de fecha 16/11/2007

«...Los recursos de ambos recurrentes son idénticos y pueden, por lo tanto, ser tratados conjuntamente. El primer motivo se basa en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la inconstitucionalidad de sistema de recursos de la LECr, que sólo prevé un recurso de casación, cuando el art. 14.5 del pacto de New York requiere que el fallo condenatorio y la pena puedan ser sometidos a un Tribunal superior conforme a lo dispuesto por la ley. Invoca la Comunicación nº 715/1996, de julio de 2000, en el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo que en el caso al que se refería dicha comunicación la revisión había sido insuficiente.

El motivo debe ser **desestimado**.

1. Con posterioridad a Comunicación nº 715/1996, de julio del 2000, el mencionado Comité consideró que la cuestión de la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto dependía de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y la valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 (en lo relativo a la revisión por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia de instancia; en lo referente a la condena impuesta por el Tribunal Supremo respecto a delitos absueltos en la instancia, el Comité considera que existió violación del Pacto por no poder someter la condena a revisión por un tribunal superior); y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006. En este sentido es de hacer notar que el tenor literal del art. 14.5 del Pacto deja en manos de los Estados que lo suscriben la regulación de los recursos y que en la medida en la que el razonamiento sobre la valoración de la prueba del Tribunal de instancia, la legalidad de las pruebas y de su obtención de las pruebas es objeto de la casación por infracción de ley, al menos desde 1988, y

que la medida de la pena es también un objeto admisible del recurso, por lo que no cabe sostener que el recurso de casación no cumple con las exigencias de la revisión "del fallo condenatorio" y "de la pena" que requiere el citado art. 14.5 del Pacto.

2. Prueba de ello es la admisión a trámite de los motivos segundo a quinto del recurso, en los que se cuestiona la prueba de los hechos en los que se fundamenta el fallo condenatorio. Dicho de otra manera: en el presente recurso de casación se discutirá la suficiencia y la legalidad de la prueba de los hechos». (F. J. 1º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia letrada a varios detenidos. Inexistencia de deslealtad profesional.**

Recurso: Casación nº 10895/2007 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 99/2008 de fecha 06/02/2008

«..La cuestión tiene una especial originalidad en cuanto que viene a suscitar una cuestión especial. Los tres acusados tuvieron inicialmente el mismo letrado, si bien posteriormente el recurrente decidió cambiar de asistencia técnica y el inicial abogado se quedó con la defensa de los otros dos. Sin dar el suficiente alcance a sus imputaciones el letrado que redacta este recurso acusa al primero de haber utilizado la información obtenida en la fase de investigación para utilizarla en contra del recurrente. Añade que puso los hechos en conocimiento de la Comisión de Deontología del Colegio de Abogados de Madrid y, a su vez, una denuncia que se tramita en un Juzgado de Instrucción de Madrid. Reconoce que la sentencia le ha dado contestación a este punto, pero no está de acuerdo con ella.

4.- Las prohibiciones establecidas por la ley se refieren exclusivamente a comportamientos que exigen el abuso de funciones para destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad. También se rechaza la revelación de actuaciones secretas.

El Código Penal (artículo 467), al hablar de la deslealtad profesional del Abogado, tipifica la conducta del que, habiendo asesorado o tomado defensa de una persona, posteriormente, sin su consentimiento defiende, en el mismo asunto, a quien tenga intereses contrarios. La sentencia soluciona el conflicto aparente, afirmando que nadie puede ser privado del ejercicio de su profesión si no es por resolución firme adoptada por órgano competente.

5.- La asistencia en el momento de la detención fue decidida por designación y elección del propio recurrente y posteriormente por su propia decisión renuncia a sus servicios profesionales. La Sala no entra en el debate de fondo y se limita a decir que no consta, del contenido de las actuaciones, que se haya vulnerado el derecho de defensa de forma material, debido a comportamientos que denoten deslealtad profesional.

Desde el punto de vista formal, no puede admitirse que un letrado que presta sus servicios conjuntos a varios imputados tenga que abandonar la defensa de todos porque uno de ellos decida cambiar de abogado. Por un lado, es una decisión unilateral que puede obedecer a diversas causas sin descartar una estrategia dilatoria. Por otro lado, no puede imponer su decisión a las otras personas y privarles de un abogado de su confianza por ellos elegido y mantenido. Sería contrario a los principios de defensa garantizados por la Constitución y los Pactos Internacionales. El letrado del recurrente no nos dice que elementos probatorios secretos y que no constasen en las actuaciones, utilizó para atacar a su defendido vulnerando el secreto profesional. Todos los datos y material probatorio que se manejaron en el momento del juicio oral, estaban en las actuaciones a disposición de todas las partes.

En casos como el presente, lo sustancial no es la forma sino la esencia y garantías de la defensa. La actuación previa del letrado recusado no mermó, lo más mínimo, sus posibilidades de defensa, por lo que la alegación es absolutamente injustificada». (F. J. 3º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Volcado de datos de ordenador intervenido en registro judicialmente autorizado.**

Recurso: Casación nº 10669/2007 P  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia: nº 256/2008 de fecha 14/05/2008

«...se ha alegado vulneración de los derechos garantizados en los arts. 18,3, 18,4 y 18,1 CE, con el resultado de que debiera declararse nula la diligencia consistente en el volcado de datos del ordenador intervenido a este recurrente. Ello debido a que no existiría una resolución motivada *ad hoc*, y porque en la realización de esa diligencia se habrían conculcado normas esenciales de procedimiento. En idéntica línea se objeta un defecto en la identificación de los ordenadores; y también que la pericial realizada sobre el contenido de los mismos no contó con la fe del secretario judicial ni su resultado fue llevado a juicio como tal pericia; todo con el consiguiente perjuicio para el derecho de defensa.

La sala de la Audiencia se ocupó de esta misma objeción en el tercero de los fundamentos de derecho, para desestimarla. Y lo hizo en atención a que el auto de 21 de septiembre de 2005 (folio 894) acordando la entrada y registro en el domicilio del que ahora recurre habilitaba a la policía para la incautación, entre otras cosas, del material informático que allí pudiera encontrarse; y fue con esta cobertura como por providencia del día 23 del mismo mes se ordenó el análisis de la información de los ordenadores que ya estaba a disposición del juzgado.

Es cierto que esta última actividad no fue practicada ante el secretario judicial, sino por los técnicos policiales en su propia sede. Pero también lo es

que, como razona la Audiencia, esa presencia que se reclama habría sido, *de facto*, tan inútil —y, por tanto, innecesaria— como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas imaginables en cuya técnica el fedatario judicial no fuera experto.

Por eso, no habría nada que objetar a la intervención de los ordenadores y tampoco al modo en que fueron examinados.

Algo distinto podría decirse, en principio, de la forma de introducción del resultado de ese examen en el cuadro probatorio. Y parece, incluso, que la propia sala hubiese visto en ella algún problema, aunque al fin optó por servirse de ella en distintos momentos de su discurso.

Pues bien, la verdad es que no se entiende por qué las acusaciones, pública y privada, se olvidaron de reclamar la presencia en el juicio de los peritos de la policía, cuando es patente que el resultado de su aportación era relevante. Ahora bien, es lo cierto que esta omisión difícilmente disculpable, se ha visto al final eficazmente subsanada. En efecto, pues el contenido de la memoria de los ordenadores de Delgado, y muy en concreto el informe que él mismo elaboró sobre Germán, fue introducido con detalle suficiente en el curso del interrogatorio y, por ello, al fin, resultó ser objeto de debate contradictorio, en el que aquél pudo manifestarse acerca del mismo, dejando constancia de su genuinidad, y la sala valorarlo con conocimiento de causa.

Y lo cierto es que no existe duda alguna acerca de la autenticidad, porque aunque en la vista Delgado expresó alguna reserva, más bien evasiva, a la observación de que el informe aludido no parecía ser precisamente de carácter socio-económico, resulta que ante el instructor había admitido abiertamente que el mismo comprendía extremos relativos a la “vida de personas, entradas y salidas y movimientos...”.

Es por lo que, con tales antecedentes procesales y dada la actitud, de efectiva aceptación de la evidencia, es decir, de la autoría del informe, por el propio acusado, la sala pudo hacer uso de la posibilidad reconocida en el art. 726 Lecrim y proceder a su examen como parte integrante del cuadro probatorio. En consecuencia, este motivo tampoco puede acogerse». (F. J. 2º del R. de A.D.L)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Registro domiciliario judicialmente autorizado: no hallazgo casual.**

Recurso: Casación nº 10884/2007 P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 290/2007 de fecha 16/05/2008

«...No puede considerarse que nos situemos frente a un hallazgo casual de aquellos a los que afectó la doctrina extremadamente restrictiva de esta Sala, originada en casos singularísimos; sino de un supuesto que, atendidos el respeto a la legalidad en el transcurso de la diligencia y, además, la proporción

entre la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y la gravedad de la infractora actividad descubierta, encuentra cobijo en la vigente doctrina jurisprudencial -véanse las sentencias de 3/7/2003 y 22/3/1999 TS y la de 24/2/1998 TS-; tan sólo si se advirtiera que todo ello pudiere obedecer a un designio de los funcionarios solicitantes del registro que hubieran ocultado al Juez el verdadero motivo de su solicitud, la injerencia quedaría sin justificar, pero de tal circunstancia no hay indicio alguno. No hubo vulneración de los derechos a la intimidad personal o a la inviolabilidad del domicilio, reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE, sino injerencias constitucionalmente aceptables.

En consecuencia, la utilización como medio probatorio del acta en que se documentó aquella entrada y registro no infringió lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ ni supuso vulneración de los derechos al proceso con todas las garantías o del derecho a la defensa, reconocidos en el art. 24 CE». (F. J. 4º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la presunción de inocencia invertida.**

Recurso: Casación nº 10123/2007 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 892/2007 de fecha 29/10/2007

«...Ciertamente, sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, **no hay** -por decirlo plásticamente- un **derecho a una presunción de inocencia invertida** a favor de la acusación -en tal sentido, SSTS 1532/2004, de 22 de diciembre, 258/2003 de 25 de febrero, 390/2003 de 18 de marzo y del Tribunal Constitucional, sentencia 141/2006 ó 176/2006-, pero la acusación sí tiene derecho a una decisión fundada en derecho, y por tanto a una resolución que explique los pasos esenciales que le permitieron al Tribunal arribar a la absolución, ello es así porque la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial opera tanto respecto de toda sentencia condenatoria o absolutoria, y ese riesgo de arbitrariedad opera en ambos sentidos.

Esta Sala ha dicho también (Cfr. STS de 4 de marzo de 2004, 17-5-2007, nº 411/2007) que la presunción de inocencia *invertida* que autorizaría al Tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia, no se recoge nuestra Constitución, pues cuando la sentencia absolutoria se fundamenta precisamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio.

Y en otra ocasiones (STS 1257/2000, de 14 de julio, STS de 4-5-2005, nº 574/2005) hemos precisado que la sentencia impugnada valora la prueba directamente percibida y la valora explicitando su convicción en la motivación de la sentencia. No cabe en nuestro derecho una especie de presunción de inocencia *invertida*, pues las partes acusadoras carecen de legitimación para

invocar el derecho a la presunción de inocencia en contra de quien es su único y legítimo titular.

La víctima del delito, ha dicho el Tribunal Constitucional (Cfr., por todas, STC de 8-10-2007, FJ 3), no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que es meramente titular del *ius ut procedatur*, es decir del derecho a poner en marcha un proceso substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho». (F. J. 3.2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 224/2007

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 776/2007 de fecha 03/10/2007

«..Muy recientemente ha recordado la STS nº 392/2007, de 30 de abril, que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 LECRim., está prescrito en el art. 120.3 CE y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 CE.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

1.- Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC nº 25/90 y nº 101/92), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e, incluso, una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "la CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC nº 175/92).

2.- Cuando la motivación es sólo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente: es cierto -

como también ha dicho el ATC nº 284/2002- que en puridad lógica no es lo mismo <<ausencia de motivación>> que <<razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irracionalidad deba tenerse por inexistente>>, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental, incurriendo en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (STS nº 770/2006, de 13.7).

El Tribunal Constitucional (SSTC nº 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97) y esta Sala de Casación (por todas, SSTS nº 626/96, 1009/96, 621/97 y 553/2003) han fijado la finalidad, alcance y límites de la motivación. La finalidad será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada. En este sentido, la STC nº 256/2000, de 30.10, dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al <<acierto judicial>> en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC nº 14/95, 199/96 y 20/97).

La tutela judicial efectiva se instala en el ámbito propio de la legalidad, lo cual significa que toda persona tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que en todo caso su pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante. La tutela judicial efectiva la concede el texto constitucional <<in genere>> y por ello no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales forzosamente han de fallar en por de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañe falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Finalmente, recordar que el aspecto del razonamiento tiene una importancia mucho mayor cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela judicial efectiva se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia, de suerte que la afirmación de que el Tribunal no considera probada la realización del hecho objeto de acusación o la participación en el mismo del acusado, o la de que no ha superado la duda sobre tales extremos, en que metódicamente hubo de situarse antes del enjuiciamiento -afirmaciones que son lógico presupuesto de una sentencia absolutoria-, no estarían necesitadas, en principio, de una motivación que no fuese la mera expresión de la ausencia de prueba o la permanencia de la duda, (STS de 3 de diciembre de 2002). Ahora bien, en este

último caso, la expresión de la duda, y la consecuente absolución de la imputación satisface el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del imputado, siendo exigible que, para cumplir con el mandato constitucional de la motivación (art. 120.3 CE) como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 9.3 CE), que el tribunal exprese las razones por las que alcanza la convicción, en este caso, absolutoria en una motivación dirigida a explicar, de forma racional, el fundamento de la decisión adoptada que se corresponde al derecho fundamental a la tutela judicial, a obtener una resolución fundada, de las partes procesales que han ejercido la acusación, y a proscribir la arbitrariedad, como fundamento de la actuación del Estado (en este sentido STS 689/2007, de 28 de junio).

Pese a las alegaciones del recurrente, no puede decirse que la sentencia resulte inmotivada ni que omita pronunciarse acerca de cuantas pretensiones fueron planteadas por la acusación particular y así razona sobre las manifestaciones de los intervinientes en los hechos y las circunstancias concurrentes para negar la acreditación de los hechos de la acusación.

Cuestión distinta es que el recurrente discrepe de la convicción exculpatoria alcanzada por la Sala "a quo"». (F. J. 1º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Concentración.**

Recurso: Casación nº 975/2007

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1056/2007 de fecha 10/12/2007

«1. Se queja el recurrente del plazo transcurrido entre dos sesiones del juicio oral, aunque su queja parece ser meramente formal, pues no indica en qué medida tal exceso le pudo perjudicar en sus derechos. Es cierto que el artículo 788 permite acordar el aplazamiento, conservando su validez los actos realizados, con un límite temporal máximo de treinta días. No obstante, entre el día 12 de enero y el 16 de febrero de 2007 transcurrieron solamente 25 días hábiles, lo que no afecta a la validez de lo actuado, pues el artículo 185 de la LOPJ dispone que en los plazos señalados por días quedarán excluidos los inhábiles y el artículo 182 establece que son inhábiles los sábados y domingos, y aunque debe tenerse en cuenta en el ámbito penal lo dispuesto en el artículo 184 para la instrucción de las causas criminales, no tiene relevancia respecto de lo aquí planteado.

Por lo tanto, el motivo se desestima». (F. J. 2º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Forma de infiltrarse el agente encubierto.**

Recurso: Casación nº 10307/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 975/2007 de fecha 15/11/2007

«Es evidente que una vez que el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal delimita y autoriza la figura del agente encubierto, infiltrado en una organización, con objeto de conseguir pruebas que la desarticulen, la forma de introducirse en la misma puede consistir en cualquier actuación que se imagine, siempre que no se conculquen derechos constitucionales. No acertamos a comprender en este caso, qué derecho constitucional se ha comprometido (en el recurso se hace una vaga cita a la intimidad personal, que consideramos improcedente, porque ninguna aspecto de la misma se ha vulnerado). Exclusivamente se ha solicitado la colaboración del denunciante, para que, bajo control judicial, realice una indicación al tenido por jefe de la organización y le sugiera la intervención de un tercero, que será precisamente el agente encubierto. Repetimos, de alguna manera se tiene que producir la infiltración, que, en definitiva, es una simulación que permite la ley (una puesta en escena teatral, podríamos decir), que autoriza el ordenamiento jurídico para introducirse en las organizaciones criminales, en donde el agente ha de desempeñar un “papel”, que cofunda a los integrantes de tal organización, y les permita suponer que se trata de “uno de ellos”. Luego, si la ley permite tal *superchería*, con objeto de desarticular la investigación, no podemos comprender que impida cualquier otro modo *imaginativo* para lograr la introducción que, por cierto, será el aspecto más complicado de toda esa operativa policial. En consecuencia, respetados los derechos fundamentales en tal infiltración, cualquier otra actuación (simulación) para la penetración en la trama organizada, debe considerarse legal». (F. J. 2º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen.**

Recurso: Casación nº 10441/2007 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 782/2007 de fecha 03/10/2007

«El recurrente ha sido condenado como autor de un delito del artículo 189.1.b) y 3.a) del Código Penal, relativos a la producción y posesión de material pornográfico relativo a menores de trece años con la finalidad de venta y distribución a la pena de cinco años y seis meses de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando tres motivos.

En tercer lugar, no constando una autorización del sospechoso para el visionado de lo grabado en su cámara, la cuestión se concreta en determinar si la grabación realizada por el recurrente se encuentra en principio protegida por su derecho a la intimidad y si la invasión del mismo puede considerarse legítima.

El artículo 18.1 de la CE dispone que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El derecho a la intimidad es un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.. De la precisión constitucional de desprende la

preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, sea de otros particulares o sea de la autoridad pública, o, dicho de otro modo, “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, F. 4; 231/1988, de 1 de diciembre, F. 3; 197/1991, de 17 de octubre, F. 3; 57/1994, de 28 de febrero, F. 5; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3; 202/1999, de 8 de noviembre, F. 2; y 186/2000, de 10 de julio, F. 5, entre otras muchas)”. (STC nº 272/2006, de 25 de setiembre). Sin embargo, no es un derecho absoluto, pudiendo encontrar restricciones justificadas cuando concurra con intereses constitucionalmente relevantes, siempre que tal limitación del contenido del derecho cumpla las siguientes exigencias: que aparezca como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo; que la medida sea proporcionada para alcanzarlo según el caso, y, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 98/2000, de 10 de abril, F. 5, 186/2000, de 10 de julio, F. 5; 156/2001, de 2 de julio, F. 4) (STC 70/2002, de 3 de abril, F. 10; STC 89/2006, de 27 de marzo y STS nº 1268/2006, de 20 de diciembre, entre otras).

Las grabaciones realizadas por un particular con una cámara de video sin duda pueden recoger aspectos de su propia vida familiar y personal que en principio quedan protegidos por encontrarse dentro de esa esfera reservada, y también pueden referirse a imágenes de la vida pública que, aunque en sí mismos no afecten a la intimidad de quien procede a su grabación, sin embargo pueden poner de manifiesto la forma en la que el sujeto percibe y entiende su entorno, lo cual también quedaría comprendido dentro del ámbito protegido. Naturalmente, las circunstancias de cada caso pueden dar a entender una autorización para la intromisión de terceros, pero tal situación no se aprecia en los hechos probados.

Cuando se trata de los poderes públicos, por regla general, cualquier invasión en el ámbito de la intimidad personal, en defecto de autorización del titular, deberá contar con una previa decisión judicial. Sin embargo, en determinados casos en los que se aprecie urgencia, es posible la intervención de la Policía Judicial, siempre que exista una habilitación legal; que concurra un fin constitucionalmente legítimo; que la actuación sea proporcionada para alcanzarlo, y, en todo caso, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. En la STC nº 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, se dice lo siguiente: «La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir éste, los efectos intervenidos que pueden pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el Juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos

estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad».

Por lo que respecta a la habilitación legal que autorice a la policía judicial a la práctica de actos que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, han de tenerse en cuenta el artículo 282 LECrim; el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado; el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, y el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de todos los que se desprende que corresponde a la Policía Judicial la averiguación de los delitos, la identificación y aseguramiento de los delincuentes y la identificación recogida y aseguramiento de los instrumentos y efectos del delito. En este sentido la STS nº 1268/2006, de 20 de diciembre, ya citada más arriba.

En consecuencia, puede afirmarse como hace el Tribunal Constitucional en la citada STC 70/2002 y en la 120/2002, que existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, así como para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias podrá encontrarse, según las características del caso concreto, proceder a examinar el contenido de esos instrumentos o efectos, realizando un primer análisis de los mismos que permita constatar su relevancia, siempre que ello sea necesario atendidas las circunstancias del caso, lo que ha de reconducirse a la exigencia de proporcionalidad en la medida, ya citada más arriba.

3. En el caso, establecida la existencia de una habilitación legal, y no discutida la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, aunque el contenido de las grabaciones estaría en principio protegido por encontrarse en el ámbito del derecho a la intimidad, la injerencia policial puede considerarse proporcionada si se tiene en cuenta que se limitó a lo últimamente grabado, que según la denuncia y la propia verificación personal de los agentes afectaba a menores que se duchaban desnudos en la playa, y debe entenderse justificada sobre la base de su necesidad urgente en atención a que su finalidad inmediata era comprobar la realidad de lo que a simple vista se podía apreciar y además descartar la posibilidad de un error sobre las bases fácticas que justificaban la detención del recurrente, en ese momento, denunciado por un tercero por hechos cuya realidad aparente comprobaron los propios agentes.

Por lo tanto, aun cuando el derecho a la intimidad pudiera verse comprometido, la actuación policial debe entenderse proporcionada a los requerimientos de la situación y justificada por su finalidad.

4. Finalmente, alega que se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que el Auto que acuerda la entrada y registro se basó en las imágenes visionadas.

También esta alegación debe ser desestimada como consecuencia de la desestimación de las anteriores. De todos modos, para fundamentar la entrada y registro habría sido suficiente el conocimiento adquirido directamente por los agentes que lo solicitan acerca del hecho de que el detenido estaba grabando a menores desnudos, sospecha suficientemente fundada, reforzada además por la valoración conjunta de esos datos con los sellos de su pasaporte indicativos de frecuentes visitas a países en los que, como se ha dicho, es habitual la explotación sexual de menores. Tales datos autorizaban racionalmente una ampliación de la investigación en la forma en la que finalmente se procedió.

Por todo ello, el motivo se desestima». (F. J. 1º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intimidad. Protección de datos. Obtención del IP.**

Recurso: Casación nº 2002/2007

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 292/2008 de fecha 28/05/2008

«Si, como ha quedado razonado, la obtención por la Guardia Civil del I.P. del acusado -única actuación policial en todo el procedimiento de investigación no controlada y dirigida por la Autoridad judicial- no ha quebrantado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 C.E., debemos ahora enfocar el problema desde la perspectiva de las disposiciones legales que tienen por finalidad desarrollar la protección de la intimidad de las personas que consagra el art. 18.1 C.E., y, en concreto, la protección de datos personales que afecten a esa intimidad. En este ámbito destacan la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de 21 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 31 de marzo de 2.008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005, de cuya normativa parece inferirse que la identificación del titular de una determinada terminal telefónica o usuario de Internet, únicamente podrá obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial.

Esto es lo que acaeció en el caso examinado, como ya se ha dicho, cuando, averiguado el Internet Protocol de quien obtenía el material pedófilo, mediante el rastreo policial del espacio público, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quien tenía asignado ese I.P. se llevaron a cabo bajo control judicial.

No cabe negar que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, da un paso de gigante -excesivo o desmesurado según la doctrina científica especializada-, al desarrollar la Directiva de la Unión Europea 2006-24 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Ley tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener

determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos Policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera. Esta Ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa, es decir "la identificación del usuario asignada" en el acceso a Internet, como expresamente establece el art. 3.a.2º.i), así como "el nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de Internet (I.P.), una identificación de usuario o un número de teléfono". Por su parte, el art. 7 (procedimiento de cesión de datos) determina que los datos a los que se refiere el art. 3 necesitarán una resolución judicial para su cesión a los funcionarios policiales, con lo que, en principio, parece claro que la obtención del I.P. se encuentra sometida a esta exigencia, lo cual no resulta muy congruente con el hecho tantas veces repetido en esta resolución de que la obtención de ese dato por los servicios policiales se produjo lícitamente, con lo cual la incongruencia se convierte en absurdo cuando se requiere por la norma una autorización judicial para acceder a un dato que el propio interesado ha permitido ser de público conocimiento. Cuestión distinta será en los supuestos en los que en las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza para cuyo progreso sea necesario conocer el IP (o el número telefónico) de una determinada persona que hasta el momento es desconocido, se tenga que acatar esa exigencia legal.

La complejidad de la materia, su ductilidad, y las singulares características de la normativa que la regula, hace necesario que futuras resoluciones de esta Sala vayan perfilando un cuerpo de doctrina atendiendo a las peculiaridades de cada caso en concreto. Como aquí hemos hecho en el supuesto de autos, abundando y compartiendo el criterio establecido en la reciente sentencia de esta Sala nº 1797/07, de 9 de mayo.

Añádase a lo expuesto que, en cualquier caso, la referida Ley que contiene esa novedosa exigencia no estaba en vigor al tiempo de la investigación realizada por el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado». (F. J. 10º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intimidad en registro de automóvil.**

Recurso: Casación nº 11189/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 856/2007 de fecha 25/10/2007

«..Como ya hemos declarado en STS 619/2007, de 29 de junio, en orden a las alegaciones que se realizan respecto al registro del vehículo, es de recordar que nuestra Constitución hace explícito reconocimiento del derecho a

la intimidad personal con el fin de que permanezca reservada a injerencias extrañas aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde ésta se desenvuelve. La inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones son manifestaciones esenciales de ese respeto, constitucionalmente consagrado, al ámbito de la vida privada personal y familiar. El Tribunal Constitucional tiene declarado sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como son exponentes las sentencias 22/1984, de 17 de febrero y 110/1984, de 26 de noviembre, que *"constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública"* y añade el Tribunal Constitucional que *"el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella"*.

Un vehículo automóvil que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos e instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado. Así se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala sobre el registro de vehículos automóviles como se expresan, entre otras, las STS de 19 de julio y 13 de octubre de 1993, 24 de enero de 1995 y 19 de junio de 1996.

Y es igualmente doctrina de esta Sala Casacional, como es exponente, entre otras, la STS de 28 de abril de 1993, que las normas contenidas en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que lleva como rúbrica "De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica", tienen como ámbito propio de actuación el derivado de la intimidad y demás derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 18 de la norma suprema del ordenamiento jurídico y por ello sus exigencias no son extensibles a objetos distintos como puede ser algo tan impersonal (en cuanto mero instrumento) como un automóvil o vehículo de motor, que puede servir como objeto de investigación y la actuación policial sobre él, en nada afecta a la esfera de la persona.

El registro y hallazgo de efectos en el interior de un vehículo sólo adquiere virtualidad de medio de prueba incriminatorio si accede al acto de juicio oral con cumplido acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y, sobre todo, contradicción, mediante el testimonio, depuesto en dicho acto, de los funcionarios de policía que practicaron el registro del vehículo. En el caso presente, los funcionarios de policía que intervinieron en el registro del automóvil, concurrieron a prestar declaración en el juicio oral,

resultando acreditado, por consiguiente, mediante un legítimo y correcto medio probatorio, útil para integrar la convicción del Juzgador, el hallazgo de del pasamontañas en el interior del vehículo del acusado

En todo caso, la expulsión de tal material probatorio en nada cambiaría el resultado probatorio, pues aunque excluyésemos el referido pasamontañas, el resto del patrimonio probatorio sería más que suficiente para llegar a la misma conclusión condenatoria, pues el uso de pasamontañas es algo testimoniado por todos, y la adquisición de los mismos, está probada por las dos empleadas antedichas». (F. J. 4º)

### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio. Nulidad al entrar antes los agentes que la comisión judicial.**

Recurso: Casación nº 10421/2007 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 925/2007 de fecha 15/11/2007

«...El segundo punto es mas conflictivo en cuanto que la autorización judicial se produce, pero los agentes de la autoridad entran en el domicilio antes de la llegada de la Comisión judicial. La sentencia se basa en las manifestaciones de los agentes en el juicio oral según cuyo testimonio, cuando cuentan con la autorización judicial y la Comisión judicial está preparada, se procede a la entrada en la vivienda, en principio únicamente por parte de los agentes, para prevenir posibles riesgos para la integridad física de los componentes de la Comisión judicial. Una vez que el domicilio en cuestión está asegurado, se avisa para que entren el Secretario Judicial y sus acompañantes para la realización del registro.

Para reforzar esta argumentación, se dice, que las propias procesadas manifestaron que el tiempo que transcurrió (no se dice cuanto) entre que entraron los policías y las personas que venían del Juzgado, todos estuvieron en el salón de la casa sin que nadie se trasladase a otra habitación.

**3.-** Si se da carta de naturaleza a esta anormal forma de proceder, se está modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se propicia un modo de actuar absolutamente ilegal y contrario al mandato constitucional que exige no sólo la autorización judicial sino el protagonismo exclusivo de los delegados o Comisiones judiciales sin descartar la propia presencia del Juez autorizante.

Llama la atención esta laxitud interpretativa sin que merezca ni el más mínimo reproche formal por parte de la Sala sentenciadora. Según su tesis, esta modalidad de entrada, de aseguramiento para controlar el domicilio como si se tratase de una operación de comandos en caso de terrorismo podría ser generalizada sustituyendo a la redacción actual de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es un mal precedente que se debe atajar de formar clara e inequívoca señalando su absoluta incompatibilidad con las garantías constitucionales. La

Ley, aún en los casos en que existe un peligro de fuga, sólo autoriza a realizar operaciones de cerco para controlar las salidas y entradas del domicilio en casos graves de urgencia e inevitable necesidad.

4.- Fuera de ello, la actuación preventiva de los policías arrogándose la interpretación de la ley y entrando en el domicilio sin esperar la presencia judicial, no puede superar ni los más mínimos controles de seguridad y garantía de protección de los derechos fundamentales

La decisión está absolutamente vedada y no puede generalizarse. En este caso, la responsabilidad por la actuación no corresponde a los agentes de la autoridad que se vieron amparados por una decisión desinformada de los garantes del derecho de inviolabilidad del domicilio, sino de la despreocupación por los derechos fundamentales de resolución de estas características que no pasaría el filtro de cualquier organismo encargado de velar por las garantías constitucionales y los derechos humanos en general.

En consecuencia, la obtención de las pruebas es radicalmente ilícita y vicia el contenido de la sentencia que debe ser anulada con la consiguiente declaración de inocencia de las procesadas». (F. J. 1º)

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez imparcial. Recusación.**

Recurso: Casación nº 11268/2006 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 799/2007 de fecha 02/10/2007

«A) Tiene razón el recurrente en cuanto que cada uno de los magistrados que forman parte de un tribunal que enjuicia un asunto ha de ser imparcial, esto es, ha de ser alguien no relacionado con alguna de las partes del correspondiente proceso (imparcialidad subjetiva); ni tampoco relacionado antes del enjuiciamiento con aquel asunto que ante la sala va a ser debatido (imparcialidad objetiva).

En los procesos penales una de las exigencias que en el plano objetivo garantizan esa imparcialidad se halla en la no realización de actos de instrucción que constituyen un contacto, previo al juicio oral, con la causa, para acordar, por ejemplo, el procesamiento o medidas cautelares como la prisión provisional de quien va a ser enjuiciado. Y puede ocurrir que constituya sospecha de pérdida de esa imparcialidad el haber intervenido el magistrado que va a enjuiciar en la resolución anterior de un recurso devolutivo (apelación o queja) relativo a ese procesamiento o a esa adopción de medidas cautelares, en los que ya hubo un contacto anterior con el objeto del proceso que pudiera haber producido en el magistrado una convicción previa (prejuicio) respecto de una condena con la consiguiente prevención o duda en la parte acusada respecto de tal imparcialidad.

En esto ciertamente tiene razón el recurrente.

B) Pero en nuestras leyes procesales y orgánicas aparece una institución, la recusación, también fundada en esta necesidad de proteger a las partes en los procesos en cuanto a la exigencia de tal imparcialidad, que ahora se encuentra regulada, junto a la abstención, con validez para toda clase de procesos, en los arts. 217 y ss. LOPJ. Concretamente el art. 219 nos dice cuáles son las causas que obligan al juez o magistrado a abstenerse y permiten a las partes recusar. Nos ofrece una relación de casos de pérdida de la referida imparcialidad subjetiva u objetiva. En particular la causa 11ª de tal art. 217 nos dice así: *"Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia"*.

C) Si la parte quiere recusar habrá de hacerlo tan pronto tenga conocimiento de la causa en que vaya a fundarse, *"pues, en otro caso, no se admitirá a trámite"*, nos dice el art. 223 en su párrafo inicial; precisando después que *"se inadmitirán las recusaciones: 1º. cuando no se propongan en el plazo de diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquel"*.

D) El recurso de casación, competencia del Tribunal Supremo, es un recurso devolutivo, que tiene por objeto revisar las sentencias dictadas por algunos de los órganos judiciales inferiores. Es decir, en esa clase de recursos hemos de resolver si fueron o no cocorrectas las resoluciones dictadas por estos otros órganos judiciales inferiores. Tiene que resolverse aquí sobre temas ya propuestos y resueltos antes en la instancia, salvo que lo denunciado sea una falta existente en la misma resolución recurrida.

Aplicado esto al caso de una denuncia relativa a infracción de un derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente del derecho a un juez imparcial, quiere decir que, si la parte pretende en casación formular una denuncia de esta clase, tiene la carga procesal de realizar la correspondiente recusación en la instancia. Esta ya es una doctrina reiteradamente consagrada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y también por el Tribunal Constitucional para los casos de recurso de amparo.

Así podemos leer, en el fundamento de derecho 1º de la sentencia 85/2006 de 3 de febrero, lo siguiente:

*"Precisamente, para evitar los demoledores efectos de diversa índole que provoca la anulación de un juicio y su reiteración (es obvio que ya nunca en las condiciones originales) el legislador condiciona la viabilidad de objeciones como la que se examina a que su formulación sea temporánea. Esto por la razonable inferencia de que quien sabiendo de una causa de recusación o abstención no denuncia es que, una de dos, no la da importancia o asume reflexivamente sus consecuencias. Y también porque el curso de la administración de justicia no puede quedar a expensas del capricho o el eventual cálculo de los implicados, ni a merced de sus intereses.*

*A ello se debe que la Ley de E. Criminal, en su art. 56 prescriba la inadmisión a trámite de la recusación que no hubiera sido planteada cuando se*

*tuvo conocimiento de la posible causa. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 223 LOPJ."*

En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias de esta sala de 23.4.1992 (síndrome tóxico), 19.11.1992, 113/1995 de 31 de enero, 1372/2005 de 23 de noviembre y 1390/2005 de 29 de noviembre; así como las del Tribunal Constitucional 138/1991 de 20 de junio, 230/1992 de 14 de diciembre, 282/1993 de 27 de septiembre, 384/1993 de 21 de diciembre, 236/1997 de 22 de diciembre, 310/2000 de 18 de diciembre, 306/2005 de 12 de diciembre, 116/2006 de 24 de abril y 26/2007 de 12 de febrero.

E) Veamos ahora qué ha ocurrido en el caso presente:

a) Ha quedado acreditado (folios 80 a 82 de las diligencias previas) que el magistrado D. José Luis formó parte del tribunal que en la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Puerto del Rosario que había acordado la prisión provisional de El Khabaqui Rachid.

b) Asimismo consta que en el rollo de la Sección Primera de la referida Audiencia Provincial el mismo magistrado aparece en el tribunal que admitió la prueba propuesta para el juicio oral y realizó el correspondiente señalamiento mediante auto de 6.3.2006 (sin foliar), resolución que con fecha 9 del mismo mes se notificó al procurador de la parte que ahora recurre.

c) Al menos en ese momento procesal conoció esta parte que el magistrado Sr. G. formaba parte de esa sección 1ª que había de enjuiciar el caso y dejó pasar el plazo de 10 días previsto en el art. 223 LOPJ sin plantear recusación: no formalizó tal recusación en momento alguno.

F) La consecuencia, pues, ha de ser la que dijimos al comienzo de este fundamento de derecho: hemos de rechazar este motivo 1º del presente recurso de casación, porque la denuncia aquí formulada respecto de la pérdida de la imparcialidad objetiva del citado magistrado que enjuició a Rachid no estuvo precedida de la propuesta de recusación en la instancia de dicho Sr. G., como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación de este recurso (pág. 3).

Ciertamente la parte que ahora recurre consintió en la instancia el vicio procesal que ahora es objeto de este motivo 1º de casación de Rachid que hay que desestimar». (F. J. 2º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Proceso con todas las garantías, indefensión, intérprete.**

Recurso: Casación nº 219/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 835/2007 de fecha 23/10/2007

«El art. 231 de la LOPJ -entre otras cuestiones referidas a la lengua de los actos procesales-, reconoce en su apartado 3 a los testigos, peritos, a las partes, sus representantes y quienes les dirijan, el derecho a utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas. Y con el fin de evitar cualquier género de indefensión, el apartado 5 del mismo precepto autoriza al Juez o Tribunal a designar intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada.

La importancia de la presencia en juicio de un intérprete que traduzca al interesado todo aquello que tiene lugar en el plenario y que aquél no puede comprender, se justifica por sí sola. Como afirma la STC 188/1991, 3 de octubre -y recuerda la STC 181/1994, 3 de octubre-, la exigencia de intérprete en el proceso penal para todas aquellas personas que desconozcan el idioma castellano deriva directamente de la Constitución, que reconoce y garantiza los derechos a no sufrir indefensión (art. 24.1) y a la defensa (art. 24.2). Tal exigencia es, asimismo, reconocida tanto en el art. 6.3 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como en el art. 14.3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia [art. 6.3 c)], o en el Tribunal [art. 14.3 f)]. Asimismo, el art. 398 de la LECrim, en relación con los arts. 440, 441 y 442 de la misma ley, establece que si el procesado no conociere el idioma español se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente (cfr. SSTC 5/1984, 74/1987, 71/1988 y 30/1989).

No existió indefensión alguna, pues esto es precisamente lo que se refleja en el acta del juicio oral, en cuyo encabezamiento se da cuenta de la presencia de un intérprete de árabe.

El motivo, pues, ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim)». (F. J. 3º)

### **DROGADICCIÓN. Características para estimarse como: eximente, eximente incompleta o atenuante.**

Recurso: Casación nº 10182/2007 P  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 787/2007 de fecha 09/10/2007

«...Sobre la base de tal planteamiento genérico de los tres primeros motivos resulta clarificador exponer la doctrina de esta Sala sobre las posibilidades reductoras de la drogadicción sobre la imputabilidad del sujeto, que desarrolla de forma exhaustiva la reciente sentencia nº 602 de 4 de julio de 2007 de esta Sala.

En ella se analizan los requisitos generales para que se produzca el tratamiento penológico lenitivo. Estos son:

a) requisito biopatológico. Es preciso que nos encontremos ante la presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos dos condicionamientos:

1) que se trate de una intoxicación grave capaz de originar el efecto exonerativo o modificativo de la responsabilidad criminal.

2) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de manera instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida.

b) requisito psicológico, que supone la repercusión de tal afectación en las facultades psíquicas del autor, de suerte que condicione o motive su comportamiento. No es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos o volitivos del agente. Tal elemento se expresa en la dicción literal de la atenuación que exige que el sujeto actúe a causa de .....

c) requisito temporal o cronológico, en el sentido de que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva.

d) requisito normativo, que consiste en que la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, determinará la apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante genérica o analógica.

**3.** Consecuentes con lo dicho esta Sala ha diversificado las posibilidades aplicativas del siguiente modo:

A) La aplicación de la eximente completa del art. 20.2 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida de modo absoluto comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005 de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera total su psiquismo o bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código Penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística, aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21-1ª CP.).

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

C) Respecto a la atenuante del art. 21-2 C.P. se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Las SSTS. 22-5-98 y 5-6-2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe el art. 21.2 CP. es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (STS. 4-12-2000 y 29-5-2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional". Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP., en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28-5-2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la

comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26-7 recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es mas bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia, lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 C.P.

4. Descritas ampliamente las posibilidades de incidir la drogodependencia en la imputabilidad del sujeto, es evidente que en nuestro caso no podía estimarse la exención total, dada la regular actuación del sujeto (conciencia y voluntad de obrar), deducida de su comportamiento en el momento de los hechos y la ausencia de ningún dictamen que pueda demostrar la existencia de una situación carencial grave o la afectación del consumo de una manera contundente al sistema nervioso central, con efectos patológicos, hasta el punto de anular la conciencia y voluntad.

No olvidemos que las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo y la carga probatoria pesa sobre el sujeto que pretende su estimación.

Tampoco se ha detectado una influencia determinante en la inteligencia y voluntad o ninguna crisis de abstinencia que reduzca y condicione sobremanera su conciencia y voluntad, al no haber sido acreditada esa intensidad especial o la concurrencia de alguna anomalía psíquica que interactúe con la drogodependencia reduciendo al mínimo la conciencia y voluntad de obrar.

Consecuentemente, la situación descrita en el factum y desarrollada de la fundamentación jurídica, a la que debemos someternos por imperativo del art. 884-3 L.E.Cr., se acomoda a la atenuante ordinaria, estimada, en cuanto la "adicción" sufrida por el recurrente era "grave" como exige el precepto, pero su reflejo en el plano conductual (libertad de obrar) fue moderado, ya que el acusado había consumido cocaína hacía poco tiempo y estaba en posesión de una importante partida que le possibilitaba volver a hacerlo en cualquier momento, eludiendo cualquier crisis carencial, de ahí que su drogadicción no tuvo especial intensidad en el condicionamiento de su libertad de actuar, y mucho menos en su conciencia, en razón de la naturaleza de la acción

delictiva (delito de simple actividad, que se prolonga en el tiempo), lo que permite al acusado percatarse de su ilicitud». (F. J. 3º)

## **ERROR DE DERECHO. Infracción de ley.**

Recurso: Casación nº 1965/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 137/2008 de fecha 18/02/2008

«...Se pretende la casación de la sentencia por violación del artículo 163.1 del Código Penal, invocando el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que se justifica diciendo que falta el elemento **intención o propósito deliberado de privar injustamente de libertad a la víctima.**

...

Como dijimos en nuestra Sentencia de 21 de noviembre de 2007 en el recurso 11107 de 2006: *"Consecuentemente, cuando se utiliza la vía del art. 849.1 LECrim. el relato fáctico tiene que ser aceptado por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente se perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados basando el recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes, como si se formulan alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido, esto es, más que modificándolo radicalmente en su integridad, alteran su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolan frases, alterando, modificando, **sumando o restando** a la narración fáctica **extremos** que no contiene, o expresan intenciones inexistentes, o deducen consecuencias, que tratan de desvirtuar en su tipicidad o atipicidad, y que necesita de la indudable y categórica sumisión de las partes."*

En tal inaceptable estrategia incide este motivo del recurso cuando, admitiendo el hecho de que la recurrente dejaba a la víctima cerrada con llave, y admitiendo que ello ocurría por tiempo de varias horas, trata de justificar el comportamiento incrementando el relato fáctico de la recurrida con datos como los de que la **situación era precaria, igualando** implícitamente las situaciones de la víctima y las de la acusada, o afirmando que la acusada había de **ausentarse** para múltiples tareas, y, dada la condición de casi ciega y sorda, diciendo que aquel encierro obedecía solamente a la conveniencia de **conjurar los riesgos** en que la víctima podía verse sumida.

La sentencia, por el contrario, ubica a la víctima en habitáculo diverso al de la acusada, un **anejo** sin condiciones de habitabilidad, ya que era un trastero destinado a guardar aperos de labranza, sin ningún tipo de ventilación ni luz solar. Y la relación fáctica describe una situación física y psíquica de la víctima de la que responsabiliza a ese aislamiento y trato dado por la acusada. Sustrato fáctico que hace razonable la conclusión sobre la intención o propósito de la acusada totalmente ajeno al cautelar o preventivo que se alega, sin lograr

previamente la inclusión en el relato fáctico de las premisas que acrediten esa pretendida justificación del encierro.

El motivo debe ser rechazado». (f. j. 4º)

### **ERROR DE HECHO. Art. 14 CP.**

Recurso: Casación nº 879/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1070/2007 de fecha 14/12/2007

«...

No se trata ahora de realizar un control de las premisas fácticas de la sentencia recurrida. De lo que el Tribunal, de acuerdo con la tesis del recurso, debe dejar ahora constancia es de la discrepancia sobre la **valoración** del hecho probado a los efectos del juicio normativo sobre las consecuencias que derivan de lo dispuesto en el art. 14 del Código Penal.

No se trata ahora de establecer si el comportamiento del acusado satisface o no las exigencias del tipo del art. 181.2 del Código Penal. Ello es indudable. Concorre la realidad del acceso carnal, la edad de la persona con la que aquél se mantiene por parte del acusado. Y, porque así lo dice expresamente la sentencia, la conciencia en el acusado de tal dato de la edad de la novia.

De lo que se trata es de la valoración de si, pese a ello, el acusado no debe ser considerado **culpable** por razón de tal conducta. Porque el error de prohibición, estimamos, excluye tal culpabilidad, cuando es **invencible**. Es decir debemos concluir que el acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico. Obviamente, como hemos reiterado, en sentido diverso del error de subsunción. Y tal exculpación ocurre porque, como indica la doctrina, situado en tal error invencible el sujeto no puede considerarse **motivado** por tal norma.

La evitabilidad del error no excluye la culpabilidad, siquiera la atenúe por la menor entidad del reproche al autor.

Pues bien, la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente, y, desde luego, no en este caso, por la existencia de **posibilidades** de conocer la reprobación que la norma, la actual al tiempo del hecho, hace de su comportamiento. Pasa, antes incluso, por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no **razones** para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto.

Para ello es imprescindible una reflexión sobre las específicas circunstancias del caso concreto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el

específico contexto de su comportamiento, disponía de **indicadores** que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización.

Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el acusado, no solamente estaba incurso en error, sino que **ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar** y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él **invencible**.

Lo que nos lleva a estimar este motivo con la consecuencia, a establecer en la segunda sentencia que dictamos a continuación, de absolverle del delito por el que venía condenado». (F. J. 3º)

#### **ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Documentos excluidos.**

Recurso: Casación nº 219/2007  
Ponente: Sr. Marchena Gómez  
Sentencia: nº 835/2007 de fecha 23/10/2007

«...Como ya hemos declarado en innumerables ocasiones -de la que la STS 546/2007, 12 de junio es buena muestra-, ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril). Tampoco tiene el carácter de documento y por tanto carece de virtualidad impugnatoria, el soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero)». (F. J. 1º)

#### **ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Inspección ocular.**

Recurso: Casación nº 515/2007  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 847/2007 de fecha 18/10/2007

«..En el motivo 1º de este recurso, al amparo del art. 849.2º LECr, se alega error en la apreciación de la prueba, motivo que hay que estimar en uno de los dos apartados a los que se refiere:

A) Hubo una inspección ocular realizada por los funcionarios de la policía científica de Málaga (folios 76 a 89), que pone de manifiesto que ese primer disparo realizado por Sebastián, alcanzó a una ventana que correspondía al dormitorio de un segundo piso sito en un lugar próximo a aquel en que se produjeron los hechos. Si así ocurrió, y este es un dato puesto de manifiesto en esa inspección ocular y por nadie cuestionado, al encontrarse

quienes habían llegado o estaban llegando en una motocicleta en el mismo plano del suelo de la calle donde se hallaba Francisco Javier con unos amigos, es claro que el referido disparo no fue dirigido "*hacia el lugar donde se encontraba Francisco Javier*", sino hacia un punto más elevado, pues de otro modo no habría podido impactar en la mencionada ventana de un piso segundo.

Entendemos que tal acta de inspección ocular es un documento que acredita en este caso concreto el dato del lugar donde alcanzó ese disparo primero, encontrándose tal dato (relevante como veremos después) en contradicción con lo que dice el relato de hechos probados en la expresión concreta que acabamos de entrecomillar, y no existiendo prueba alguna que lo contradiga, expresión que, por tanto, ha de eliminarse de dicho relato. Concurren todos los requisitos exigidos por el citado nº 2º del art. 849 LECr para acreditar este error en la apreciación de la prueba. Para más detalle respecto de tales requisitos véase, por ejemplo, la sentencia de esta sala nº 1195/2006 de 4 de diciembre. Repetimos aquí que este dato relativo al lugar donde impactó la bala del primer disparo por nadie ha sido cuestionado; incluso aparece aceptado como hecho probado en la sentencia recurrida». (F. J.2º)

#### **ERROR JUDICIAL. Error "facti". Requisitos.**

Recurso: Casación nº 10027/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 767/2007 de fecha 03/10/2007

«1. El error cometido por el tribunal de instancia, según la tesis del recurrente, se reduce a la denegación de la pretensión de que nos hallamos ante un delito provocado por la actuación del agente de la guardia civil T.I.P. 64634-A, y al no entenderlo así la Audiencia dió por válida una prueba obtenida irregularmente.

Como documentos cita el folio 14 donde se recoge la denominada diligencia de "conocimiento de un hecho" realizada por el agente para denunciar ante las autoridades judiciales el hecho casual del que había sido testigo. Añade a ello los documentos integrados en la causa como Anexo I, hasta un total de seis, consistentes en la fotografía enviada por el "nick" Federico, que encubría al recurrente y los cinco restantes referidos a conversaciones mantenidas a través de Internet por el guardia civil como agente encubierto y el acusado, a la sazón sometido a investigación judicial.

Sobre tales documentos pretende justificar que las primeras fotografías se recibieron el 6 o 7 de noviembre y no el 27 de octubre, como afirma el testigo agente. Con ello quiere demostrar que cuando le fue remitido al guardia civil material pornográfico, amén que esas conversaciones no fueron las primeras, la remisión de pornografía infantil era sugerida por el agente infiltrado.

## 2. El motivo no puede prosperar por diversas razones.

Desde la óptica de las formalidades casacionales, no merecen el carácter de documento el testimonio del agente al denunciar el hecho, ni las conversaciones habidas con el acusado debidamente grabadas, ya que la razón de su credibilidad y fehaciencia se halla en la prueba testifical, que posee carácter personal aunque se halle documentada.

Si lo que pretende el recurrente -el cual, por cierto, no concreta el aspecto del factum que debe ser modificado o alterado- es demostrar que existe un error en las fechas, el dato es indiferente o inoperante para la resolución de la causa, pues si el testigo dice que se enteró de que le fue remitido a un tercero material pornográfico y cuando quiso comprobarlo personalmente, sin pedirlo, el acusado también se lo remitió a él, huelga cualquier otro intento de explicación, que incluso aunque surgiera y tuviera su base en documentos casacionales hábiles para alterar el relato histórico sentencial, tropezaría con prueba contradictoria, lo que constituye un obstáculo para la estimación del motivo conforme prevé el art. 849-2 L.E.Cr.

El motivo debe claudicar». (F. J. 3º)

### **ESTAFA. Compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6 del CP. Acuerdo del Pleno de la Sala de 30/10/2007.**

Recurso: Casación nº 2172/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 8/2008 de fecha 24/01/2008

«..Respecto a la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, la jurisprudencia de esta Sala (SS. 1236/2003 de 27.6, 605/2005 de 11.5, 900/2006 de 27.9, 918/2007 de 20.11), tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP. ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías apropiadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el reciente Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción mas grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 E, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP.

En el caso que se examina, superando una de las dos acciones típicas que conforman el delito continuado, la cuantía fijada por la jurisprudencia para la concurrencia del subtipo agravado, ésta debe ser aplicado a la continuidad delictiva». (F. J. 3º)

### **ESTAFA. Delito continuado. Principio “non bis in idem”**

Recurso: Casación nº 407/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 919/2007 de fecha 20/11/2007

«...El motivo cuarto por infracción de Ley art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 74 y 250.1.6 CP., por considerar que la aplicación del párrafo 2º del primer precepto que regula el delito continuado es incompatible con la aplicación del subtipo agravado de la estafa contemplado en el segundo precepto, por cuanto ambos agravan la pena teniendo en cuenta el valor de lo defraudado, su aplicación simultánea vulnera el principio non bis in idem.

El motivo deviene inaceptable.

En efecto la cuestión planteada fue analizada en la reciente sentencia de esta Sala número 416/2007 de 23.5, en los siguientes términos:

"No podemos olvidar que el delito continuado no aparece definido como una "suma de delitos", sino de "acciones u omisiones" o también infracciones contra bienes jurídicos. A estas alturas de la evolución doctrina y jurisprudencial el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva.

En este caso, de los hechos probados surgen una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables, aprovechando una idéntica ocasión, como exige el art. 74 CP., por lo que debe apreciarse la continuidad delictiva. Ello puede implicar la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de la especial gravedad, por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, pues ello podría originar una doble pluralidad agravatoria derivada de un mismo hecho, por lo que resultaría vulnerado el principio "non bis in idem", arts. 74.2 y 250.1.6ª CP. (STS. 155/2003 de 7.2).

Así, STS. 258/2003 de 12.12, pueden darse los siguientes supuestos, claramente diferenciables:

a) Continuidad delictiva, sin cualificación, (verbigracia: tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una).

b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo).

c) Continuidad delictiva y cualificaciones. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 60.000 euros cada uno.

Dentro de esta modalidad puede ocurrir: 1) que las distintas cuantías, objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (vg.: 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno). 2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (Verbigracia: cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno).

De todas las hipótesis contempladas, sólo podría producirse una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.6 C.P.

Las SSTS. 6.11.2001, 1236/2003 de 27.6, 238/2003 de 12.2, 635/2006 de 14.4, 900/2006 de 22.9, recogen la anterior doctrina y declaran que "el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en las que hemos excluido toda infracción del principio non bis in idem (SS. 17.12.96, 13.2.97).

La razón , como recuerda la STS. 7.2.2005, es clara: el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 CP. referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial animo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor repulsión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que han lugar a una unidad jurídica específica.

En este sentido las SSTS. 700/2006 de 27.6, 605/2005 de 11.5, declararon que "la jurisprudencia de esta Sala Segunda, ha señalado que el

delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP. ésta debe ser considerada como agravante de todo del delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem".

Y por último respecto a la hipótesis más controvertida, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1.6 CP., pero sí globalmente consideradas, el reciente Pleno de esta Sala Segunda de fecha 30.10.2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, dado que los delitos, aún inferiores a 36.000 euros, en conjunto superan esa cifra, si bien no se aplica el art. 74.1º, sino el párrafo 2º, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1 y no la del art. 249 CP.

Siendo este el caso presente, el motivo debe ser desestimado». (F. J. 9º)

### **ESTAFA. Engaño bastante. Entrega para cobro en ventanilla de cheques falsificados.**

Recurso: Casación nº 286/2007

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 177/2008 de fecha 24/04/2008

«..La sentencia de instancia absuelve a las acusadas al entender que el engaño empleado por las acusadas, que entregaron para el cobro en ventanilla de distintas entidades bancarias, cheques falsificados por una de ellas, no es el engaño bastante al que se refiere el art. 248 pues "una mínima cautela hubiese evitado el delito". En la motivación de la sentencia se arguye que el engaño no fue bastante porque el banco no empleó las medidas "mínimas" de autoprotección que concreta en la necesidad de enviar por "fax" el cheque a la oficina en la que se encuentra la cuenta corriente de la que se dispone para comprobar las firmas. "La falta de cautelas es tan relevante que impide pueda considerarse engañado".

El motivo será estimado. El concepto de engaño bastante que emplea el Código penal en el art. 248 es un concepto normativo, por lo tanto susceptible de ser revisado por la vía de la infracción de ley que el recurrente ha empleado. Se trata de dilucidar si el engaño empleado es bastante para producir el error causal al perjuicio. Desde el hecho probado, del que se parte en la impugnación, se declara que las dos acusadas presentaron al cobro siete cheques de los que era titular una tercera persona y que se correspondían a una cuenta corriente en la oficina 4884 del Banco. La presentación al cobro fue realizada en dos días consecutivos del mes de agosto, en cuatro distintas

sucursales y por las dos acusadas, de manera que ninguna de las dos repitiera la comparecencia en la oficina en la que se presentaba al cobro, nunca la depositaria de la cuenta corriente. Las cantidades dispuestas falsamente eran inferiores a 800 euros.

... las exigencias de autotutela en la defensa del patrimonio no suponen que el sujeto pasivo deba desplegar una protección equivalente a la potencialidad de maquinaciones y ardidés que emplee un sujeto activo, pues también actúa el principio de confianza que juega tanto en las relaciones personales como en las comerciales. La calificación del engaño como bastante debe ser examinado desde la perspectiva de quien realiza la maquinación para acechar un patrimonio ajeno. Si el sujeto pasivo no ha actuado diligentemente en defensa de su patrimonio, siempre suponiendo que el engaño no sea burdo, ha contribuido a la producción del error, por lo que nos encontraremos ante un supuesto intentado de estafa, pues el autor ha realizado un engaño calificado de bastante. Por lo tanto queda fuera de la consideración de engaño bastante el engaño burdo, aquél en el que el sujeto pasivo se desentiende por completo de la protección de su patrimonio. A partir de lo anterior las especificaciones del patrimonio objeto del apoderamiento, si se trata de un patrimonio en peligro, las circunstancias del sujeto pasivo, etc, forman parte de una casuística derivada de las distintas relaciones. Tratándose de disposiciones en sucursales bancarias, las obligaciones de protección del tenedor de los fondos son distintas si se trata de la misma sucursal bancaria que si la presentación se realiza en distinta sucursal a la que están depositados los fondos, también en función de la cantidad dispuesta, etc.

La doctrina de la Sala sobre las necesidades de autotutela, que se dan por reproducidas, se elaboró con relación a determinadas operaciones financieras, sobre todo concesión de créditos y no se trasladan, simplemente, a las disposiciones sobre cuentas corrientes, dada la distinta entidad de la naturaleza del acto dispositivo.

En el caso de autos, lo que nos declara el hecho probado es que el engaño no era burdo, pues los sujetos activos de la estafa emplearon unos cheques previamente falsificados, es decir, realizaron un hecho delictivo, que se correspondían a una cuenta de otra sucursal de la entidad bancaria y que las dos acusadas realizaron, sin repetir en la misma sucursal, la acción en dos días consecutivos, y las cantidades dispuestas no son excesivas, todo ello para no levantar sospecha alguna en los empleados de las sucursales a las que acudieron. No obstante, y aunque no se exprese en el hecho probado, se adoptó la medida de seguridad de anotar el documento de identidad de quien presentaba el talón, lo que a la postre permitió la averiguación del hecho delictivo.

Desde lo expuesto el motivo debe ser estimado calificando de bastante el engaño desplegado. Ese engaño determina el error y la disposición patrimonial típica de la estafa.

Como hemos señalado, la maquinación era constitutiva de delito, no era burda y la entidad bancaria activó mecanismos de seguridad enmarcados en

los principios de actuación eficaz y de confianza, por lo que procede la condena de las acusadas por un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.3 y 74 del Código penal». (F. J. 7º)

### **ESTAFA. Principio de autoresponsabilidad.**

Recurso: Casación nº 1914/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 802/2007 de fecha 16/10/2007

«La inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca que tiene carácter constitutivo, no empece la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase, porque en el ámbito de la compraventa el Legislador ha querido constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en el art. 531.2 CP, no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para describir la situación real de la finca, porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que impliquen disposición constituye una afirmación tácita de que el sobre el bien no pesan gravámenes.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante: por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

En todo, existe un margen en que se está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido defenderá de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga. Cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratantes, las circunstancias personales del sujeto pasivo y a la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

De acuerdo con este principio de autoresponsabilidad, la doctrina ha excluido la imputación objetiva en la estafa de los siguientes casos:

a) negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo, la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante.

b) relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los móviles de diligencia exigidos en este caso son mayores.

c) utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitables con una mínima diligencia.

d) casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.

Doctrina esta que no sería aplicable al caso que se examina. La inscripción en el Registro de la Propiedad que necesariamente acompaña a toda hipoteca (es un elemento formal constitutivo de la misma) no impide que este delito pueda cometerse». (F. J. 10º)

### **ESTAFA. Procesal. No hubo engaño bastante sino apropiación indebida.**

Recurso: Casación nº 1943/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 128/2008 de fecha 28/02/2008

«...En el proceso penal, la negativa del acusado sobre la recepción de la cantidad en cuanto contenida en un documento (grabación) visualizado por el tribunal, ratificado en juicio que fue, permitió al mismo alcanzar el convencimiento de que el acusado negaba abiertamente la recepción de la cosa (apropiación indebida), pero no podía calificarse como añagaza capaz de confundir al juez. Téngase presente que el recurrente no ataca la sentencia por indebida aplicación del art. 252 C.P., sino que en el presente motivo sólo denuncia *error iuris* en relación al delito de estafa (art. 248 y 250.1.2º C.P.).

5. Lo que resulta francamente definitivo y en ello le asiste razón al recurrente es que el engaño del juez civil se produjo claramente como consecuencia de la torpeza del querellante o sus letrados, calificativo insistentemente empleado por la sentencia de instancia, al no aportar, como hubiera sido normal en una persona diligente, los documentos y justificantes que acreditaban sin ningún género de duda el pago de la cantidad controvertida.

Hemos dicho que si no lo hizo fue muy a pesar suyo, pero en cualquier caso, si alguien tenía posibilidad de evitar el error del juez era el querellante. Es insólito que un sujeto responsable no posea justificantes documentales o con posibilidad de obtenerlos de inmediato, que acrediten la verificación de un acto jurídico (pago) de cierta importancia económica que le afecta directamente. En todo caso el acreditamiento oportuno se hallaba dentro del ámbito de las posibilidades de actuación del querellante o personas de su confianza y no de ningún otro.

Al juez civil, dada su posición institucional y procesal, no le es exigible el despliegue de una actividad de autoprotección para no ser engañado, ya que resuelve sobre intereses ajenos, cumpliendo con aplicar la ley de acuerdo con lo alegado y probado.

Eso hace que al estar privados los jueces civiles de los medios de prueba que debieron aportarse y no se aportaron, se encontraran en situación propicia para ser engañados, en cuyo engaño y subsiguiente error fue causal y determinante la "torpeza" del querellante y personas de su entorno, que omitieron una actuación que con absoluta seguridad hubiera impedido el error.

Desde este punto de vista el engaño no es "basante" o "suficiente" si lo valoramos como comportamiento del sujeto agente que tiende a provocarlo, ya que con la documentación y demás pruebas aportadas al juicio civil por el demandante jamás lo hubiera conseguido.

La negligencia del querellante, sin ser dicho sujeto el objetivo del engaño, fue determinante para confundir al juez, lo que hace que de tal comportamiento no pueda aprovecharse para construir un engaño procesal, que el acusado con sus propios medios falaces o ardidés empleados no hubiera podido alcanzar nunca, quedando el comportamiento fraudulento de éste prácticamente en un delito imposible.

**6.** La estimación de este motivo hace que los hechos deban ser calificados como apropiación indebida, aspecto que no ataca el recurrente, por cuanto quedó patente y así lo recogen los hechos probados la conducta integrante del art. 252 C.P., al haber negado la recepción de una cantidad dineraria, cuando era consciente de que no era cierto y ello con el propósito de cobrar dos veces por un mismo concepto con el consiguiente perjuicio del querellante». (F. J. 8º)

#### **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA. No concurre.**

Recurso: Casación nº 1575/2007

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 34/2008 de fecha 21/01/2008

«...La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección, absolvió libremente a Iván M. C. de un delito de agresión sexual y dos más de lesiones, aplicando, aunque *no explícitamente*, la excepción de cosa juzgada, en los términos que seguidamente expondremos. Interpone este recurso de casación el Ministerio Fiscal. (F. J. 1º)

Razona la sentencia recurrida la relevancia de la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Menores, en relación con los mismos hechos ahora juzgados en la instancia. En efecto, el Juzgado de Menores número 6 de Barcelona, dictó con fecha 30 de mayo de 2005, sentencia por la que se absolvía al menor Jordi P. G., declarando unos hechos probados contradictorios con los que eran ahora objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, para el mayor de edad penal (Iván M.C.), por ser "*diametralmente contrario e inconcilliable con el relato fáctico propuesto por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular*". En síntesis, en la madrugada del día 2 de mayo de 2004, la menor Zoraida, mantuvo relaciones plenamente

consentidas con ambos, y declaró probado también que las lesiones que padecía se produjeron como consecuencia de diversas caídas fortuitas y por la intensidad de las relaciones sexuales mantenidas. En la instancia de que dimanen estos autos, sin embargo, se le acusa al mayor de edad del *forzado mantenimiento de relaciones sexuales*, consecuencia de la cual se produjeron las lesiones que presentaba la víctima.

La Sala sentenciadora de instancia se pregunta si ha de reconocerse alguna relevancia, a la hora de valorar la prueba practicada en el juicio, a los hechos consignados como probados en la sentencia del Juzgado de Menores, reconociendo, sin embargo, que *“el hoy acusado no poseía tal condición ni era parte en el procedimiento seguido en el Juzgado de Menores”*, pero también indicando que *“la sentencia de Menores sí se pronuncia expresamente sobre su intervención en los hechos denunciados en el sentido de proclamar que las relaciones sexuales mantenidas por él y por el menor Jordi P. G. con Zoraida ... fueron plenamente consentidas y al declarar igualmente que las lesiones que presentaba la menor se produjeron todas ellas de forma fortuita”*.

En definitiva, la Sala de instancia reconoce que las conclusiones fácticas alcanzadas por el Juzgado de Menores le vinculan “en alguna medida” a dicho Tribunal a “la hora de pronunciarse sobre la responsabilidad penal del aquí procesado”. Pero a renglón seguido reconoce que la jurisprudencia de esta Sala Casacional impide la estimación del instituto de la cosa juzgada.

En efecto, una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98), que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio «non bis in idem», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones (e incluso de proporcionalidad y culpabilidad), principios que se configuran como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la LECrim. en cierta manera hoy muy relativizadas por el art. 10º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el

primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada **en unión** de las demás existentes.

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 (STS 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in ídem», y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.1977, según el cual «nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país».

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos (STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998).

... los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

1) identidad sustancial de los **hechos** motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.

2) identidad de **sujetos pasivos**, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa **y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta)**, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

Por ello, tal como declaró la propia sentencia de esta Sala número 500/2004 de 20.4, «el que un hecho haya sido juzgado aisladamente y con posterioridad al **resto** [de acusados], ello no justifica la aplicación del instituto

de la cosa juzgada, porque los hechos de la presente causa no han sido juzgados por ser hechos distintos y por tanto, no hay riesgo de vulneración del *non bis in idem*».

Con todo, el Tribunal “a quo” reafirma la consideración de cosa juzgada (aunque no lo aprecie así de forma explícita), bajo la invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. Se refieren con ello los jueces “a quibus” a la incompatibilidad declarada por la doctrina constitucional entre la existencia de pronunciamientos contradictorios firmes entre diversas resoluciones jurisdiccionales, por ser incompatible con el principio de seguridad jurídica. El TC ha reiterado que sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes (y entre ellas, lo que aquí no ocurre) con efectos de cosa juzgada material (por todas, SSTC 159/1987, de 26 de octubre, F. 2; 2/2003, de 16 de enero, F. 3 b), o 229/2003, de 18 de diciembre), pero no cuando no se ha juzgado al demandante en amparo en el proceso anterior (que es el caso).

Esto es precisamente lo que ocurre en este caso. Es incuestionable que Iván M. C. no ha sido juzgado en el proceso penal precedente: primero, porque al ser mayor de edad penal, no hubiera podido serlo en nuestro sistema de dualidad de enjuiciamiento en caso de tratarse de mayores y menores, lo que, aunque pueda ser criticable, es la realidad legal de la que debemos partir; y en segundo lugar, porque no le afectaba el fallo al no encontrarse en esa relación penal anterior, ni en la parte dispositiva de la sentencia que la Sala de instancia toma como referencia. Precisamente por ello, no pudo dicho Tribunal partir “*como premisa fáctica obligada e ineludible de nuestra resolución, el relato de hechos contenido en la sentencia firme del Juzgado de Menores*”, “*sin ni siquiera proceder a valorar la prueba practicada en el presente juicio (razón por la que esta sentencia no contiene un relato propio de hechos probados)*”, ya que el fallo anterior carecía del requisito de la identidad de sujeto pasivo a los efectos de la cosa juzgada: en suma, no había sido juzgado *precedentemente* por el Juzgado de Menores.

Siendo ello así, no puede predicarse para él, el instituto de la cosa juzgada, pues no concurre uno de sus requisitos esenciales.

Y si como acertadamente exponen los jueces “a quibus”, el Juzgado anterior no debió consignar su nombre en los hechos probados anteriores, es evidente que se trató de un error en el pronunciamiento de los mismos por parte del juzgador de menores, que no puede arrastrar ahora otro, el de los jueces de la Audiencia.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal, y revocar la Sentencia de instancia, para que los mismos magistrados procedan a dictar de nuevo Sentencia, con el oportuno relato fáctico, valorando las pruebas practicadas ante ellos, y dictando en definitiva, sentencia de fondo, todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia». (F. J. 2º)

**EXIMENTE. Incompleta de obrar en el cumplimiento de un deber. Proporcionalidad en el empleo de la fuerza en actuación policial.**

Recurso: Casación nº 254/2007  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 778/2007 de fecha 09/10/2007

«no resulta de recibo la afirmación del recurrente de que hacer depender el grado de resistencia de la simple condición sexual de dos de los agresores evoca concepciones felizmente caducas y trasnochadas. Los varones, por regla general, tienen una fuerza física superior a la de las mujeres, sin que ello suponga negar la igualdad entre los dos sexos, igualdad que es jurídica y no se identifica con la igualdad o fortaleza física.

La fuerza física no es un criterio que tenga valor alguno para medir la dignidad de una persona, pero si es un factor para comparar potencias físicas, que el propio legislador ha tenido en cuenta, Vid. LO. 11/2003 de 29.9 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y LO. 1/2004 de 22.12 de medidas de protección integral contra la violencia de género, para configurar tipos penales, arts. 153, 171.4, 172.2 y 173.1, en los que la mujer es objeto de especial protección.

Por ello, al tratar de dilucidar si para reducir a las tres personas era indispensable golpear con las defensas con tanta intensidad como para producir en una de ellas ,lesiones graves del art. 150 CP. si puede compararse la complexión física de los intervinientes. Y resulta que la preparación profesional y potencia física de al menos, cinco Ertzainas, era lo suficientemente superior como para haber podido reducir a tres personas, dos de ellas mujeres, desarmadas, sin necesidad de usar directamente la defensa con golpes directos de especial intensidad.

Como sigue diciendo el Ministerio Fiscal el simple blandir la defensa aparecía ya como una forma disuasoria que seguramente hubiera sido suficiente, solo sí en una escalada progresiva los tres implicados hubiesen incrementado su resistencia resultando insuficientes esos otros medios, cabría pensar en la legitimidad de un uso.

En definitiva no se trata de comparar resultados sino medios, tal y como reclama el recurrente. Ahora bien el resultado también ilustra sobre el medio: la naturaleza de las lesiones y su gravedad (resultado) ilumina sobre la intensidad o brutalidad del golpe propiciado (medio)». (F. J. 10º)

**EXIMENTE. Legítima defensa. No concurre.**

Recurso: Casación nº 11107/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 932/2007 de fecha 21/11/2007

«...Siendo así incólume el relato fáctico no pueden entenderse concurrentes los requisitos de la legítima defensa invocada por el recurrente.

En efecto debemos recordar, siguiendo la doctrina sentada en las SSTs. 1262/2006 de 28.12 y 544/2007 de 21.6, que esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un "ánimus defendendi" que, como ya dijo la STS. 2.10.81, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor ("ánimus necandi o laedendi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

El agente debe obrar en "estado" o "situación defensiva", vale decir en "estado de necesidad defensiva", necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la STS. 1760/2000 de 16.11, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

(...)

En el caso presente la actitud del grupo de jóvenes, burlándose de la menor Evelyn que se encontraba ebria bailando en el centro de dicho grupo, no puede considerarse como una situación de amenaza que hiciese previsible un peligro real o inminente para su integridad física, que justificase la intervención del acusado, primo de aquélla, que increpó a uno de ellos, Pedro Julian, discutiendo con él y peleándose ambos; y dando lugar a las sucesivas disputas y peleas con Luis Alfonso y José Guillermo, sin que el mero hecho de que cuando el acusado se retiraba del lugar fuese seguido por esos tres jóvenes implicase esa situación de riesgo inminente, que hiciese necesario el uso de una navaja frente a personas desarmadas.

La versión del acusado de que estaba siendo agredido por un grupo de personas se compadece mal con el informe forense obrante en las diligencias acreditativo de la falta de lesiones importantes sufridas por el acusado, y en modo alguno podría servir de justificación para la agresión por la espalda a Oliver Castro quien no habría intervenido en los hechos, limitándose, para poner fin a la pelea, a ponerse delante del acusado, pero de espaldas al mismo.

El motivo por lo razonado, se desestima. (F. J. 2º)

El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 21.1 CP. con los efectos penológicos del art. 68 CP. pues, alternativamente al motivo anterior, si se entiende que existió desproporción en la defensa por la utilización del arma blanca, sin que hubiese necesidad de la utilización por situación que se habría originado.

Conviene recordar como los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa, según el art. 20.4 CP. son:

a) la existencia de una agresión ilegítima previa a la actuación defensiva que se enjuicia.

b) la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el exclusivo ánimo de defensa que rige la conducta del agente.

c) la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.

De ellos, según reiterada Jurisprudencia, por ejemplo STS. 1515/2004 de 23.12, el único graduable y que, por ende, puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, toda vez que tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados: concurren o no concurren. A excepción, si acaso, de la denominada “legítima defensa putativa” que supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, no se ha producido, al menos con la gravedad que, equivocadamente, se le atribuye. Por ejemplo, cuando se cree que se está siendo amenazado con un arma de fuego y, realmente, el objeto empleado tan sólo simula ese arma.

Pero, salvo esas excepcionales situaciones, que tienen por otra parte su tratamiento adecuado en nuestra doctrina jurisprudencial, lo cierto es, como ha quedado dicho, que agresión ilegítima previa y ausencia de provocación de la misma son elementos siempre imprescindibles de la legítima defensa.

(...)

Es, por consiguiente, en la adecuación del medio empleado para defenderse donde puede ubicarse la línea que separa la eximente completa de la incompleta, ya que, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. de 20 de abril de 1.998 y de 19 de Marzo de 2001, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión.

La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado efecto extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que ningún caso puede hablarse de legítima defensa.

En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, que puede dar lugar a la apreciación de una eximente incompleta de legítima defensa con los efectos penológicos derivados de la misma, bien entendido que para juzgar la necesidad racional del medio empleado, como dice la STS. 3.6.2003, "no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho". O también que: "lo que aquí interesa, es precisamente, dejar claro que el ánimo defensivo no legitima cualquier comportamiento externo defensivo, sino sólo los que sean necesarios, es decir que cumplan con el requisito de la necesidad racional del medio empleado. Este juicio depende de una comparación entre la acción llevada a cabo por el defensor y la que, en su situación concreta, hubiera sido ya suficiente para repeler o impedir la agresión" (STS. 14.3.2003).

Doctrina la expuesta que aplicada al caso que examinamos impide la apreciación de la eximente incompleta, por cuanto, partiendo del relato fáctico, difícilmente podrá apreciarse esa necesidad racional en el empleo de una navaja frente a unas personas desarmadas, sino porque, en todo caso, faltarán los requisitos de la agresión ilegítima, y por ende de la necesidad de defensa, y de la falta de provocación suficiente, al haber partido del propio acusado el inicio del incidente del que se derivaron el resto de los hechos recogidos en el *factum*». (F. J. 3º)

#### **FALSEDAD DOCUMENTAL. Concepto de documento mercantil.**

Recurso: Casación nº 2254/2006

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 815/2007 de fecha 05/10/2007

«...Por lo que se refiere a la imputación del delito de falsedad conviene recordar el tratamiento dado a la denominada falsedad ideológica en el Código Penal vigente. Inicialmente se cuestionó si había sido destipificada. En particular en lo relativo a determinadas modalidades de aquella, que, se estimó, puede ser reconducida al tipo del art. 390.1.2 del Código Penal, (en línea con lo dispuesto en el ordinal 9º del art. 302 del Código Penal de 1973) cual es el supuesto de las denominadas facturas falsas.

Da cuenta del debate, entre otras la sentencia de 26 de febrero de 1998 que incluye un voto particular acerca de la supuesta despenalización de la denominada falsedad ideológica.

La Sentencia de esta Sala de lo Penal del TS de 24 enero 2002 recuerda la subsistencia de algunas falsedades denominadas doctrinalmente ideológicas. La falsedad ideológica del particular continuará siendo típica bajo el Código Penal de 1995 (art. 390.1.2) cuando el documento, las facturas *"...constituyen una **ficción total**, simulando la creación de documentos mercantiles inexistentes, con suficiente apariencia de credibilidad para inducir*

a error a las sociedades de leasing a las que iban destinadas..." La función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y **ya no** se trata de que en las **declaraciones** que se contienen **en los citados documentos se haya faltado a la verdad**, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido.

Relevantes en la misma línea han sido la sentencia 1/1997 de 28 de octubre y las de 25 de junio y 14 de diciembre de 1999: De éstas últimas, como recuerda la de 24 de enero de 2002, "...parece emerger un nuevo criterio para demarcar la frontera entre la pura falsedad ideológica impune -faltar a la verdad en la narración de los hechos-, y la simulación de documento encuadrable en el art. 390.1.2: cuando la autenticidad se refiere al **origen creador del documento**. Y así, se dice: si el documento **no obedece en verdad al origen** objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él, su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece **originado subjetivamente por persona distinta** de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el núm. 2.º del art. 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número cuarto del art. 390 del CP en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de febrero de 1999, recordada entre otras muchas en las Sentencias de este Tribunal 900/2006 de 22 de septiembre y 63/2007 de 30 de enero, se acordó mayoritariamente que la confección completa de un documento mendaz, que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2 del CP, optando por tanto por una interpretación lata del concepto de autenticidad.

En esa línea se sitúa ya la sentencia 2028/2002 de 2 de diciembre en que estima típico el comportamiento de confección de albaranes cuyo contenido era **íntegra y radicalmente mendaz** creando de ese modo un instrumento mercantil "ex novo" que simula una relación jurídica absolutamente inveraz

Igual doctrina, esta vez con consecuencias de absolución, mantiene la sentencia 667/2007 de 12 de julio referente a un supuesto de **factura en que lo mendaz es la inclusión de algunas partidas** que no corresponde a la realidad junto a otras operaciones facturadas y sí realizadas, en una relación verdaderamente existente. Concluimos entonces que "...Esa modalidad falsaria no es típica cuando es cometido por particulares (art. 392 Cp), pues la factura se corresponde a una efectiva reparación, no aparece alterada en sus contenidos y si **se falta a la verdad en un concreto apartado de su contenido.**"

Es de resaltar que, en el caso que ahora examinamos, ni las acusaciones ni la sentencia de instancia se cuidan de precisar que ordinal, del apartado 1 del art. 390 del Código Penal, es el que admite los hechos probados como típicos. En la impugnación del recurso el Ministerio Fiscal hace referencia a que los hechos constituyen el tipo del nº 1º de dicho apartado 1 del art. 390 del Código Penal. Pero, si hemos rechazado la subsunción en el 390.1.2 del Código Penal de la falta de verdad sobre la naturaleza de la mercancía que se hizo figurar en las notas de entrega, con mayor razón hemos de rechazar la intención de subsumirla en el tipo del art. 390 1.1º del mismo texto legal.

Tal tipo hace referencia a las "alteraciones" en un documento. Esa producción de un "otro" exige un "previo" contenido que, a consecuencia de la acción falsaria, se ve mudado (añadir cláusulas antes no existentes, interlinear contenidos inexistentes antes, borrar materialmente expresiones, etc..). También se viene considerando alteración, aunque coetánea con el nacimiento del documento a la vida jurídica, la acción material de fingir letra de suerte que se busque aparentar que ha sido escrita por otro, o situar la firma de éste como autor del documento o poner una fecha diversa de aquella en la que el documento efectivamente es confeccionado. Así, entre muchas, la sentencia de este Tribunal de 3 de abril de 2001 que indica que la fórmula sintética del nº 1º del apartado 1 del art. 390 del Código Penal "alterar un documento" *incluye las conductas descriptivas que en el anterior Código Penal se encontraban en las expresiones tales como contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica, alteraciones de fechas, hacer intercalaciones.....*

Sin embargo, la alteridad entendida como diversidad, entre el contenido documentado y la realidad, que aparece tipificada en ese ordinal no puede acoger toda falta de coincidencia, por esencial que sea, entre lo que se enuncia en el documento y la realidad. De ser así la descripción típica abarcaría toda mendacidad del contenido del documento, sin más límite que la esencialidad de la materia sobre la que tal contenido falso verse, haciendo los demás tipos inútiles.

Los hechos probados de la sentencia recurrida en este caso, a los que debemos atenernos, solamente afirman:

**a)** Que D. Julián, acusado conforme con su condena, suscribió unas notas de entrega.

**b)** que en ellas se hacía constar que por la empresa Chapas E. S.A. se entregaba a Marqueterías y F. 2000 S.L. unas partidas de madera.

**c)** que sobre la naturaleza de lo entregado se hizo figurar que era *contrachapa*, cuando en verdad era de *madera de cerezo*, de mucho mayor valor.

Es evidente que, no cuestionándose la realidad de la entrega de madera, y que ésta tuvo lugar entre las citadas empresas y que la persona que figura en la nota es la que realmente la confeccionó, se está en el caso de un

enunciado mendaz, emitido por particular, que no implica la total ficción o simulación del origen de la emisión del documento, ni ficción en cuanto a la autenticidad o identidad de los sujetos que se dicen intervinientes. Por ello no se rebasa conforme a la consolidada doctrina anteriormente expuesta el ámbito de la falsedad ideológica por particular en los casos que aquella considera que es atípica. Por más que resulte de obvia relevancia económica el dato objeto de la falsa narración escrita en la nota. Ni ello es la alteración del nº 1º ni la simulación del nº 2º del apartado 1 en ambos casos del art. 390 del Código Penal. En consecuencia limitándose el comportamiento imputado a enunciar un hecho diverso del verdadero, siendo el autor un particular, por aplicación del art. 392 del Código Penal el mismo no puede considerarse autor del delito de falsedad por el que viene condenado.

Por ello el motivo debe ser estimado.

Lo anterior releva del examen del resto del contenido de este motivo». (F. J. 1º)

### **FALSIFICACIÓN. Inocuidad.**

Recurso: Casación nº 1853/2007  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 204/2008 de fecha 08/05/2008

«...La cuestión de la inocuidad de la falsificación se refiere a la insignificante alteración de la función probatoria del documento. Consecuentemente, será de apreciar cuando el documento alterado no permita probar un hecho diverso del contenido en el documento original o cuando la alteración del hecho constatado no determine la constatación de un hecho diverso del que se quiere constatar a los efectos de la prueba que el documento debe satisfacer. Desde esta perspectiva es erróneo el punto de vista del recurrente en tanto pretende que la cuestión depende o puede depender del tipo subjetivo del delito. En efecto, no se trata de si el autor tuvo o no "ánimo dañoso" o de si pretendía causar perjuicio, sino, como se dijo, de si la falta de veracidad altera o no la función probatoria del documento. El tipo subjetivo se dará, a su vez, cuando el autor haya sabido del riesgo concreto que su acción generaba respecto de la alteración de dicha función del documento». (F. J. 2º)

### **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Falsificación de tarjetas de crédito: equiparación. Cooperador necesario.**

Recurso: Casación nº 1187/2007  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 42/2008 de fecha 18/01/2008

«..El Ministerio Fiscal, sostiene que, tal como incluyó en su calificación definitiva en la instancia, y de acuerdo con los hechos probados de la sentencia, dado que jurisprudencialmente la falsificación de tarjetas de crédito es equiparable a la del papel moneda, los acusados debieron ser condenados como cooperadores necesarios, pues hubo concierto previo con los autores materiales, para hacer constar en las tarjetas una identidad falsa coincidente con la que figuraba en la documentación también falsificada de la misma identidad y para lo cual los acusados entregaron sus respectivas fotografías. Y por ello, el Ministerio Público solicitó que se condenara a ambos acusados en los términos interesados en su escrito de conclusiones definitivas.

Ciertamente el *factum* hace constar que los acusados "...se desplazaron a la localidad de Calpe, portando el primero de ellos dos tarjetas Visa Electrón con números 4277 2330 0055 1155 y 4265 6764 0396 2938 respectivamente y una tarjeta Mastercard Barclay Card con la numeración 5430 7300 0060 0065, las tres a nombre de Bartipan, mientras que Georgi portaba una tarjeta Visa Electrón con número 4540 3102 4619 4015 y otra Mastercard Barclay Card con número 5412 5301 7944 3541, las dos a nombre de Wolf. Todas estas tarjetas habían sido confeccionadas por personas no identificadas para ser utilizadas por los acusados con ánimo de lucro en perjuicio de terceros en operaciones de compras, incorporando los datos personales de Bartipan y Wolf y las numeraciones y datos de las bandas magnéticas de las tarjetas genuinas, a un soporte plástico en el que figura como entidad bancaria emisora una distinta a la real, todo ello con perfecto conocimiento de los acusados.

Además Bozhidar E. B. portaba una carta de identidad checa a nombre de Bartipan M., mendazmente elaborada por persona no identificada y a la que se incorporó la fotografía facilitada por aquel. A Georgi D. L. portaba una carta de identificación irlandesa a nombre de Wolf G., confeccionada de manera similar con la incorporación de la foto del acusado que él mismo facilitó para su elaboración".

De ello merece sobre todo destacarse el paraje en el que se declara probado que: "Todas estas tarjetas habían sido confeccionadas por personas no identificadas para ser utilizadas por los acusados con ánimo de lucro en perjuicio de terceros en operaciones de compras, incorporando los datos personales de Bartiplan M. y Wolf G. y las numeraciones y datos de las bandas magnéticas de las tarjetas genuinas, a un soporte plástico en el que figura como entidad bancaria emisora una distinta a la real, todo ello con perfecto conocimiento de los acusados".

Y aunque en el Fallo no se incluyó la absolución que se imponía en consecuencia, no obstante, el Tribunal de instancia argumentó en su fundamento de derecho primero sobre ella, diciendo que: "*El Ministerio Fiscal, imputaba a los acusados, además de los delitos que luego se dirá, la comisión de sendos delitos de tenencia de moneda falsa del artículo 386.2º del Código Penal, interesando se les imponga la pena de 6 años de prisión a cada uno de los acusados e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena*".

Y la Sala a quo siguió precisando que: *"El criterio de esta Sala sentenciadora es que el simple uso de las tarjetas de crédito como documento mercantil, no es incardinable en el artículo 386 del Código Penal, puesto que dicho precepto no incluye el simple uso de ellas, sin que tampoco acudiendo al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 29 de junio de 2002 del Tribunal Supremo, se pueda alcanzar dicha conclusión, pues al no haber resultado probado que los acusados fueran los autores de la falsificación de las tarjetas ex novo, ni que las hayan introducido en el país, ni que las hayan expedido ni distribuido, ni que su tenencia lo fuera con la intención de distribuirlas, lo procedente será subsumir la conducta de los acusados en los delitos de falsificación de documento mercantil y oficial para cometer un delito de estafa"*.

Así pues, los jueces a quibus haciendo referencia a las figuras de los nº 1 y 2 del párrafo primero del art. 386 CP -aunque la pena solicitada corresponde al supuesto atenuado previsto en el párrafo segundo del mismo artículo-, descartan tanto la *"introducción, expedición o distribución"*, como la *falsificación material*. Pero la imputación, en realidad, se realizaba en concepto de *cooperadores necesarios*, por haber proporcionado a los autores materiales de la falsificación de las tarjetas los datos de identidad que en ellas se plasmaron y que habrían de coincidir con los obrantes en los documentos de identidad, con fotografía incorporada igualmente, confeccionados al efecto.

La Sala de instancia se refiere también al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 28-6-02 que se adoptó en los siguientes términos: *"Las **tarjetas** de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de dinero de plástico, que el art. 387 CP equipara a la moneda, por lo que la **incorporación** a la "banda magnética" de uno de estos instrumentos de pago, de unos **datos** obtenidos fraudulentamente **constituye** un proceso de **fabricación o elaboración** que debe ser incardinado en el art. 386 CP"*.

Aunque por sí mismo el acuerdo no sea determinante para la atribución a los acusados de la *incorporación* de los datos a las tarjetas, tampoco impide que, caso de existir pruebas de haber sido ellos quienes proporcionaran los datos precisos para ello, puedan ser declarados responsables en el referido concepto de *cooperadores necesarios*, al amparo del art. 28 b) CP. Y ello es lo que cabe entender dada la coincidencia de datos mas arriba relacionada, y la indudable entrega de las fotografías para la confección de la carta de identidad checa y de la carta de identidad irlandesa de que hizo uso respectivamente cada acusado.

Esta Sala ha dicho con relación a un caso muy similar (Cfr. STS de 4-4-2007, nº 287/2007), que *"si analizamos la impugnación desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el Tribunal alcanza su convicción a partir de la intervención a la acusada de tres tarjetas de crédito falsas, tanto en la información de su banda magnética como en la propia conformación plástica de la tarjeta, a la que se hizo figurar el nombre de la recurrente para lo que debió proporcionar su identificación y así hacerla corresponder con la de la tarjeta que se falsificaba"*». (F. J. 1º)

## **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Tenencia de útiles a tal fin consumado o de tentativa de falsificación.**

Recurso: Casación nº 10772/2007 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 226/2008 de fecha 09/05/2008

«...El segundo Recurso, interpuesto por el también condenado con la misma pena y como autor de idéntica infracción que los recurrentes anteriores, así mismo se apoya en un motivo único, en este caso con base en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida aplicación del artículo 400 del Código Penal, que describe el delito de tenencia de útiles para la falsificación, en lugar de la figura del delito de falsificación de tarjetas bancarias en grado de tentativa, de los artículos 16.1, 62, 386 y 387 del mismo cuerpo legal, con una penalidad evidentemente más leve que la del tenido en cuenta por la Sentencia recurrida.

En primer lugar hay que afirmar que el relato de hechos contenido en la Resolución de instancia, de carácter intangible como sabemos a través de un cauce casacional como el presente, describe unas conductas que integran plenamente los elementos contenidos en el tipo penal aplicado por la Audiencia, es decir, la tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas bancarias del artículo 400 del Código Penal.

El recurrente, no obstante, sostiene que esa misma acción también puede incardinarse, y así ha de acerse, en el supuesto de la tentativa de la propia falsificación de tarjetas, como grado de ejecución en el que se hallaban los acusados dentro de su objetivo delictivo, que no era otro que el de la definitiva obtención de instrumentos de pago falsificados mediante la utilización de los datos, grabación de bandas magnéticas de tarjetas auténticas y claves numéricas para su posterior uso, que pretendían obtener en el momento en el que fueron sorprendidos por la policía.

Y cita en apoyo de su tesis la Sentencia de esta Sala de 17 de Junio de 2004, cuando afirma que:

*“En todo caso debiendo permanecer intangible el “factum” (art. 884.3 LECrim) se afirma en el mismo que “los procesados participaban del intento fraudulento colocando y recogiendo esos segundos lectores que equivocan y confunden a los usuarios, para captar sus datos y utilizarlos posteriormente fabricando tarjetas espurias”, lo que equivale cuando menos a describir diáfananamente actos inequívocos y exteriores de ejecución del delito que se integran en una tentativa técnicamente idónea, conforme se describe en el artículo 16.1 CP”.*

Pero omite que, a continuación del texto transcrito, esa misma Resolución También dice:

“...calificación incluso benévola, como apunta el Ministerio Fiscal en su informe, por cuanto el “*factum*” **bien pudo ser subsumido en el tipo previsto en el artículo 400 CP**, que castiga la fabricación o tenencia de útiles destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, al que correspondería una pena superior a la impuesta.”

Por lo que no puede sostenerse, en puridad, que la doctrina proclamada por dicha Sentencia precedente, en un caso muy semejante al que nos ocupa, sea favorable a la invocada por quien hoy recurre, sino que, antes al contrario, ya en aquella ocasión esta Sala, aún aprobando para su confirmación el criterio que era objeto de Recurso puesto que no cabía otra posibilidad, señalaba como hipótesis más acertada precisamente la calificación que ahora se cuestiona.

Y es que, en efecto, dos son las alternativas posibles, a saber, o nos hallamos ante un mero acto preparatorio de la falsificación, que nuestro Legislador ha querido tipificar en forma autónoma, incluso con una sanción equivalente a la que correspondería al delito consumado, o frente a una tentativa que, simultáneamente, es susceptible también de ser calificada como infracción del artículo 400, es decir, ante un concurso de normas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal, en todo caso habrá de ser castigado con la pena más severa.

Con una u otra interpretación, la conclusión alcanzada en este caso por la Audiencia es la correcta.

Y es que no tendría sentido alguno, en definitiva, el que estando prevista expresamente en la Ley la figura de la mera tenencia de útiles, cuando se inicia la efectiva utilización de éstos la pena hubiera de rebajarse, al vincularse a un grado incompleto de ejecución del delito de referencia, que no es otro que el de la falsificación de las tarjetas.

De modo que, con la desestimación de este único motivo, el Recurso ha de seguir semejante destino desestimatorio». (F. J. 2º)

### **JURISDICCIÓN. Principio de territorialidad. Teoría de la ubicuidad en relación a los actos de preparación o de comienzo de ejecución del delito.**

Recurso: Casación nº 217/2007

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 1/2008 de fecha 23/01/2008

«..La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada *teoría de la ubicuidad*.

De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos.

En los delitos de *omisión* el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada la acción, salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales.

En los casos de *tentativa* o *preparación* el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido).

Esta es la configuración que la teoría de la ubicuidad presenta en un importante número de legislaciones penales europeas que la han adoptado positivamente

... La difusión alcanzada por esta norma entre los derechos penales nacionales permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos.

...El derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional. Las razones que sostienen esta regla especial de aplicación del derecho nacional a los casos que se preparan o que comienzan a ejecutarse para ser cometidos en el territorio del Estado son claras y tienen total paralelismo con las que conforman el criterio de la ubicuidad: el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional.

En el presente caso, por lo tanto, la cuestión planteada es clara: los acusados comenzaron la ejecución del delito fuera de las aguas territoriales españolas amenazando claramente el orden jurídico español y el territorio español en que introducirían a los inmigrantes transportados. Consecuentemente, el delito debe ser considerado cometido dentro del territorio español, pues en éste debía producirse, según la representación de los autores, el ingreso clandestino de las personas transportadas. Dicho de otra manera: en estos supuestos sólo entra en consideración el principio de territorialidad y el delito ha tenido lugar en territorio español». (F. J. único)

**JURISDICCIÓN. Tráfico de migrantes por mar. Atribución de competencia. Aplicación del protocolo que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.**

Recurso: Casación nº 895/2007

Ponente: Sr. Varela Castro  
Sentencia: nº 1121/2007 de fecha 03/01/2008

«.España tiene jurisdicción para juzgar el hecho imputado al acusado lo que acarrea la nulidad de la sentencia recurrida.

De lo anterior deriva que el hecho objeto del proceso en que el Tribunal de instancia declinó su jurisdicción, constituye un comportamiento **tipificado en el Código Penal español de 1995**, y ello es así por la introducción de tal tipo penal (artículo 318 bis) por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.

Y se trata también de un delito que, por previsto en el art. 6 del Protocolo, pasó a formar parte de los de referencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En consecuencia el Estado Español resulta facultado para la intervención, incluso fuera de aguas jurisdiccionales, mediante la visita e investigación de la embarcación, en la medida que concurrían motivos racionales para estimar probable la comisión del delito citado.

Y, además, según el citado Protocolo para "establecer su jurisdicción" en relación al enjuiciamiento del delito y ejercitar las facultades legales según su Derecho interno, para el enjuiciamiento de los denunciados. El derecho interno faculta para la extensión jurisdiccional, según su art. 23.4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a dicha cobertura jurídica de la citada Convención.

Tales **disposiciones sustantivas** (la tipificación de la conducta en el derecho interno a través del art. 318, bis del Código Penal) **y orgánicas** (art. 23.4.h;) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) **satisfacen la previsión de las medidas que el Estado español tenía que adoptar**, o tener adoptadas, para la plena eficacia del compromiso internacional asumido por la ratificación de la Convención y Protocolos citados. Precisamente en ese particular se evidencia la falta de comprensión de la razón dada por la resolución recurrida, que, tras hacer protesta de la supuesta ausencia de tales medidas, omite indicar en qué otra cosa habrían de consistir.

Lo que es suficiente, sin necesidad de invocar los principios de territorialidad ni el de protección, para la estimación del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Porque el comportamiento denunciado se asimila, ex Protocolo, a los descritos en la Convención, y resulta evidente que la migración tenía como objetivo la inmigración en territorio Español, estando tal comportamiento tipificado y teniendo decidido el Estado español la extensión de su jurisdicción al enjuiciamiento de tal hecho.

No hay lugar pues a entrar a considerar las demás alegaciones sobre la naturaleza del delito en relación a la persistencia en la ejecución del comportamiento tipificado, cuando los inmigrantes son trasladados a territorio español, en el que, según el citado Ministerio fiscal, cabría entender cometido el delito. Ni a invocar otros principios de extensión jurisdiccional.

No obstante, cabe añadir que, tratándose de un delito cuya estructura típica incluye la modalidad comisiva de actos de mero favorecimiento o promoción de los que son lesivos para el bien jurídico protegido, el tratamiento procesal de la competencia para su enjuiciamiento se asimila al de los supuestos de tentativa.

En relación a tales comportamientos delictivos, el lugar de *comisión*, que es el criterio de naturaleza procesal determinante de la competencia, ex art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe determinarse conforme a lo que hemos acordado en Sala General de 3 de febrero de 2005. Es decir que el delito se *comete* en cualquiera de aquellos lugares en que se despliega la actividad del sujeto o se manifiesta el resultado típico. Y cuando se trata de una consumación interrumpida, como es el caso de la tentativa, o se estima consumado por el comportamiento meramente favorecedor de la lesión del bien jurídico, el **lugar** en que el **resultado habría de producirse o la lesión habría de ocasionarse** se erigen en criterios de atribución de competencia, **concurrentes** con el del lugar de la **actuación** del sujeto». (F. J. 4º)

#### **LESIONES. Subtipo agravado del art. 148.1º CP. Armario arrojado sobre un discapacitado físico.**

Recurso: Casación nº 2134/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1114/2007 de fecha 26/12/2007

«...El fundamento de la agravación reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones, lo que se traduce en una mayor perversidad criminal, teniendo naturaleza jurídica de peligro concreto, siendo su elemento objetivo la utilización en la acción de cualquiera de los instrumentos, medios, métodos o formas que se describen en el precepto, y el subjetivo, el dolo, en cuanto aprovechamiento de tales formas en la comisión delictiva para poner en concreto peligro la integridad o salud del lesionado, aceptando expresamente, o representándose la posibilidad, de causar tales mayores probabilidades de agresión del bien jurídico protegido.

En el caso enjuiciado, se expone que el método agresivo fue arrojar un armario encima de José Manuel S. R., quien padecía una paraplejía que le obligaba a utilizar silla de ruedas, produciéndole graves heridas en la cabeza (traumatismo craneo-encefálico, así como una herida inciso contusa en el cuero cabelludo y contusiones varias). Es decir, se utilizó bien un objeto (un armario), unos medios (*arrojar* dice el relato fáctico, sobre el sujeto pasivo del delito), o bien unos métodos o formas (que igualmente integran el subtipo agravado en el caso analizado), que resultan *concretamente peligrosos* para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. De cualquier forma, es evidente que esa forma de utilización de un objeto de gran tamaño y peso (lo que resulta notorio), sobre la cabeza de quien se encuentra desvalido y en estado de discapacidad física, integran la agravación específica que se describe en el

art. 148-1º del Código penal. Obsérvese que le produjeron nada menos de 18 puntos de sutura en la cabeza al herido. No es precisa una descripción de las características físicas del instrumento empleado cuando por los efectos producidos, revela sin duda alguna su peligrosidad, lo que ocurre en el caso de autos». (F. J. 4º)

### **LESIONES PSÍQUICAS.**

Recurso: Casación nº 1006/2007

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1086/2007 de fecha 13/12/2007

«3.- En este punto, nos remitimos a la doctrina de esta Sala en la que se advierte que las agresiones o abusos sexuales conllevan como consecuencia inherente, además de las físicas que se hubieran podido causar a la víctima, una reacción psíquica que se considera como afectación añadida a los hechos que integran la agresión sexual o el abuso. Las alteraciones psíquicas, en personas de tan corta edad, no pueden ser descartadas pero no es admisible, sin mayores connotaciones causales considerarse como delitos autónomos de lesión psíquica ya que se trata de una reacción que depende de factores absolutamente incontrolables que se producen según las circunstancias personales de las víctimas. Su componente es muy variado y el tratamiento psicológico nos habla de un natural stress y de una enuresis, es decir, micciones nocturnas que son frecuentes en personas de dicha edad sin que sea debido necesariamente a un acto de las características del que se recoge en el hecho probado (tocamiento del pene).

4.- Elevar estas consecuencias a la categoría de delito autónomo, desconectado del abuso sexual aplicándolo en concurso real, requeriría la existencia de un dolo duplicado, que abarcase el atentado a la libertad sexual y las lesiones. Lo correcto es absorber las consecuencias psicológicas dentro del delito de abuso sexual. A la vista de lo argumentado solo existe una falta de lesiones en el caso de la niña y unas consecuencias civilmente indemnizables, que incluso se pueden tener en cuenta a la hora de individualizar la pena». (F. J. 2º)

### **MALTRATO DOMÉSTICO. Agravante de parentesco.**

Recurso: Casación nº 10392/2007 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 2/2008 de fecha 16/01/2008

«...Un solo motivo de casación articula el Ministerio Público contra la sentencia de instancia, que se encauza por la vía de la infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., por incorrecta inaplicación de la agravante de parentesco del art. 23 C.P. en relación con el delito de violación en grado de tentativa.

El Tribunal a quo excluye la circunstancia (agravante en este caso) señalando que la jurisprudencia ha venido declarando que para su apreciación además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir un natural lazo afectivo de modo que cuando conste que el mismo está roto, que no existen intereses comunes sino contrapuestos, que no existe amistad o que medie un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante y el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como cometido entre extraños (STS de 29 de septiembre de 1.999, con cita de otras).

Invoca la STS de 27 de abril de 2.001 en la que se expone que "esta especie de circunstancia modificativa de carácter mixto ha sido interpretada por esta Sala en múltiples sentencias, cuando se trata de su vertiente agravatoria, en el sentido de que cuando esa circunstancia nace o tiene su origen en que el vínculo conyugal no puede entenderse subsistente, aún no habiéndose disuelto legalmente el mismo (caso que sólo se daría en los supuestos de divorcio), cuando la relación matrimonial y afectiva está manifiestamente destruida o muy deteriorada, aunque para que así sea y pueda apreciarse es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unido a una notoria desafección sentimental".

En base a estos criterios, el Tribunal sentenciador razona en el sentido de ha quedado probado que la convivencia matrimonial entre el acusado y la víctima cesó en fecha 10 de septiembre de 2005 y en ningún momento anterior a los hechos ocurridos en fecha 16 de febrero de 2006 se había reanudado, por tanto la situación de separación ya tenía una cierta duración temporal (cinco meses) y existía entre ambos una clara desafección sentimental. Así el acusado manifiesta en la vista oral que el 10 de septiembre salió del domicilio conyugal y desde esa fecha hasta febrero las relaciones eran malas. Declaración está corroborada por el testimonio de la Sra. Rodríguez la cual manifiesta que "desde que él se fue del domicilio no tenían relaciones afectivas, ella no quería saber nada de él".

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial que sustenta la decisión de la Audiencia para no apreciar la agravante de parentesco, interesada por las acusaciones pública y particular, es la correspondiente al art. 23 C.P. antes de la modificación operada por virtud de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, porque si con anterioridad el legislador vinculaba la agravante a la existencia de vínculos familiares conyugales o de análoga relación de afectividad, en la actualidad, y tras la entrada en vigor de la mentada Ley Orgánica (que lo fue en 1 de octubre de 2003), la norma ha extendido el ámbito de su efectividad a los supuestos en los que el agraviado **haya sido** cónyuge del agresor o **haya estado** ligado a éste de forma estable por análoga relación de afectividad, como es el caso actual.

A partir de la modificación del precepto, la jurisprudencia de esta Sala, como es natural, ha tenido que actualizar su criterio, ajustándolo al nuevo texto legal, porque ahora, en los delitos contra las personas, el carácter agravante del parentesco no está basado en la existencia de un vínculo o relación de

cariño o afectividad entre agresor y agredido, pues al utilizar el legislador el pretérito está permitiendo la agravación aún en los casos de ruptura previa de la relación matrimonial y de la afectividad que ésta conlleva.

Así se ha expresado esta Sala en numerosas ocasiones, como en la STS de 14 de octubre de 2005, citada por el recurrente, cuando declara que "la jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada (por la L.O. 11/2003), pues se objetiva su aplicación (la de la circunstancia del art. 23), ... de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 de la Constitución española; imperio de la ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente (....)".

A esta sentencia surgen otras muchas que abundan en la misma línea de destacar la mera configuración de la circunstancia del art. 23 C.P., como la STS de 20 de marzo de 2007, especialmente apropiada al caso presente, en la que se razona que la Audiencia Provincial, para rechazar la agravante de parentesco se ha apoyado en argumentos jurídicos y doctrina jurisprudencial anterior a la reforma sufrida por el art. 23 C.P., en virtud de la Ley Orgánica nº 11/2003 de 29 de septiembre, vigente desde el 1 de octubre de 2003, que lo modificaba, arrumbando los criterios sobre la vigencia y mantenimiento de los vínculos conyugales o de convivencia, que había sostenido en casos con estas características, en especial a la hora de interpretar la existencia y consistencia de los lazos familiares en el delito de parricidio (art. 405 del C.Penal de 1973), según Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18-02-94, que no reputaba existente a efectos integradores del tipo (también atenuatorios y agravatorios: art. 11 C.P. 1973) las relaciones conyugales o asimiladas deterioradas que sólo mantenían el dato formal del vínculo no disuelto.

Después de la reforma legal mencionada, inalterada con la posterior de la Ley Orgánica nº 1 de 28-12-2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el art. 23 C.P. presenta otra redacción en sintonía con el art. 173.2 C.P., con la que se pretende intensificar la respuesta penológica a situaciones que desembocaban en gravísimos atentados dentro del círculo familiar (violencia de género). El legislador objetivó la circunstancia y minimizó, hasta anular, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio. En la actualidad deberán concurrir, cuando se trata de parejas casadas o de hecho, los dos requisitos siguientes, como imprescindibles para la estimación de la circunstancia:

a) el dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada.

b) que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida a que se refiere la circunstancia anterior (en el mismo sentido véase STS de 14 de octubre de 2005).

El motivo debe ser estimado». (F. J. 2º)

### **MALTRATO DOMÉSTICO. Atenuante de reparación del daño causado.**

Recurso: Casación nº 10392/2007 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 2/2008 de fecha 16/01/2008

«También por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. protesta el recurrente porque la aplicación que hace la sentencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño (art. 21.5 C.P.) debería haberlo sido como muy cualificada y no como atenuante ordinaria.

Como fundamento de la censura casacional se alega que el acusado consignó el día anterior a la celebración del juicio los 18.000 euros que solicitaban las acusaciones en concepto de indemnización y, además, pidió perdón a la víctima en el acto del juicio oral.

Ciertamente que la doctrina de esta Sala ha considerado aplicable la atenuante de reparación del daño en los delitos contra bienes personalísimos que producen un grave daño moral al sujeto pasivo del injusto, cuando el autor anticipa la indemnización económica que reclama la acusación.

Pero si el simple pago por el "pretium doloris" permite la aplicación de la atenuante, ello no es suficiente para que se aprecie la misma como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles. Esta conducta post delictiva encaja perfectamente en la figura de la atenuante ordinaria y, desde luego, no presenta carácter de excepcionalidad que refleje una superior intensidad que avale su apreciación como atenuante muy cualificada, máxime cuando, por un lado, la cantidad dineraria consignada no es especialmente importante y, por otro, tampoco consta en el Hecho Probado que el acusado haya tenido que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la consignación.

No debe olvidarse que los delitos cometidos por el ahora recurrente atentan y agreden valores esenciales de la persona como son su dignidad y su integridad moral, degradando su condición de ser humano al violentar el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo en el ejercicio de su libertad sexual e imponiéndole con violencia e intimidación el sometimiento a una conducta sexual no aceptada, que es el caso de la violación frustrada, y que también lo es en el de la violencia en el ámbito doméstico del art. 153 C.P. aplicado, porque, aunque con acciones diferentes, se atacan valores tan relevantes y básicos como la igualdad y el respeto a la dignidad humana y concretamente, el derecho de la mujer a no ser sometida a trato humillante o

degradante alguno. Del mismo modo, en el delito de allanamiento de morada, con el que se pretende salvaguardar bienes personalísimos como la inviolabilidad del domicilio, que "constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido (...) para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública", exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada sentencia del T.C. "un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima". El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el C.P. vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el art. 202 C.P., de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse "puesto" siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito. No exige al tipo diseñado por el legislador un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se "ponga" el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invade el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad (STS 1048/2000, de 14 de junio). La conducta positiva -entrar o permanecer en morada ajena- ha de realizarse contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta: no es necesario que sea expresa y directa, bastando que lógicamente y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otras antecedentes (S 1775/2000, de 17 de noviembre).

Estas reflexiones nos afianzan en la consideración de que si ya resulta discutible apreciar esta circunstancia ordinaria en delitos como el presente (y no debe olvidarse que la misma no opera en otros tipos delictivos como el tráfico de drogas, el de atentado ...), la aplicación de la atenuante en cuestión como muy cualificada no puede sustentarse en modo alguno exclusivamente en el hecho de poner unos billetes encima de la mesa para satisfacer la indemnización por el daño causado, cuando estos daños -como ha quedado dicho- no son evaluables económicamente por afectar a bienes y valores profundamente personalísimos, íntimos y morales no evaluables en dinero. En cualquier caso, la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación "post delicto" para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, cuando menos una actuación real y auténtica de desagravio a la ofendida que pudiera reparar, aunque sólo fuera parcial y mínimamente los daños morales ocasionados, pero siempre y cuando esa acción reparadora se haya producido -como exige la norma- con anterioridad al juicio oral, lo que aquí no ha sucedido, puesto que las expresiones de petición de perdón que hizo el acusado en el juicio no

observan ese requisito temporal y, además, no resultaron creíbles para el Tribunal, que destaca en la sentencia cómo el acusado <<ha puesto de manifiesto en todo momento resentimiento y odio hacia la "víctima">>, por lo que tales manifestaciones, por mendaces, no pueden ser constitutivas del supuesto acto de agravio que pudieran representar.

El motivo debe ser desestimado». (F. J. 4º)

### **MALTRATO DOMÉSTICO. Individualización de la pena.**

Recurso: Casación nº 527/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1085/2007 de fecha 14/12/2007

«...El Ministerio Fiscal formaliza un único motivo de casación por ordinaria infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim., por haberse inaplicado indebidamente el artículo 153.2 C.P. en su versión conforme a la L.O. 11/2003, de 29/09, que castigaba el delito tipificado en el párrafo primero, como es el caso, con las penas en su mitad superior cuando se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima ....., luego si la pena privativa de libertad, a la que se refiere el Ministerio Fiscal, consiste en prisión de tres meses a un año, el límite inferior de la mitad superior de la misma no puede descender de siete meses y dieciséis días, que es la solicitada por el recurrente en este momento procesal.

El motivo debe ser estimado.

Los hechos han sido calificados por la Audiencia como constitutivos de un delito de maltrato en el ámbito familiar previsto en el artículo 153 "*in fine*" en relación con el 173.2, según la redacción dada al mismo por la L.O. 11/2003, acudiendo a la agravación prevista en su párrafo segundo por haberse efectuado la infracción en el domicilio común o de la víctima. Siendo ello así, habrá que sumar al límite mínimo, criterio de individualización acogido por la Audiencia de la pena privativa de libertad, la mitad del tiempo total abarcado por la misma, es decir, la mitad de nueve meses, que se sumará al mínimo base de tres, añadiéndose un día para evitar que se superponga el límite superior de la mitad inferior y el mínimo de la mitad superior». (F. J. 1º)

### **MALVERSACIÓN DE CAUDALES. Concepto de caudales públicos.**

Recurso: Casación nº 1208/2007

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 44/2008 de fecha 05/02/2008

«...La sentencia recurrida establece que los acusados dispusieron de dos cuentas bancarias, mantenidas fuera del conocimiento de los miembros del Ayuntamiento, en las que se ingresaban "las cantidades entregadas por la Comunidad de Propietarios del Polígono (...)" con la exclusiva finalidad de

posibilitar la ejecución de la urbanización del mismo. La Defensa de la recurrente explica que el carácter de estos dineros ha sido objeto de discusión en el procedimiento de reintegro tramitado ante el Tribunal de Cuentas y en el procedimiento civil actualmente pendiente de resolución del recurso de casación en la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo.

Sin embargo, el concepto de *caudales públicos* debe ser entendido teleológicamente o, lo que es lo mismo, de conformidad con la finalidad del tipo penal de la malversación. Como se dijo en la STS de 10-10-1989 -citada en la sentencia recurrida- "en el delito de malversación el legislador ha querido proteger, además de la propiedad del Estado, la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado y, en especial, a sus servicios públicos" y que, consecuentemente, los caudales públicos han sido definidos en la jurisprudencia sin exigir una efectiva incorporación de los fondos al erario público (STS 29-1-1988), es decir, que caudales públicos son todos los que "hayan llegado a poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta y efectivamente, [el funcionario] tenga a su cargo" (STS 10-10-1989).

El titular de las cuentas en las que se hacían los ingresos referentes al Polígono ... era el Ayuntamiento, aunque los miembros del mismo lo ignoraran. Por lo tanto, los particulares que hacían los ingresos confiaban en la institución pública y ésta era la que los recibía. Por lo tanto, el carácter público de los caudales distraídos está fuera de toda duda.

La alegación referente a la eventual consideración de un error invencible respecto de si los fondos eran o no públicos, apoyada en el art. 6 bis a) CP 1973, de texto similar al actual art. 14 CP vigente, tampoco puede ser estimada. En efecto, la Defensa de la recurrente reconoce expresamente que el carácter público de los caudales es un elemento normativo del tipo. El error al respecto es, por lo tanto, un error de subsunción, que como es sabido, no excluye el dolo con base en el art. 14.1 CP (como error de tipo), en tanto el autor haya tenido un conocimiento paralelo en la esfera del lego, lo que en el caso de la recurrente no puede ser discutido, pues no obstante la inexperiencia práctica que repetidamente alega, no podía ignorar que el Alcalde operaba cuentas a nombre del Ayuntamiento mantenidas en secreto al margen del mismo y que los particulares hacían sus ingresos a nombre del Ayuntamiento. Es cierto, de todos modos, que el error de subsunción puede llegar a tener relevancia en el ámbito de la conciencia de la antijuricidad, es decir en relación al art. 14.3 CP. Sin embargo, es claro que la recurrente no podía deducir del carácter de fondos privados que hubiera podido asignar a los ingresos realizados por los particulares una autorización, es decir una causa de justificación, para disponer de ellos sin conocimiento del Ayuntamiento. En todo caso un error en este preciso sentido no ha sido alegado ni siquiera en el recurso». (F. J. 3º)

## **MALVERSACIÓN DE CAUDALES. Daño al servicio público.**

Recurso: Casación nº 1208/2007

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 44/2008 de fecha 05/02/2008

«...Se alega también que no ha habido daño o entorpecimiento producido al servicio público. La sentencia es extraordinariamente lacónica en este punto. Sin embargo, el resultado al que arriba es correcto. En efecto, el daño al servicio público no debe ser identificado con el daño puramente patrimonial. Éste es un elemento del tipo básico del delito de malversación. El daño al servicio público al que se refiere el art. 432.2. CP debe ser apreciado también cuando se sustraen caudales públicos al control de los órganos municipales competentes para su fiscalización, es decir, cuando una parte de los fondos del ente público son manejados por un funcionario como propios y con ocultamiento a los miembros del mismo. No es necesario que los miembros del Ayuntamiento hayan tenido una pretensión concreta de control y que ésta haya resultado frustrada. Es evidente que nadie puede haber pretendido informarse y controlar lo que ignoraba.

En cuanto al valor de las cantidades sustraídas, tampoco lleva razón la recurrente. En efecto, no existe ninguna razón para excluir en este tipo de delitos el llamado daño moral, que en ellos se debe referir al deterioro de la confianza pública que este delito lleva consigo. Ello, unido a la suma malversada de 65.107.361 pesetas, justifica en este caso la aplicación del tipo agravado». (F. J. 3º)

### **MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. No ingreso de impuestos municipales.**

Recurso: Casación nº 1166/2007  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 252/2008 de fecha 22/05/2008

«...En efecto el delito de malversación de fondos públicos del art. 432 se integra por la concurrencia de los siguientes elementos (STS. 1608/2005 de 12.12):

a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal, concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas:

1) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que "*...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas....*" --art. 24-2º-- y 2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello 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 definitivas ni por tanto de permanencia, esta es la doctrina constante de esta Sala, *ad exemplum*, SSTS de 11 de Febrero de 1974, 8 de Octubre de 1990, nº 1292/2000 de 10 de Julio, 4 de Diciembre de 2002 ó nº 1544/2004 de 23 de Diciembre.

Requisito éste concurrente en el acusado Rafael Vidal Carrion, quien según el relato fáctico "prestó" el servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Pugol hasta el 31.12.99 ejerciendo las funciones de recaudador de tributos para dicho Ayuntamiento, en su condición de recaudador externo, de Ley de la legislación anterior al Texto Refundido del Régimen Local, R.O. Legislativo 781/86 y por contrato de Adjudicación de Servicios, elevado a escritura publica el 29.7.83, que se renovaba de manera tácita. Asimismo se le adjudicó el servicio de recaudación del mercado de los martes y sábado, según resolución de la Alcaldía-Presidencia de ese Ayuntamiento de fecha 4.1.99, servicio que prestó desde esa fecha hasta el 15.2.2000.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles --SSTS 657/2004 de 19 de Mayo, 1984/2000 de 20 de Diciembre ó la más reciente de 21 de julio de 2005-- han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquellos deben estar "*....a su cargo por razón de sus funciones....*", reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo.

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido --en tal sentido STS 2193/2002 de 26 de Diciembre y las en ella citadas, ó la STS 875/2002 de 16 de Mayo. Por su parte la STS 1840/2001 de 19 de Septiembre se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que "*tener a su cargo*" no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones --STS 1368/1999 de 5 de Octubre--, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

c) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es "*sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga*", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva --quebrantamiento del deber de impedir-- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa --elemento subjetivo del tipo--, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el animus rem sibi habendi, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como ésta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS. 1514/2003 de 17.11), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SSTS. 1404/99 de 11.10, 310/2003 de 7.3).

Elementos éstos cuya concurrencia se deduce inequívocamente del relato fáctico en el que se describe cual era el cometido del acusado: la recaudación de los impuestos municipales tanto en periodo voluntario como en vía de apremio, contribuciones, exacciones municipales, etc. Que tienen la naturaleza de caudales públicos desde que por los contribuyentes las entregan al funcionario, que los recibía precisamente en razón de aquel cargo, teniendo por ello disponibilidad de los mismos, existiendo esa especial relación entre el sujeto activo y los caudales públicos.

En este sentido las SSTS. 1004/94 de 16.5 y 236/96 de 15.3, precisan que concurre la condición objetiva de tratarse de caudales pues son fondos presupuestarios de una entidad de la Administración Local, al proceder de recaudación de recibos girados por ingresos legales por arbitrios y tasas de imposición municipal adquieren los efectivos cobrados a los contribuyentes carácter innegable de fondos públicos tan pronto como el recaudador los percibe, pues ya comienza su obligación de ingreso en las arcas consistoriales; es más como el artículo 394 (actual art. 432) habla de caudales o efectos públicos, estos últimos cubren los recibos devengados y formalizados que incorporan un derecho al cobro (y documentos ejecutivos en su caso, agotado el periodo de pago voluntario), por eso el recaudador solventa su responsabilidad económica tanto demostrando el ingreso de su importe como presentando los recibos incobrados o justificando su desaparición de su custodia.

Y finalmente su conducta de no ingresar en las cuentas del Ayuntamiento los impuestos de recibos cobrados presentando listados de los que aparecían como no cobrados recibos que sí habían sido satisfechos, ascendiendo la suma que el acusado tenía que haber ingresado en las cuentas municipales a la cantidad de 154.233,17 Euros, lo que denota una sustracción con ánimo de aprobación definitiva apartando los bienes públicos de su destino o desviándolos del mismo, bien entendido que no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios que devendría en casi la totalidad de los casos una "probatio diabólica"

imposible. Basta con que el recaudador no aporte ni el dinero cobrado por los recibos a su cargo de los que no da cuenta, ni dichos recibos como no percibidos». (F. J. 8º)

### **PENALIDAD. Beneficios penitenciarios.**

Recurso: Casación nº 10242/2007 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 819/2007 de fecha 04/10/2007

«..En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 76.1 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 78.1 y 2 del mismo texto legal.

Se alega, en defensa del motivo, que resultaba ineludible la aplicación del artículo 78, apartado 2º, en cuanto se dispone que será preceptivo que el Tribunal acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, si como consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1º del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Y ciertamente es así, tras la reforma operada en el artículo 78, por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que estaba en vigor cuando se produjeron los hechos enjuiciados el 29 de abril del año 2004.

En consecuencia, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia.

Con este alcance el motivo debe ser estimado». (F. J. 1º del R. De C.C.)

### **PENALIDAD. Imposición de pena de multa no pedida por el Fiscal pero legalmente prevista.**

Recurso: Casación nº 117/2007

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 89/2008 de fecha 11/02/2008

«..En el motivo cuarto, la recurrente impugna la cuantía de la multa. El Ministerio Fiscal apoya el motivo porque tal sanción penal no ha sido solicitada por el Ministerio Público.

En el Acuerdo Plenario de esta Sala, de 20 de diciembre de 2006, declaramos que “**el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior**

a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”. Con arreglo a este criterio, debería suprimirse. Ahora bien, en el **Acuerdo Plenario 27 de noviembre de 2007**, se matizó el anterior, que **“debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”**. Como la sentencia recurrida no contiene fundamentación alguna al respecto en el quinto de sus fundamentos jurídicos (ni concreta la responsabilidad personal subsidiaria, ex art. 53.2 del Código penal), pero el artículo 368 del Código penal, impone conjuntamente prisión y multa, en este caso proporcional, y dada la exigua cantidad de droga aprehendida, la multa la situaremos en la cantidad (meramente testimonial) de **cientos euros**, procediendo así la estimación parcial del recurso, que afectará a todos los recurrentes, por el denominado efecto expansivo del art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». (F. J. 5º)

#### **PENALIDAD. Multa. Determinación y motivación de la cuota.**

Recurso: Casación nº 515/2007

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 847/2007 de fecha 18/10/2007

«...una declaración de insolvencia, por más que haya sido aprobada por la Audiencia Provincial, no puede considerarse como una prueba de indigencia, que es la única situación que habría de llevarnos a la necesidad de imposición de la cuota diaria mínima prevista en la ley, según conocida doctrina de esta sala.

B) Recordamos que el art. 50.5 CP nos ordena para esa determinación tener en cuenta "exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

C) Cuando, como aquí ocurre, la sentencia recurrida nada nos dice sobre el porqué de esa cuota de 12 euros, no nos queda otra opción que examinar las diligencias practicadas para buscar datos objetivos que nos permitan llegar a conocer las razones tenidas en cuenta para tal determinación.

D) Ciertamente hay datos que sitúan a Sebastián lejos de la mencionada condición de indigente:

- Aparecen ambos hermanos como personas que en la ocasión en que se produjeron los hechos llegan primero en un automóvil a la calle Papamoscas en busca de Francisco Javier y poco después lo hacen en una motocicleta. Así se dice en los hechos probados. Además reconoció Sebastián que en otra

ocasión anterior iba en su coche cuando le pararon y le dieron una paliza (lo reconoció en el juicio oral).

- Este tiene un revólver calibre 38, con el que efectuó los dos disparos antes referidos. Reconoce su propiedad en el juicio oral.

- Aparece en el encabezamiento de la sentencia recurrida como alicatador de profesión.

- Nos dice el propio Sebastián (folio 34) que en otra ocasión fue a recoger a su hermano Daniel al aeropuerto.

- Siempre actuó defendido por letrado de libre designación.

- Consta en el referido encabezamiento como soltero y de 25 años, por lo que entendemos que carece de cargas familiares.

Por otro lado la pena de multa impuesta por la falta (art. 625.1 CP) fue por un total de 180 euros -15 días con cuota diaria de doce euros-, en modo alguno desproporcionada para sancionar los daños que se produjeron en la vivienda vecina al suceso como consecuencia del primer disparo de los dos que efectuó Sebastián.

Véanse sobre este tema las sentencias de esta sala 509/1998 de 14 de abril, 1727/1999 de 6 de marzo, 1800/2000 de 20 de noviembre, 646/2001 de 17 de abril, 1035/2002 de 3 de junio, 49/2005 de 28 de enero y 711/2006 de 8 de junio.

Por último, con relación a la responsabilidad personal subsidiaria, conviene recordar aquí que esta sala en reunión plenaria no jurisdiccional celebrada el 1 de marzo de 2003 acordó que "en los casos de penas de prisión distintas, cada pena es independiente siempre, y no se suman a los efectos del art. 53.3 CP". En aquella época -2003- el límite a partir del cual quedaba excluida la responsabilidad personal subsidiaria era el de cuatro años de prisión.

Rechazamos este motivo 3º del recurso de S. P. B». (F. J. 5º)

## **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos informáticos. P2P**

Recurso: Casación nº 2002/2007

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 292/2008 de fecha 28/05/2008

«...La primera se ampara en el art. 849.1º L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 189.1 b y 3 a del Código Penal. El desarrollo del motivo no expone argumento alguno que explique el error de derecho cometido por el Tribunal sentenciador al subsumir los hechos declarados probados en los preceptos penales aplicados, siendo así, por el contrario, que la calificación

jurídica de esos hechos efectuada en la sentencia no admite duda, por lo que el denunciado "error iuris" no existe en absoluto.

Lo que desarrolla el motivo es la falta de prueba que sustente el relato fáctico de la sentencia. Así, descompone sus alegaciones en tres apartados:

A) Adúcese que el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado exige un acto de distribución, es decir, que la acción típica requiere un acto de entrega voluntaria que no se ha probado ni así se declara. Olvida el recurrente que la acción típica del art. 189.1.b C.P. admite una pluralidad de modalidades: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Pues bien, aunque la acción no encaje estrictamente en el término "distribuir", concebido como entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente, no cabe duda de que con el hacer del acusado se facilitaba el acceso de tercero a ese material pornográfico infantil. La prueba en que el Tribunal basa su convicción es el testimonio de cargo del especialista de la Guardia Civil que declaró en el juicio oral con inmediación y contradicción de las partes, exponiendo -como recoge la sentencia- que en lo que el acusado concierne, asimismo expuso con rotundidad y claridad meridiana cómo de esa forma se comprobó que durante un tiempo continuado el acusado permitió el acceso a su ordenador desde la libre y pública red de Internet creada alrededor del programa informático "eDonkey" que él utilizaba, de determinados archivos que luego se dirán. Es este un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "peer-to-peer", que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P), en la que al tiempo que se descargan archivos ajenos, se permite a terceros la descarga de los archivos propios. Así, entre los días 22 y 23 de octubre del año 2005 el acusado tuvo, por ejemplo, en circulación el archivo nombrado en el fichero de la base de datos de la Guardia Civil como F1-E13498 (jpg: extensión de archivo correspondiente a imagen o foto). Se trata de una foto con cuatro encuadres, uno correspondiente a una menor desnuda, y los otros tres a la que aparece ser la misma menor (de senos apenas incipientes) en todos los casos penetrada por el miembro viril de un adulto. O el fichero F1-E14146, en el que se ve la cara de la que claramente es apenas una niña sujeta por la mano de un varón adulto que acaba de eyacular sobre su rostro infantil. Esta foto fue también compartida durante esos dos días. El día 23 citado compartió el archivo F1-E13907, correspondiente a un primer plano de un cuerpo femenino del que sólo se ve las piernas abiertas y los genitales, si bien es patente que corresponden a una niña no muy desarrollada, que es penetrada por su ano por el pene de un varón adulto. Y los mismos días citados compartió el fichero F1-E00009, en el que una niña patentemente menor de 13 años, era penetrada (parece que analmente) por un varón adulto. De esta forma, el acusado compartió (facilitando su difusión) concretos archivos con un contenido sexual explícito en el que se consumaban actos sexuales con menores de edades claramente inferiores a los 13 años y de los que es evidente que no se trata de alteraciones o modificaciones de imágenes para aparentar su intervención, como pretende la defensa para invocar el apartado 7 del art. 189, si bien en relación con el apartado 2

(posesión para uso propio de ese material). Así pues, ello elimina la posibilidad sugerida por el acusado de que al tratarse de archivos de imagen o fotografías de descarga instantánea, unido a su afirmación de que solía borrarlos con rapidez y frecuencia, fuera excepcional, casual o fortuito que el material pornográfico infantil que descargaba para su consumo estuviese a disposición de terceros. En todo caso, la afirmación del borrado inmediato queda más que en entredicho con el hallazgo en el disco duro del ordenador del acusado que el día en que con autorización judicial se registró su domicilio (21 de febrero de 2006) estaba en funcionamiento y con el programa eDonkey abierto, de una carpeta con nombre de "Loli" conteniendo abundante material de pornografía infantil (209 fotografías). Y es sumamente significativo que en ese material estuvieran las fotografías antes descritas y que fueron compartidas los días 22 y 23 de octubre de 2005, esto es, unos cuatro meses antes». (F. J. 5º)

### **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Difusión por Internet.**

Recurso: Casación nº 10027/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 767/2007 de fecha 03/10/2007

«...

En el tercer motivo, por infracción de ley, al amparo del art. 849-1º L.E.Cr., denuncia la aplicación indebida del art. 189.1 b), en relación al art. 4, ambos del C.Penal.

1. Nos dice el recurrente que para integrar los hechos probados de la sentencia recurrida en el tipo del art. 189-1 b. ha tenido que realizarse una interpretación analógica, por cuanto la distribución y facilitación de la difusión no parecen referirse al envío de e-mails a dos personas determinadas.

Delimita la conducta nuclear entendiendo por distribución, según un sector doctrinal, "poner la información al alcance de un número más o menos amplio e indeterminado de personas", mientras que el factum se refiere a dos envíos por correo electrónico, al guardia civil y a otro usuario. Nadie más pudo tener acceso a tales fotografías o vídeos.

Por su parte facilitar la difusión la entiende como "proporcionar medios y formas", por lo que la facilitación de la difusión de material pornográfico en el que han sido utilizados menores de edad vendría a significar "proporcionar medios y formas para la difusión", cuando la conducta del acusado se limita al ámbito de lo privado, dentro de una relación entre dos personas con idénticos gustos y sin ninguna transcendencia dentro de ese ámbito.

2. El acusado realiza una interpretación personal del alcance de las conductas nucleares a las que se refiere el tipo.

En ninguna de las acepciones de los verbos nucleares se excluye la difusión a dos personas y desde luego el Diccionario de la Real Academia no dice lo que el recurrente expresa.

Así, distribuir, además de su primera acepción, en la línea de asignar lo que corresponde a cada uno, posee otras que se caracterizan por responder al comportamiento del acusado, interpretado desde el contexto material del tipo. En este sentido "distribuir" también es "dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente", y dentro del ámbito comercial es posible entenderlo como "entregar una mercancía a vendedores o consumidores".

Por su parte y acorde con la significación que la Real Academia de la Lengua atribuye al verbo "facilitar" aparecen las acepciones de "hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de algo" y también simplemente "proporcionar o entregar".

3. Partiendo pues de esas aclaraciones semánticas e interpretando las conductas típicas desde una óptica teleológica, en orden a la protección del bien jurídico, el alcance preciso de los comportamientos típicos debe concretarse en el sentido de "favorecer el acceso a algo, hacer llegar a otro una cosa, o proporcionársela o entregársela".

De acuerdo con tal interpretación, que es la más adecuada a su sentido gramatical, el comportamiento delictivo objeto del proceso lo constituyen actos de distribución y favorecimiento de la difusión.

Consiguientemente la Audiencia ha realizado un correcto juicio de subsunción.

El motivo también se desestima y con él el recurso». (F. J. 5º)

### **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Grabación de imágenes.**

Recurso: Casación nº 10441/2007 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 782/2007 de fecha 03/10/2007

«...

3. En el caso, establecida la existencia de una habilitación legal, y no discutida la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, aunque el contenido de las grabaciones estaría en principio protegido por encontrarse en el ámbito del derecho a la intimidad, la injerencia policial puede considerarse proporcionada si se tiene en cuenta que se limitó a lo últimamente grabado, que según la denuncia y la propia verificación personal de los agentes afectaba a menores que se duchaban desnudos en la playa, y debe entenderse justificada sobre la base de su necesidad urgente en atención a que su finalidad inmediata era comprobar la realidad de lo que a simple vista se podía apreciar y además descartar la posibilidad de un error sobre las bases fácticas que justificaban la

detención del recurrente, en ese momento, denunciado por un tercero por hechos cuya realidad aparente comprobaron los propios agentes.

Por lo tanto, aun cuando el derecho a la intimidad pudiera verse comprometido, la actuación policial debe entenderse proporcionada a los requerimientos de la situación y justificada por su finalidad.

4. Finalmente, alega que se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que el Auto que acuerda la entrada y registro se basó en las imágenes visionadas.

También esta alegación debe ser desestimada como consecuencia de la desestimación de las anteriores. De todos modos, para fundamentar la entrada y registro habría sido suficiente el conocimiento adquirido directamente por los agentes que lo solicitan acerca del hecho de que el detenido estaba grabando a menores desnudos, sospecha suficientemente fundada, reforzada además por la valoración conjunta de esos datos con los sellos de su pasaporte indicativos de frecuentes visitas a países en los que, como se ha dicho, es habitual la explotación sexual de menores. Tales datos autorizaban racionalmente una ampliación de la investigación en la forma en la que finalmente se procedió.

Por todo ello, el motivo se desestima». (F. J. 1º)

En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 189.1.b y 3., en la regulación actual e indebida inaplicación del artículo 189.1 en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003. Sostiene que no se puede establecer el momento en que se elaboraron las fotografías o en que se realizara alguna de las actividades contenidas en el tipo. La prueba, dice, ha acreditado que los hechos fueron anteriores a 2003, pues declaró que las fotografías las había recibido hacía aproximadamente unos seis años.

1. El motivo no puede ser acogido. El artículo 189.1.b) sanciona al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan asido utilizados menores de edad, así como la posesión de ese material para esos fines.

En el hecho probado se declara que el recurrente gestionaba desde los ordenadores incautados una página web de claro contenido pornográfico, donde se podían encontrar alguna de las imágenes halladas en su poder a cuyo contenido ya se ha hecho referencia en el anterior fundamento jurídico de esta sentencia. Lo cual se amplía en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, teniendo en cuenta el contenido del material incautado, y que desde esos ordenadores se gestionaba la citada página web. Tal uso se hacía en la fecha de su detención, por lo que resulta de aplicación el precepto invocado en la redacción posterior a la Ley Orgánica 15/2003.

Por lo tanto, el motivo se desestima. (F. J. 3º)

**PRESCRIPCIÓN. Delito de alzamiento de bienes. Cómputo desde la perfección del delito.**

Recurso: Casación nº 1033/2007

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1117/2007 de fecha 28/11/2007

«La esencia perfeccionadora de los delitos de art. 257.1, consiste en la incapacitación objetiva para el pago, sea la insolvencia resultante real o aparente, total o parcial, pero en todo caso para frustrar la responsabilidad patrimonial universal -veánse sentencias de 8/3/2002 y 15/10/2003, TS-. En el factum aparece que la colaboración de Aurelio en la trama para dicha incapacitación objetiva de Antonio M. G., y de la deudora Aromeza SA, no terminó el 25/5/1997 con la compra por A. de A. y C. SL, representada por Aurelio, de la maquinaria cuyo precio adeudaba A. SA a la querellante Perialisi SA, sino que el comportamiento colaborador de Aurelio en el fraude progresaba el 15/12/1997 con la venta de los títulos de A. de A. y C. SL al tercer acusado, José Antonio; y , el 8/7/1998, con la elevación a escritura pública del documento plasmador de esa última venta; con el perfeccionamiento final concordado por los tres acusados, de que, el mismo 8/7/1998, José-Antonio otorgó plenos poderes de A. de A. y C. SL a Antonio.

La perfección del comportamiento delictivo de Aurelio, dies a quo para el cómputo de la prescripción, la consumación total del delito, debe fijarse como más pronto el 8/7/1998.

El mismo art. 132 establece en su número 2 que la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable. El 2/7/2002 se acordó la apertura del juicio oral contra Aurelio, por lo que no cabe dudar de que, al menos desde esa fecha, el procedimiento fue dirigido contra Aurelio. Y ya hemos visto que no existió nulidad alguna al respecto.

Entre tales dies aquo y dies ad quem no se agotó el plazo prescriptivo». (F. J. 14º)

**PRESCRIPCIÓN. Interrupción desde el momento de presentación de denuncia o querrela y no desde su admisión.**

Recurso: Casación nº 651/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 845/2007 de fecha 31/10/2007

«...En efecto, como se lee en la STS. 671/2006 de 21.6, efectuada esta precisión previa, la doctrina mayoritaria de esta Sala, en relación al hecho de la iniciación del proceso y a que se dirija contra el culpable, ha entendido que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, hasta la presentación de

una denuncia o querrela ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirige para que se interrumpa el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. (STS. 312/05 de 9.3). La fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querrela, más exactamente, la de su asiento en el Registro General (S. 5/11/98), puesto que es la que dota de certeza y seguridad jurídica a la hora de computar los plazos (art. 9.3 CE.). al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado (SSTS. 492/2001 con cita entre otras 4.6 y 30.12.97, 9, 16 y 26.7.99 ó 6.11.2000, y 162/2003 de 4.2 y 298/2003 de 14.3).

Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de la parte.

El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal.

Así en la STS. 71/2004 de 2.2, se dice que "la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver entre otras SSTS. 147, 162 ó 298/2003 y los numerosos precedentes citados en las mismas), se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción", y por ello ocurrirá "si en los escritos de denuncia o querrela aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente" (STS. 298/2003).

También las SS. 751/2003 de 28.11 y 147/2003 de 5.2, señalan que la denuncia o la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales *forman ya parte del procedimiento* (Sentencia de 26 de julio de 1999), si en las mismas aparecen datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, *sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite*. Desde el momento en que figura en las actuaciones procesales el dato incriminador contra una persona determinada (o con los elementos suficientes para su determinación), aunque aún no haya existido una resolución judicial que, recogiendo ese dato, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento se está dirigiendo contra el culpable. Véanse en este sentido las Sentencias de esta Sala de 30-12-1997, 9-7-1999, 16-7-1999 y 4-6-1997. Dice esta última en su fundamento de derecho 1º: «La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, **y por tanto por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos**», añadiendo después que «no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación, la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga».

Y la STS. 1518/2004 de 23.12, señala que " no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando el procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas, o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción; pero tampoco es exigible que se dicte un auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de imputado).

Por lo tanto, no es precisa una "imputación formal" para la producción de tal efecto interruptivo, bastando para ello cualquier acto que se dirija a la investigación de los hechos en los que aquellas personas estuviesen implicadas (STS. 16998/2002 de 17.1).

Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005 ha dicho que "la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o computo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. Continúa la sentencia rechazando la postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

Recuerda el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada de que "quien ejercita la acción penal en forma de querrela, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresa las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a tramite", si que recordando que el "ius puniendi" no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo con que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que "para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial". Así hemos calificado a dichas actuaciones como meras solicitudes de iniciación del procedimiento judicial (por todas STS. 11/95 de 4.7) lo que implica que, en tanto, no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 LECrim. a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal".

No obstante, esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 12.5.2005, tomó el siguiente acuerdo" **La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo "es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales"**, y en STS. 643/2005 de 19.5, insistió en que "condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente pleno de 25.4.2006, que aprobó el acuerdo de "**mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005**". (F. J. 7º)

#### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaraciones policiales.**

Recurso: Casación nº 10162/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 783/2007 de fecha 01/10/2007

«..En todo caso, para despejar esta cuestión, ciertamente controvertida y no del todo pacífica, es para lo que se tomó un Acuerdo Plenario, en donde el Pleno de la Sala expresó cómo debía entenderse cumplido este requisito a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia. Así, se tomó el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de fecha 28 de noviembre de 2006, según el cual cabe "*admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía pueda ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*".

Es decir, el Tribunal sentenciador puede valorar este tipo de declaraciones. Y ello por varios motivos: 1º) Primeramente, porque carecería de sentido que una diligencia de declaración en sede policial con todas las garantías, a presencia de letrado, con lectura de derechos y ofreciendo al detenido la posibilidad de no hacerlo y declarar exclusivamente ante la autoridad judicial, *no tenga valor alguno*, y lo tenga en cambio, como ya hemos dicho, la declaración espontánea extrajudicial. De ser así, es obvio que la ley debería prescindir de la misma, si no ha de tener absolutamente ningún efecto. 2ª) Tampoco puede mantenerse que los funcionarios policiales están obligados a mantenerla ante el juez, por las consecuencias derivadas de la falsedad en que incurrirían en caso contrario. De ser ello así, lo mismo sucedería en toda clase de ratificaciones o adveraciones de documentos, privados, públicos o notariales, pues podría mantenerse que tal ratificación es superflua en tanto que condicionan necesariamente el contenido del documento en sí mismo

considerado. Otro tanto ocurriría con la ratificación de denuncias o prestación de testificales en el juicio oral, cuando el deponente ya haya sido objeto de actividad sumarial previa. 3º) Como ya hemos apuntado, la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración, *no es propiamente un testimonio de referencia* (pues, se objeta, estando el testigo directo, sobra el de referencia), pero es que tales funcionarios no dan cuenta de hechos ajenos, sino propios, y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niega ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le llamase, el propio abogado presente en la misma. 4º) Porque es muy habitual, y también lo es en este proceso, que no existan elementos objetivos de presiones o malos tratos policiales, lo que se puede acreditar (como aquí consta) por los informes médico forenses que asistieron a los detenidos, desvirtuando las razones aducidas por éstos ordinariamente para negar las afirmaciones que hicieron. 5º) Finalmente, porque los hechos que se afirman y que entran en el acervo del proceso como material inculpatario, serán corroborados por medio de otras pruebas que les presten credibilidad, como ocurre con declaraciones de funcionarios policiales encargados de la investigación policial, vestigios, datos o elementos de todo orden que produzcan la convicción judicial.

Dentro de estos parámetros es como *pueden* adquirir valor probatorio las declaraciones estrictamente policiales, practicadas con toda clase de garantías legales y constitucionales.

...En suma, en todos los casos enjuiciados, la Sala sentenciadora de instancia no ha valorado exclusivamente la declaración policial auto-inculpatoria, sino que ha tenido en consideración, la introducción de la misma en el plenario, la declaración policial de los testigos que la tomaron, la lectura previa de derechos y la asistencia de letrado, sin objeción alguna, lo que cobra mayor relieve cuando confirmamos que otros coimputados no desearon prestar tal declaración policial, y convinieron que solamente declararían ante el juez de instrucción. Junto a ello, se valora la ausencia de malos tratos o presiones físicas, a través de los doctores forenses. Y finalmente los datos e indicios resultantes introducidos en el proceso a través de la declaración testifical de los funcionarios de policía que investigaban toda esta trama delictiva, junto a los documentos que llegaron por vía de las comisiones rogatorias». (F. J. 5º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 2006/2007

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 331/2008 de fecha 09/06/2008

«..Como dijimos en nuestra Sentencia nº 59 /2008, de 31 de enero, recurso 10452/07: *"Esa garantía exige: "...a) que concurra una **mínima** actividad probatoria, de manera que se constate la condena se base en pruebas de **cargo**, suficientes y decisivas; b) que su desarrollo, obtención y práctica, se efectúe con las **garantías** necesarias, y que sea practicada*

normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; **c)** que, por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarque todos los **elementos esenciales** del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos; **d)** que de la misma puedan desprenderse de forma **razonable** los hechos y la participación en ellos del acusado y **e)** que idoneidad incriminatoria de la prueba asumida debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de **motivación** en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho (STS 15 de octubre de 2007).

*El control casacional, acerca del respeto a la reiteradamente invocada garantía de presunción de inocencia, no autoriza a un desalojo del Tribunal de instancia por éste de casación para buscar nuevamente la certeza subjetiva sobre la corrección de la imputación.*

*Más limitadamente, se circunscribe a sí, **objetivamente**, cabe establecer **objeciones razonables** a dicha corrección.*

*Así pues en la casación, amparada en la invocación de esa garantía, lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

*Por razón de **a)** deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al **método** legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados **válidos** y el **debate** se someta a las condiciones de **contradicción y publicidad**.*

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

*Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.*

*Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestran ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que **excluye**, para la generalidad, **dudas** que puedan considerarse **razonables**.*

*Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolucón, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.*

*Ahora bien, como también hemos advertido en nuestra sentencia de 1 de junio de 2007, en la casación, como en el amparo constitucional, **no se trata de evaluar** la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de **calidad u oportunidad** y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..." (como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)». (F. J. 3º)*

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina sobre la valoración del acervo probatorio.**

Recurso: Casación nº 11126/2007 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 282/2008 de fecha 22/05/2008

«..Se denuncia en primer lugar conculcación de la garantía constitucional de presunción de inocencia, invocando los arts. 24.2 de la Constitución Española y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se argumenta que no existe prueba alguna de la que derive la **autoría del acusado** respecto de ninguno de los hechos que se le imputan.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, aquella garantía implica "...las siguientes concretas exigencias:

**a)** Que ha de concurrir una mínima actividad probatoria, de manera que se constate que la condena se basa en pruebas de cargo, suficientes y decisivas.

**b)** Que su desarrollo, obtención y práctica, se efectúe con las garantías necesarias, y que sea practicada normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles.

**c)** Que, por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarque todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos.

**d)** Que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado.

**e)** Que la idoneidad incriminatoria de la prueba asumida debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho. (Sentencias del Tribunal Constitucional 340 y 347/2006, ambas de 11 de diciembre). Dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia 262/2006 de 11 de septiembre que ese control no ha de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello, no solamente porque la Constitución no le atribuya esa competencia, sino, y aquí el paralelismo con la casación, porque el proceso, en el amparo, no permite, como ya había dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 de 28 de septiembre: "...el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas"... "No podemos sino compartir la cautela que el Tribunal Constitucional adopta cuando dice: "Esta tarea de supervisión debe estar presidida por una extraordinaria cautela, "pues son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la inmediación que son difícilmente explicitables y, por ello, difícilmente accesibles a este Tribunal"..."

Cuando conoce del recurso de casación, este Tribunal lleva a cabo una función valorativa de la actividad probatoria, pero limitada a los aspectos no comprometidos con la inmediación, siquiera se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria (STS 144/2007 de 22 de febrero). También mantuvimos igual doctrina en la STS 80/2007 de 9 de febrero en que reiteramos la asunción para la casación de la función de controlar "*...que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba...*"

En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1120/2008, de 3 de enero, rec. 744/2007 también dijimos que: *en la casación, amparada en la invocación de esa garantía, lo que ha de constatarse es:*

**a)** *Las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena.*

**b)** *La inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

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

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

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

Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

Pero, para establecer la satisfacción del **canon de razonabilidad** de la imputación, además, se requiere que las **objeciones oponibles se muestran ya carentes de motivos racionales que las justifiquen** de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

**Bastará**, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan **buenas razones que obsten aquella certeza objetiva**, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Cuando se trate de **medios probatorios indiciarios** cabe especificar en relación con esta garantía que la misma exige, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 137/2007 de 4 del pasado mes de junio, además de partir de un hecho probado conforme a las reglas que dejamos indicadas, que la conclusión incriminadora se obtenga por un proceso lógico del que pueda predicarse coherencia y suficiencia o carácter concluyente. Se descartarán pues las conclusiones incoherentes o inconsecuentes y aquellas que no sean concluyentes catalogando como tales las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, y aquellas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada (Sentencias Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; y 170/2005, de 20 de junio, FJ 4, por todas)... Ahora bien, como también hemos advertido en nuestra Sentencia de 1 de junio de 2007, en la casación, como en el amparo constitucional, "no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la

*adecuada valoración de las pruebas..." (como subraya el Tribunal Constitucional en su Sentencia 262/2006, de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía).*

*Finalmente, por lo que se refiere al ámbito de la garantía ya advertimos en nuestra Sentencia 522/2007 de 2 de noviembre, que la hipótesis sobre la que ha de exigirse aquella objetividad de certeza es la que incluye todos los elementos esenciales del delito, incluyendo, por ello, tanto los objetivos como los subjetivos, de tal suerte que, aún admitiendo la especificidad del elemento subjetivo, no está su afirmación exenta de las garantías constitucionales de la presunción de inocencia». (F. J. 1º)*

### **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. "In dubio pro reo".**

Recurso: Casación nº 10708/2007 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1069/2007 de fecha 28/12/2007

«..La opción por la respuesta más favorable al reo, en caso de duda subjetiva del juzgador, no es una garantía constitucional. La presunción de inocencia, que sí constituye garantía constitucional, exige, como legitimación de la condena, que objetivamente no puedan tomarse en consideración dudas razonables sobre la verdad del hecho imputado.

En el cuarto motivo, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se pretende por el recurrente que la sentencia de instancia incurre en conculcación de garantías constitucionales.

Alega al efecto la violación del principio *in dubio pro reo*. Tal principio no es una garantía constitucionalizada. Lo que determina el rechazo del motivo.

Y también alega que la decisión recurrida desconoce su derecho a la presunción de inocencia, esa sí, garantizada en el art. 24 de la Constitución Española.

Tal garantía exige del Juzgador, que condena al acusado, no tanto una certeza subjetiva, que sí se corresponde con el principio *in dubio pro reo*, diverso de este derecho constitucional, cuanto que pueda justificarse, con certeza objetiva, que es correcta su afirmación del hecho que funda la condena.

El control casacional, de respeto a la reiteradamente invocada garantía de presunción de inocencia, no autoriza a un desalojo del Tribunal de instancia por éste de casación para buscar nuevamente la certeza subjetiva sobre la corrección de la imputación. Más limitadamente, se circunscribe a si, objetivamente, cabe establecer objeciones razonables a dicha corrección.

Así pues en la casación, amparada en la invocación de esa garantía, lo que ha de constatarse es: **a)** las condiciones en que se ha obtenido el

convencimiento que condujo a la condena y **b)** la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.

Por razón de **a)** deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al **método** legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

Por razón de **b)** deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una **certeza objetiva** sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se llega a esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas. Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador.

Y, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestran ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que **excluye, para la generalidad, dudas** que puedan considerarse **razonables**.

Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. **Sin necesidad**, para la consiguiente absolución, de que, más allá, **se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.**

Por lo que se refiere al ámbito de la garantía ya advertimos en nuestra sentencia 522/2007 de 2 de noviembre, que la hipótesis sobre la que ha de exigirse aquella objetividad de certeza es la que incluye **todos los elementos esenciales del delito**, incluyendo, por ello, tanto los objetivos como los subjetivos, de tal suerte que, aún admitiendo la especificidad del elemento subjetivo, no está su afirmación exenta de las garantías constitucionales de la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Testigo único insuficiente.**

Recurso: Casación nº 2135/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1058/2007 de fecha 12/12/2007

«..En atención a lo expuesto esta Sala ha considerado en su función de control casacional del derecho a la presunción de inocencia, que el testimonio

de un testigo único, en quien concurren un conjunto de circunstancias objetivas que desmerecen de forma acentuada su posible imparcialidad, no constituye prueba suficiente para enervar el derecho presuntivo alegado (art. 24-2 C.E.).

Este tribunal casacional no indaga ni valora la veracidad o inveracidad de su testimonio. La Audiencia entendió que fue creíble y dictó sentencia condenatoria contra varios procesados, y es posible que estuviera tal decisión rodeada del mayor acierto y los condenados fueran los autores o algunos de los autores del horrendo crimen, pero al formar su convicción, con la debilidad de una prueba que desde la óptica externa no ofrecía garantías de veracidad, ha asumido un riesgo tal que es posible afirmar que tenía tantas posibilidades de acertar como de errar en la decisión de condena.

Ello hace que el derecho a la presunción de inocencia haya corrido serios riesgos, dada la franca debilidad probatoria. Así pues, por la silueta moral del declarante, circunstancias personales que lo relacionaban con los denunciados, contradicciones insalvables en las que incurrió, voto particular discrepante y dudas denotadas en la propia sentencia, aunque fueran de carácter metódico, la prueba prácticamente única ha quedado de forma clara devaluada y en suma, resulta insuficiente para fundar una sentencia de condena». (F. J. 10º.9º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Inmediación.**

Recurso: Casación nº 237/2007

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 893/2007 de fecha 31/10/2007

### «En relación a la segunda cuestión.

En la jurisprudencia de esta Sala, pueden fijarse dos etapas en orden al ámbito del control casacional en relación a la prueba practicada ante el Tribunal sentenciador, singularmente desde la perspectiva del principio de inmediación que tuvo el Tribunal de instancia y del que carece esta Sala de Casación.

En la primera etapa, con apoyo en el art. 741 de la LECriminal se estimó que aquellas pruebas de tipo personal en las que el Tribunal sentenciador había visto, oído y percibido la declaración del testigo, precisamente por haberlo realizado a través de la inmediación de la que carecía --y carece-- esta Sala casacional, esa valoración efectuada por el Tribunal sentenciador quedaba extramuros del control casacional. En este sentido, se pueden citar, entre otras muchas las Sentencias de esta Sala 2039/2001 de 6 de Noviembre, en la que se afirma que *"...esta Sala carece de la posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos fundada en la impresión obtenida por el Tribunal de instancia directamente de las declaraciones prestadas en el Plenario..."*.

Esta imposibilidad de valorar en casación la valoración del Tribunal de instancia fundada en la inmediación ha sido reiterada en la jurisprudencia más

anterior de esta Sala --SSTS de 12 de Noviembre de 1991, 13 de Abril de 2002, así como la STS de 9 de Noviembre de 1993 en el Recurso de Casación 2087/1993. Dicha sentencia dice en el f.jdco. primero:

*"...Aún a fuer de repetitivos se ha de insistir en que de modo reiterado y hasta la saciedad, tanto la jurisprudencia de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, ha venido proclamando de modo constante que para que pueda tener viabilidad ese principio presuntivo es imprescindible que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas, bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria, siendo también de destacar en este orden de cosas que tales pruebas corresponde ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal "a quo", de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal....".*

Esta sentencia de 9 de Noviembre de 1993 dio lugar a la primera condena a España por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 20 de Julio de 2000 y que ha sido seguido por otras condenas en el mismo sentido, todas con el idéntico argumento de que el Recurso de Casación no es un recurso efectivo en los términos del art. 2-3º a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación al art. 14-5º que exige *"toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior"*, lo que equivale a la existencia de un recurso efectivo según el citado art. 2-3º a), estimándose que el recurso de casación español no respondía a ello en la medida que se consideraba en la concreta sentencia dictada por esta Sala objeto de la denuncia, que quedaba extramuros del control casacional la valoración que hubiese efectuado el Tribunal de instancia en prueba directamente relacionada con el principio de inmediación, prueba que había sido la determinante para la condena.

Con posterioridad se han producido nuevos dictámenes en idéntico sentido, entre otros los Dictámenes, correspondientes a las Comunicaciones 1073/2002, 1101/2002, 1095/2002 y 1325/2004. Más recientemente otros posteriores Dictámenes se hayan apartado del criterio anterior, en concreto la Decisión del Comité de 29 de Marzo de 2005, comunicación 1356 de 2005, Parra Corral vs España, la Decisión de 25 de Julio de 2005, comunicación 1399 de 2005, Cuartero Casado vs España, la Decisión de 25 de Julio de 2005, comunicación 1389 de 2005, Bertelli Galvez vs España, la Decisión de 28 de Octubre de 2005, comunicación 1059/2002 Carballo Villar vs España y finalmente la Decisión de 18 de Abril de 2006, comunicación 1156/2003 Pérez Escolar vs España. En estos cinco dictámenes, posiblemente ante la interpretación más amplia efectuada del Recurso de Casación por esta Sala en los casos analizados, han entendido que sí se satisface la naturaleza de recurso efectivo, todo ello, es necesario precisarlo, en relación al ámbito de la casación efectuada en los concretos casos sometidos al Comité.

En el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia con la consiguiente reforma anunciada de la Casación Penal, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal

Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En consecuencia el principio de inmediación ya no puede ser esgrimido excusarse el Tribunal que oye y ve al testigo para justificar y explicitar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria, ni la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena, lo que en la singular relevancia en relación a los delitos contra la libertad sexual en los que, de ordinario, la única prueba disponible es la de la propia víctima, dado el escenario de intimidad en el que se cometen.

De esta Jurisprudencia más reciente, se pueden citar las SSTS 2047/2002 de 10 de Septiembre que por el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la inmediación, que puede y debe ser revisado por el Tribunal Superior que conoce de la causa vía recurso para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la SSTS 408/2004 de 24 de Marzo en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice *"...y ello no tanto porque se considere la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada pueda decir el Tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecte negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia..."*, ó la STS 732/2006 de 3 de Julio *"...no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el Tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto de las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración a su presencia....se mantiene en parámetros objetivamente aceptables..."*, la STS 306/2001 de 2 de Marzo ya ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creído por no existir nada en contra de dicha credibilidad. En sentido análogo, SSTS 121/2006, 90/2007 y 741/2007 de 27 de Julio.

Por lo tanto es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que *"...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación..."* --STS de 12 de Febrero de 1993--.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectividad de la prohibición de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citados. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional.

De esta Sala se puede citar el auto de 14 de Diciembre de 2001 dictado en cumplimiento del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 13 de Septiembre de 2000 en relación al primer dictamen condenatorio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de Julio de 2000, antes citado, y ha sido seguido por otras muchas resoluciones de esta Sala, *ad exemplum* SSTS 263/2003, 429/2003, 702/2003, 809(2003 ó 592/2004. Del Tribunal Constitucional se pueden citar, entre otras, las SSTC de 25 de Abril de 2002, 70/2002 de 3 de Abril, 105/2003 ó 116/2006, todas ellas se refieren a la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarada en el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos citado». (F. J. 2º, 3ª cuestión)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio.**

Recurso: Casación nº 10437/2007 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 888/2007 de fecha 25/10/2007

«..Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1182/2006, de 29 de noviembre, que no se puede condenar por unos hechos

sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, sin embargo, los términos fácticos pueden ser completados o aclarados con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal o que estime éste conveniente introducir en la redacción del hecho para mayor claridad, sin que constituyan alteraciones esenciales. Es decir, el principio acusatorio no impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido, siempre que se respete hecho nuclear de la acusación. Y eso es lo que ha sucedido en el caso que examinamos, como se ha dejado expresado.

Así las cosas, el principio acusatorio, que constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental, en modo alguno ha resultado vulnerado ni se ha producido indefensión en cuanto ha existido una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia. (F. J. 4º)

Como se ha dejado expresado al examinar el anterior recurso, es doctrina de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 1182/2006, de 29 de noviembre, que no se puede condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, sin embargo, los términos fácticos pueden ser completados o aclarados con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal. Es decir, el principio acusatorio no impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral. (F. J. 5º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. No se vulnera. Homogeneidad entre homicidio intentado y amenazas.**

Recurso: Casación nº 916/2007

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1094/2007 de fecha 27/12/2007

«como es sobradamente conocido, el principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, de acuerdo con lo que reiterada Jurisprudencia afirma, consiste, en realidad, en el respeto al derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que resulte imposible que el Juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquel por el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes que, verdaderamente, no haya duda de que la Defensa pudo ejercerse con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo, o aplicando circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la Acusación. Impidiéndose, en definitiva, la posibilidad real

de defenderse a quien ignora o considera lógicamente innecesario que deba hacerlo respecto de un determinado extremo gravoso para él (SsTS de 29 de Mayo de 1992 y 16 de Mayo de 1995, entre otras, y la del TC de 19 de Abril de 1993, por ejemplo).

En el presente caso lo cierto es que dicho acusado pudo defenderse perfectamente, en el terreno de lo fáctico, de las imputaciones relativas a la ilicitud de la conducta llevada a cabo por él y buena prueba de ello es, precisamente, el que tras la oportuna actividad probatoria y el debate contradictorio correspondiente, la Audiencia pudiera llegar a confeccionar un relato de hechos como el que figura en su Resolución.

Mientras que por lo que se refiere a la homogeneidad o no de ambas infracciones: el homicidio intentado objeto de acusación y las amenazas cuya condena aquí se interesa, baste recordar el contenido de la doctrina de esta Sala, como la incorporada a la Sentencia, citada por el Fiscal, de 14 de Febrero de 2003, para concluir en la atribución de ese carácter homogéneo a ambos ilícitos y, por consiguiente, de la posibilidad de condena por el delito de amenazas». (F. J. 3º)

**PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “ne bis in idem”. Comunicación a la Administración por el órgano de enjuiciamiento de la sentencia dictada. Art. 57.2 LO 4/2000.**

Recurso: Casación nº 11313/2007 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 806/2007 de fecha 18/10/2007

«...la Sala no impone nada a la Administración, simplemente le comunica la sentencia a los efectos del art. 57.2 LO. 4/2000 de 11.1 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social ("constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año..."), tampoco acuerda la expulsión ni ordena que se acuerde por la Administración, ni siquiera que se incoe el expediente de expulsión, sino que se limita a comunicar una sentencia a la Administración a los efectos oportunos a fin de que, si procediese, se incoe el expediente administrativo de expulsión cuando corresponda al amparo del art. 57 LO. de Derechos y Libertades de Extranjeros en España.

Respecto a la infracción del principio non bis in ídem el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 48/2007 de 12.3, ha recordado que, desde la STC. 2/81 de 30.1, el Tribunal Constitucional viene afirmando que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE.) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, por tanto, como un derecho fundamental

que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 204/1996, de 16 de diciembre, F. 2; 2/2003, de 16 de enero, F. 3). Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3; 180/2004, de 2 de noviembre, F. 4; 188/2005, de 4 de julio, F. 1; 334/2005, de 20 de diciembre, F. 2).

La reciente sentencia de esta Sala Segunda núm. 487/2007 de 29.5, recuerda como la STC 334/2005, 20 de diciembre, ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concorra una sanción desproporcionada (cfr. también SSTC 229/2003, 159/2003 y AATC 513/2005, 395/2004 Y 141/2004).

En similar sentido las SSTS. 1207/2004 de 11.10, 225/2005 de 24.2, conforme al Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.5.2003, tiene declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16 de enero) y que, en una de sus más conocidas manifestaciones, supone que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/1981, de 30 de enero. La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

Pero la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la

potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio), siempre que la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (STS. 13/2006 de 20.1).

En el presente caso ninguna vulneración de este consolidado cuerpo de doctrina puede entenderse cometida. La comunicación expresada no es una sanción por lo que no ha existido doble incriminación de un mismo hecho, debiendo descartarse cualquier posible infracción tanto en el ámbito material como procesal, de la prohibición constitucional». (F. J. 6º)

### **PRUEBA. Careo.**

Recurso: Casación nº 917/2007  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 917/2007 de fecha 08/10/2007

«Nuestra jurisprudencia ha subrayado que el careo es una medida de prueba que es propia del sumario o de la investigación previa al juicio y que en el juicio oral, según lo prescribe el art. 729.1º LECr. sólo cuando el Tribunal de instancia lo estime procedente. La pertinencia de la prueba, por otra parte, depende de su vinculación con objeto del juicio. En el presente caso esa vinculación no existe, dado que el juicio no versa sobre si uno de los coches utilizados había sido prestado al recurrente o no, sino sobre la tenencia de la droga que fue detectada por la policía actuante. La denegación de la prueba, por lo tanto, fue adecuada a derecho». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Confidente de la Policía.**

Recurso: Casación nº 1058/2007  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1047/2007 de fecha 17/12/2007

«..Indica también el oficio policial las informaciones confidenciales recibidas en ese mismo sentido de que el ahora recurrente realizaba actividades de tráfico de drogas.

Esta mención a los confidentes requiere ser aclarada y precisada, debiéndose consignar -como ya hicieran otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de septiembre de 1997- que en la fase preliminar de sus investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, **siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo** (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad. (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputados en el delito de terrorismo.**

Recurso: Casación nº 12/2007

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1007/2007 de fecha 23/11/2007

«...En primer lugar, ninguna duda cabe sobre el carácter testimonial de las declaraciones de los coimputados que habían sido ya sentenciados, pero ello no supone que -como se sugiere- sus declaraciones no requieran corroboración para surtir efectos desvirtuadores de la presunción de inocencia.

Es cierto que esta Sala ha dicho (Cfr. STS de 30-10-2000, nº 1268/2000), que: "es indudable que mientras el testigo ocupe en el proceso la cualidad de imputado o coimputado no puede ser sometido al régimen general

de cualquier testigo, en cuanto que está exento de declarar y si declara faltando a la verdad no puede cometer el delito de falso testimonio. Sin embargo, cuando ya ha abandonado la posición de imputado para ser sustituida por la de "ejecutoriamente condenado" la declaración no puede producirse bajo las prevenciones del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues declara sobre hechos que ya no le pueden afectar penalmente, por lo cual (obvio es decirlo) la única forma posible de comparecer, según razona el Ministerio Fiscal, es en calidad de testigo".

Pero también se ha señalado (STS de 11-11-2004, nº 1332/2004), citando lo que precisamente sostiene la Fiscalía General del Estado al resolver una consulta con fecha 14-4-2000: "que el derecho de defensa del ya enjuiciado y condenado no termina completamente con la sentencia condenatoria. Se extiende, aunque no con el mismo contenido y perfiles, con posterioridad a la misma. Aunque el derecho de defensa del penado adquiera en la fase de ejecución una modulación especial, un contenido diferente al que tenía antes de la sentencia sus manifestaciones consistentes en el derecho a no declarar contra sí mismo y a no ser requerido bajo juramento o promesa a narrar los hechos verazmente, se deben considerar vigentes también en la fase de ejecución de la sentencia.

El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar.

Esta especie de reconocimiento de culpa ulterior del ya condenado no sólo es inexigible humanamente sino que, desde el punto de vista jurídico, podría acarrearle consecuencias contrarias a su derecho de defensa en fase de ejecución.

Además, como argumento que refuerza lo anterior, en estos casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como partícipes en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único. La relación que cada uno de los sujetos del proceso mantiene con dicho objeto, lo que le confiere un determinado status, no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos. El status de las partes se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la necesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados.

Cabe argumentar, además, que existe apoyo para sostener la no obligación de declarar en la interpretación analógica del art. 418 LECr. A tenor de esta precepto "ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los

parientes a que se refiere el art. 416". Si el perjuicio se deriva para sí mismo, como sucede en el caso que se examina, el fundamento de la no obligación de declarar resulta evidente. En este sentido conviene recordar que, como señala la STS 971/1998, de 27 de julio, el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo imputado. Este último aspecto parece difícil que no pueda verse afectado por las preguntas que se le formulen.

Por todo lo expuesto cabe concluir que el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él.

Podrá negarse a declarar y, de otra parte, no incurrirá, aún cuando no se ajustara a la verdad, en el delito de falso testimonio.

La exigencia de juramento o promesa de decir la verdad conduciría a situaciones inaceptables. No cabe admitir la hipótesis de un condenado que resultara posteriormente acusado de falso testimonio por las declaraciones, negando los hechos objeto de condena, vertidas en el juicio celebrado posteriormente para los restantes partícipes".

Y esta clara doctrina adquiere total confirmación en supuestos como el que nos ocupa, donde el acta de la Vista revela que los coacusados, ya condenados, ahora comparecidos como testigos, nada nuevo aportan con sus manifestaciones, en las que adoptan una actitud renuente, si no obstructiva, donde uno sostiene "no conocer a Vicario"; o "no acordarse de nada"; y la otra, "no recordar tampoco nada, incluso de lo que se le lee; ni reconocer su firma". (F. J. 1º.4)

En segundo lugar, en cuanto la entidad de la corroboración exigida, conforme a la casuística de la jurisprudencia constitucional, ciertamente, las SSTC 68/2001 y 69/2001 de 17 de marzo, del Pleno del mismo Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: a) que no ha de ser necesariamente plena; y b) que no cabe establecer su alcance en términos generales, exigiéndose una *mínima* corroboración que ha de ser determinada *caso por caso*. Ideas que fueron precisándose en SSTC 76/2001, de 26 de marzo; 182/2001, de 17 de agosto; 57/2002, de 11 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo, etc.

Sin embargo, debe evitarse la devaluación de la exigencia de corroboración, porque tal como reconoce la STC 10/2007, de 15 de enero (FJ 3º), estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad del TC de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los tribunales penales basen su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el art. 117.3 CE. Circunstancia, que se dice, además fundamentada, tanto por la prohibición legal de que el TC entre a valorar los hechos del proceso (art. 44.1b LOTC), como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales

puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria.

Y en esta línea, según recuerda el ATC 388/2006, de 6 de noviembre, la STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció que: "los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el TC son exclusivamente los que aparecen expresados en las resoluciones como fundamentos probatorios de la condena; y no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos que el órgano judicial considere probados".

E igualmente, el citado Auto apunta que, por su parte, la STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó que: "los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia".

Finalmente, hay que traer a colación las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, que especificaron que el *control* respecto de la existencia de *corroboración* al menos *mínima*, ha de ser *especialmente intenso* en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado». (F. J. 1º.5)

## **PRUEBA. Declaración de testigo-víctima en fase instructora y art. 730 LECrim.**

Recurso: Casación nº 2453/2006

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 980/2007 de fecha 30/11/2007

«...La declaración de la víctima constituye el único elemento de cargo respecto al elemento esencial del tipo imputado: violencia y falta de consentimiento en el acceso carnal, así como identificación de los autores de la supuesta agresión. Sin que tal declaración reúna los requisitos de validez exigibles.

En el caso que ahora se somete a nuestra revisión, la sentencia de la instancia advierte como, en lo que concierne a los particulares de identidad de los autores y falta de consentimiento de la víctima, vencida por la acción intimidatoria de aquéllos, es la declaración de ésta el único elemento de juicio atendido para su afirmación como hecho probado.

Y tienen razón todos los recurrentes cuando afirman que la toma en consideración de ese testimonio fue efectuado con desprecio de las exigencias derivadas del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que nunca estuvo revestida de la condición de válido medio probatorio.

Examinado -al amparo del art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- el acta del juicio oral, en la vista convocada por segunda vez, se detecta que, cuando el Ministerio Fiscal insta la lectura de la declaración de la víctima en la fase de instrucción, cita el folio en el que se documenta aquella. Y, precisamente en ese folio, al describir los datos de la declarante, se deja ostensible constancia de su domicilio como diferente del indicado en las iniciales intervenciones.

Se evidencia de esa forma que falta el presupuesto esencial que legitima el recurso al art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la causa justificativa constituida por la imposibilidad de producción del testimonio, directa y personalmente, en el juicio oral bajo publicidad y contradicción.

Si la supuesta imposibilidad venía constituida por la pretextada ignorancia del paradero de la testigo, acreditado que aquella ignorancia era fruto de la mera superficialidad en la atención a los datos que las actuaciones reflejaban, aquélla no alcanza a dar legitimación a la prescindencia de la debida citación de la testigo en legal forma, en su indicado domicilio.

Lo que lleva ahora a que se prescinda de lo manifestado por dicha testigo, con la derivada consecuencia de que la condena de los recurrentes no tope apoyo legítimo para enervar la garantía constitucional que, conforme a la doctrina antes expuesta, resulta comprometida por la exigencia de legalidad en la práctica de los medios de prueba, cuya infracción resulta constatada.

Y, de tal suerte, hemos de concluir que la condena recurrida, ante la ausencia de cualquier otro elemento de prueba, no es compatible con la garantía de presunción de inocencia. Lo que lleva a la estimación del recurso con la consecuencia absolutoria que estableceremos en al sentencia dictada a continuación de esta». (F. J. 4º)

#### **PRUEBA. Diligencia de reconocimiento en rueda nula por practicarse en ausencia de Abogado defensor.**

Recurso: Casación nº 11103/2007 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 224/2008 de fecha 30/04/2008

«..Inicia su impugnación casacional este acusado reclamando la invalidez de la diligencia de reconocimiento en rueda en la que se identificó al mismo como uno de los autores del asalto y robo, porque fue practicada sin la presencia de su Letrado defensor a quien ni siquiera se la había citado a tal actuación judicial.

Ciertamente, la diligencia en cuestión carece de validez y, por ende, de efectos probatorios, al infringir el art. 520 L.E.Cr., que establece la necesidad de la presencia de Abogado "en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto" el detenido. Sin embargo, y como en el recurso del otro acusado, existe prueba de cargo independiente y autónoma, sin conexión alguna de

antijuridicidad, que justifica y avala los hechos imputados, por lo cual el motivo carece de practicidad, salvo en la consecuencia de las costas procesales.

En efecto, tal y como hemos consignado anteriormente, se practicó en la instancia otras pruebas de inequívoco contenido incriminatorio que desvirtúan el derecho a la presunción de inocencia. Nos remitimos en este trance a la descripción de las pruebas de cargo precedentemente consignadas, a las que hay que añadir el dato probado de que el ahora recurrente fue detenido a poco de emprender la huída portando una bolsa que contenía numerosas joyas arrebatadas en el domicilio donde se perpetró el robo.

Los dos motivos que integran el recurso deben ser desestimados». (F. J. 5º)

### **PRUEBA. Entrada y registro. Hallazgo de la droga en una diligencia de lanzamiento por desahucio. Consentimiento del arrendatario.**

Recurso: Casación nº 443/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 951/2007 de fecha 12/11/2007

«...conviene tener presente que el hallazgo de los 250 gramos de heroína se produce en el transcurso de una diligencia de lanzamiento por desahucio acordada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de La Coruña, en el marco de los autos de ejecución núm. 1286/05-U, siendo llevada a cabo por funcionarios del Servicio Común de Notificaciones. En el momento en el que esa diligencia se está llevando a efecto, la propietaria arrendadora del piso, en unión del agente de policía núm. 77.013, *“...encontraron en el cajetín del contador de electricidad perteneciente a la vivienda en cuestión situado al lado de la puerta en el exterior, un calcetín que contenía varias bolsas con una sustancia que, convenientemente analizada, resultó ser heroína”*.

El examen del acta de entrada y registro (art. 899 LECrim) añade detalles que no han sido reflejados en el juicio histórico. De modo especial, que la droga aprehendida a raíz de ese registro lo fue a indicación del propio acusado, que no sólo autorizó esa entrada, sino que indicó a los propios agentes los lugares en los que se hallaba el resto de los calcetines en los que ocultaba la droga. Y este dato, de especial significado jurídico, lo afirma y reconoce Oscar Manuel en todas aquellas ocasiones en las que ha tenido oportunidad de hacerlo.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares. Así, la STS 352/1996, 25 de abril, en un caso prácticamente idéntico al que ahora es objeto de análisis, declaró que la protección constitucional del domicilio se extiende, como es lógico, a las viviendas arrendadas, incluso en el momento en el que se está practicando el lanzamiento. Sin embargo, aclaró que *“...la repetida vulneración claro es que no ha tenido lugar de ninguna de las maneras, pues fue el propio encartado, sabedor de que la fuerza actuante*

*estaba registrando la casa (...), el que permitió que se entrase en su habitación y que se registrase la misma, sin poner ningún obstáculo ni manifestar oposición de clase alguna lo que tanto quiere decir como que prestó su consentimiento para la entrada y registro realizado”.*

Sobre el consentimiento del interesado como presupuesto para la validez de la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones (cfr, por todas, SSTS 1803/2002, 2 de noviembre y 261/2006, 14 de marzo). La necesidad de que la prestación de ese consentimiento se verifique en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el art. 18.2 de la CE, viene siendo reiterada de forma unánime por la jurisprudencia. Ese consentimiento como verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio de Roma y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La LECrim, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.

Dicho en palabras de esta Sala, “...*el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental”* (cfr SSTS 628/2002, 12 de abril, 1061/1999, 29 de junio y 340/1997, 7 de marzo).

En el presente caso, el consentimiento otorgado por Oscar Manuel Ventureira reunió todas las condiciones exigidas para conferirle validez como presupuesto de exclusión de la necesidad de autorización judicial. Ninguna vulneración de derechos fundamentales puede ahora reivindicarse, sobre todo, teniendo en cuenta que en el acto del juicio oral se practicaron pruebas -declaración del acusado, testimonio de los agentes que intervinieron en la diligencia- sin conexión causal con la vulneración que se dice cometida». (F. J. 3º)

#### **PRUEBA. Entrada y registro. Presencia del interesado.**

Recurso: Casación nº 549/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 929/2007 de fecha 14/11/2007

«..Sobre este punto es perfectamente conocido el criterio interpretativo de esta Sala, que ha venido atribuyendo un sentido amplio al término legal "interesado" a que el precepto se refiere, considerando por tal a aquél al que afecta de modo directo la diligencia, por residir en el lugar y hallarse perfectamente identificado antes de practicarse ésta.

Ahora bien, si la ausencia del interesado priva de las debidas garantías a la diligencia con quebranto del derecho de defensa, ello no quita que el registro en sí se haya acordado dentro de los parámetros legales y constitucionales, lo que permitiría distinguir la regularidad del auto injerencial y la deficiencia, en su práctica, que determinaría la ineficacia de esa sola prueba y su repercusión quedaría reducida a las personas directamente afectadas.

La no fungibilidad de las posiciones de los moradores de la vivienda es evidente, y en este caso, no podría afirmarse, a falta de otros datos, que el marido de la afectada, también detenido -que estuvo presente en la diligencia- representaba a la recurrente.

Por otro lado, esta Sala ha afirmado en más de una ocasión que la mera convivencia conyugal o situación asimilable, no es por sí sola suficiente para tener a cada uno de los implicados en la relación de pareja como partícipe de los delitos que puede haber cometido el otro.

**3.** Dicho cuanto antecede, es preciso resaltar las particulares condiciones concurrentes en la diligencia de entrada y registro.

Hemos de tener en consideración lo siguiente:

a) la presencia del marido, también detenido e imputado, permite sostener que, cuando menos, en lo que a él concierne la diligencia es válida. Es un hecho inconcuso que en la casa que habitaba existían a la vista 1700 Kilos de hachís.

b) la práctica de la diligencia se hizo a presencia del juez instructor y del secretario, cuando la concurrencia del primero no era necesaria legalmente, pero no puede negarse que mayores garantías se añadieron a la práctica del registro con efectos en la preconstitución de prueba.

Conforme a tales criterios, la diligencia en sí misma es válida y puede constituir un elemento corroborador, a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia de Pilar Letrán, pues necesariamente se ha de partir de que su marido responde de la posesión de droga, en cantidad de 1700 Kg., que tenía almacenada en la vivienda común, en lugar visible, hecho inconcuso, que hizo constar el juez instructor en el acta de registro». (F. J. 5º)

**PRUEBA. Intervención telefónica. Falta de notificación del auto autorizante al Fiscal. No es exigencia constitucional.**

Recurso: Casación nº 475/2007

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia: nº 1013/2007 de fecha 26/11/2007

«Por lo que hace a la nulidad de las escuchas, declarada previamente al resolver las cuestiones previas (auto de la Sala Provincial de 25/10/06), su fundamento *“ha radicado en una falta de control judicial de la intervención por la falta de notificación de los diferentes autos de intervención al Ministerio Fiscal, que impide el control inicial de la medida en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE)”*, con cita de las SSTC de 16/05/00, 11/11/02, 20/06/05 y 08/05/06. El auto referido (folios 57 y ss. del Rollo de la Audiencia), además de exponer la doctrina jurisprudencial sobre el art. 18.3 CE, entiende *que “cabe concluir que la juez de instrucción ponderó todas estas circunstancias y estimó proporcionada y necesaria la intervención telefónica, expresando el auto, aunque de forma concisa, la finalidad de la actividad delictiva que se investiga y las razones por las que las escuchas telefónicas resultaban un medio idóneo y preciso para la investigación”*, de forma que es el argumento de la falta de notificación de los diferentes autos de intervención al Ministerio Fiscal el que ha determinado la nulidad de la injerencia, aplicando el art. 11.1 LOPJ, aunque acordando la celebración de las demás pruebas para determinar su dependencia o independencia de las escuchas declaradas nulas. Pues bien, el fundamento de esta nulidad no puede ser compartido por esta Sala de Casación.

Ante todo, no puede sostenerse la ausencia de control judicial de la injerencia por el solo hecho de que se haya omitido la notificación del auto autorizante al Ministerio Fiscal. El art. 18.3 CE subordina la medida a la existencia de *“resolución judicial”* que la autorice y en línea de principio ello parece suficiente para alcanzar la garantía constitucional. La notificación al Ministerio Fiscal puede ser un *“plus”* de garantía procesal pero no tiene en rigor rango de exigencia constitucional. La Audiencia extrae su conclusión contraria interpretando el art. 124.1 CE, cuando se refiere como misión del Ministerio Público *“promover la acción de la justicia en defensa... de los derechos de los ciudadanos”*. Con independencia del alcance declarativo del texto, del mismo no cabe extraer una conclusión incompatible con la plena integridad de la garantía judicial, suficiente para dar cumplimiento al mandato del art. 18.3 citado más arriba.

En segundo lugar, siendo una medida secreta por su propia naturaleza, y por ello necesariamente temporal, no es desorbitado posponer su revisión o crítica a un momento posterior, sin causar por ello indefensión alguna al investigado, ejerciendo el Ministerio Fiscal de esta forma la defensa de la legalidad, subsanándose plenamente la posible omisión inicial. Por otra parte, el auto se dicta en el seno de las diligencias previas correspondientes, cuya incoación hay que entender puesta en conocimiento obligatoriamente del Ministerio Fiscal, que a partir de dicho momento está personado permanentemente en la causa.

Por último, la jurisprudencia de esta Sala sostiene esta línea interpretativa en SSTS tan recientes como la 1246/05, 138 y 1187/06, y 126 y 793/07. Esta última, en un caso similar al presente, también suscitado por el

Ministerio Fiscal, tras examinar la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala, llega a la conclusión que *“no cabe afirmar que exista una doctrina jurisprudencial que haya establecido que ese defecto procesal, por sí solo, pueda llevar consigo la vulneración del derecho del art. 18.3 CE con los consiguientes efectos de prohibición de valoración de la prueba previstos en el art. 11.1 LOPJ”*. Pasa revista a continuación a cinco SSTC referidas a esta cuestión.

Así, en relación con la 126/00, lo que se dice a título de *“obiter dicta”* en su fundamento de derecho quinto es que *“el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas “diligencias indeterminadas” no implica, “per se”, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues... lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aún cuando se practique en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE, como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder reconocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución (se refiere al fundamento sexto de la STC 49/99) consideramos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito...”*. Lo transcrito anteriormente, que parece ser punto de partida de la doctrina aducida por la Audiencia, no es desde luego incompatible con lo afirmado más arriba puesto que la garantía judicial no excluye ni mucho menos la intervención del Ministerio Fiscal en todo momento, conste o no la diligencia de notificación del auto.

La STC 205/02, también en el fundamento de derecho quinto, se refiere a un caso en el que nunca llegó a incorporarse al proceso judicial el auto que autorizó la intervención telefónica, lo que determina la vulneración del derecho fundamental. Una vez declarado lo anterior, sostiene que ello queda reforzado porque se trataba de un modelo estereotipado *“y que contiene una errónea referencia a la investigación del delito de tráfico de estupefacientes”* y porque *“no fue notificado el Ministerio Fiscal”*, además de la omisión de otros datos en el auto referido, *“por lo que todas estas circunstancias conocidas a “posteriori” abundarían en la pertinencia del otorgamiento del amparo del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”*. La cuestión aquí debatida no es el fundamento esencial de la sentencia.

La 165/05, se refiere a un defecto de motivación y *“como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal...”*. También la STC 259/05, igual que la anterior, establece junto al defecto de motivación de las resoluciones judiciales *“como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal... lo que ha impedido a aquél ejercer la función de promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos”*. O la 146/06, en la misma línea de apreciar la falta de motivación imprescindible, añadiendo la falta de notificación al Ministerio Fiscal.

Esta última omisión, según se desprende de lo anterior, es causa concurrente, pero no decisiva por sí sola para declarar la vulneración del art.

18.3 CE por falta de garantía del control de la medida autorizada con motivación suficiente por el Juez de Instrucción, como señala la mencionada STS 793/07. El propio Ministerio Fiscal, que no formuló protesta alguna, sostiene esta tesis en su recurso.

Por todo ello, el razonamiento invalidante de las escuchas esgrimido por la Audiencia -la garantía judicial para ser tal exige el conocimiento previo del Fiscal de la adopción de la injerencia-, no se deduce de la norma constitucional ni directamente de la doctrina que la interpreta, y por ello se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Público en la medida que irrazonablemente ha apartado del acervo probatorio de la acusación un medio relevante». (F. J. 2º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. Motivación. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 561/2007

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 926/2007 de fecha 13/11/2007

«...**B)** Tiene razón el recurrente en su primera referencia a cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, crítica con el *statu quo* legislativo de nuestro país en la materia de que se trata. Pero también lo es que existe bien conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que hace referencia el Fiscal en su informe, de la que, en esencia, resulta que si en la práctica de las intervenciones telefónicas en el caso concreto se han respetado las exigencias materiales que deberían constar en la ley, no se habría producido una vulneración real del derecho del afectado al secreto de sus comunicaciones telefónicas (STC 49/1999). Y hay que señalar que en la materia existe un sólido *corpus* jurisprudencial en el que se expresan con suficiente rigor y concreción las exigencias constitucionales y legales en la materia, al que se hará inmediatamente referencia, para, conforme a ellas, verificar la calidad de las actuaciones producidas en esta causa.

**C)** A tal efecto, por su alto valor indicativo, se tomarán como punto de referencia las sentencias del Tribunal Constitucional: 165/2005, de 20 de junio, 205/2002, de 11 de noviembre, 167/2002, de 18 de septiembre, 202/2001, de 15 de octubre, 299/2000, de 11 de diciembre y 239/1999, de 20 de diciembre, 49/1999, de 5 de abril, y 181/1995, de 11 de diciembre. Y las de esta sala: 200/2003, de 15 de febrero, 165/2000, de 10 de febrero de 2001, 1954/2000, de 1 de marzo de 2001 y 1233/2001, de 25 de junio.

Conforme al estándar recabable de tales resoluciones, la apreciación de la legitimidad de una medida como la de que aquí se trata, impone un primer juicio acerca de su proporcionalidad, esto es, dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla. Después, habrá que verificar si el sacrificio del derecho fundamental concernido era realmente necesario para conseguir ese fin, a tenor de los datos ofrecidos a la consideración del instructor.

A esto ha de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria “expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida)” (STC 54/1996).

Es, pues, claro que el instructor debe llevar a cabo un cuidadoso examen crítico de los presupuestos normalmente ofrecidos por la policía como habilitantes de la intervención telefónica que se le solicita y eventualmente de sus prórrogas. Y no sólo, también tiene que acreditar de manera convincente que efectivamente lo ha hecho.

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer plano la exigencia de valorar si la medida fue ciertamente necesaria en el caso concreto para la consecución de aquel objetivo.

En esta segunda verificación hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 Cpenal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado. Es decir, si los elementos de juicio sometidos a la consideración del Juzgado por la policía evidenciaban tener como presupuesto un trabajo de indagación de calidad bastante para entender que sus aportaciones justificaban la medida. Y esto, tanto por el contenido informativo de aquéllas, como porque fuera razonable pensar que estaban agotados todos los restantes medios de averiguación. Por último, es también necesario verificar si el Juez de instrucción ejerció de forma satisfactoria el control de la regularidad de la actuación policial a que está obligado, lo que tiene que desprenderse, con la necesaria claridad, de las resoluciones dictadas al efecto, tanto para autorizar inicialmente como para, en su caso, prorrogar las interceptaciones que hubiera autorizado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método que debe seguirse en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención —por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado— ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar “razones fácticas y jurídicas”. Más en concreto: “los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas”. Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las “meras hipótesis subjetivas”, a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos.

Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre “el dato objetivo” y el “delito” de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito”. De ahí que “el hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”.

Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada –*necesaria*–, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del art. 18,3 CE. Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición; hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría *formar criterio* -que es lo que la ley demanda- para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un *acto de fe*, sino de un *juicio crítico* sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que –es obvio- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor. De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente *sazonado* con ingredientes tales como: “grupo organizado”, “tráfico de estupefacientes a gran escala”, “antecedentes penales” o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, “patrimonio elevado”, “contactos”... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado. Algo equivalente a la efectiva *delegación* en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional (sentencia nº 167/2002), cuando en la solicitud de intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones, “lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación”.

Por otra parte, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de esa elemental exigencia legal, nada más fácil ni de más fácil realización por el instructor que la solicitud de una ampliación de los datos, cuando los ofrecidos fueran insuficientes. La mayoría de las veces, un defecto semejante podría resolverse mediante la realización de una simple comparecencia.

Con el modo de actuar que se reclama, tanto la actividad policial como la judicial gozarían del grado de profesionalidad y rigor exigible en materias tan sensibles por su incisividad en derechos básicos. Y, además, las correspondientes actuaciones tendrían toda la eficacia para la persecución de los delitos de la que se les priva, lamentablemente, con las malas prácticas policiales y judiciales que, en ocasiones, desembocan en ineludibles declaraciones de nulidad.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o lo que es lo mismo, *prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido* como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como *éxito policial* sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla.

Lo contrario, es decir, la justificación *ex post*, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE.

Esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí

mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es, precisamente, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. Como ponía de manifiesto una sentencia de esta misma sala (de 21 de septiembre de 1999), que, a la vez, señalaba el alto significado pedagógico de decisiones de esa clase cuando dictarlas resulte obligado en una correcta lectura de los preceptos de referencia.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser “específica”, es decir, debe “atender a las circunstancias concretas”, y tiene que ser también “razonada” (STC 181/1995).

Y no sólo, en la sentencia nº 167/2002, de 18 de septiembre se lee: “El hecho de que en el auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma”. Que es por lo que, incluso cuando el auto “no incorpor[a], aunque existieran, las razones que permitieran entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que se solicitó la intervención de sus comunicaciones telefónicas con el mismo (...) hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado en los términos constitucionalmente exigibles la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones”.

Siempre a juicio del propio Tribunal Constitucional, no basta que la autorización del establecimiento de la intervención telefónica se ajuste al criterio indicado. Es también indispensable que el control judicial efectivo, que “*se integra en el contenido esencial del derecho*”, se mantenga vivo durante “el desarrollo y cese de la misma”. De manera que, de no ser así, “*queda afectada la constitucionalidad de la medida*”, pues “*la ausencia de control, (...) supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18,3 CE)*”». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Intervención telefónica. Notificación al Ministerio Fiscal.**

Recurso: Casación nº 549/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 929/2007 de fecha 14/11/2007

«La exigencia procedimental de notificación al Fiscal no tiene respaldo constitucional directo, al no resultar reflejada así en el art. 18.3 de la CE, por cuanto las resoluciones constitucionales hallan su razón jurídica en la legislación ordinaria (leyes orgánicas y procesales) que sólo quedan sujetas al control del T. Constitucional en cuanto indirectamente pueden afectar de modo esencial al derecho fundamental que la Constitución proclama. Por otro lado es cierto que el art. 579 de la LECrim. no desarrolla con la amplitud deseable los perfiles garantistas de este derecho, lo que hace preciso que esta Sala de casación profundice en las consecuencias de esa omisión en el trámite, indagando si el efecto anulatorio de la medida se acomoda a los criterios interpretativos del propio Tribunal Constitucional, con posibilidad de afectar a tal derecho o, por el contrario, la omisión de la notificación se muestra como simple formalismo anodino o irrelevante.

4. Hemos de partir, sin restar importancia a la omitida notificación, de que el verdadero garante de los derechos fundamentales es el juez de instrucción, cuando por razón de delito tales derechos deben ser restringidos o invadidos en la medida de lo necesario o indispensable. Y que ello es así lo revela la consideración de determinadas situaciones en las que la intervención del fiscal no ha podido ser efectiva, como en casos de suma urgencia sin tiempo para conocer el criterio del fiscal, después de una notificación formal. Incluso en hipótesis de delitos terroristas el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado, puede acordarla. También habría que añadir los supuestos de interposición por el Fiscal de un recurso de reforma contra los autos habilitantes que incidan sobre un derecho fundamental que, al no llevar aparejado el efecto suspensivo, su tramitación no entorpecería la investigación del delito, y mientras tanto el criterio prevalente que mantendría en vigor la medida sería la decisión del juez y no el criterio del Fiscal.

Por todo ello hay que distinguir hipótesis y situaciones, deslindando los supuestos en que la inconstitucionalidad procede de otras causas añadidas a la falta de notificación de la medida invasiva al Fiscal, de aquéllos en que la garantía constitucional depende exclusivamente de la notificación, en cuyo caso, habría que seguir distinguiendo otras dos supuestos:

a) Que el juez instructor haya dictado una medida acorde con la Constitución y los principios constitucionales que amparan tal derecho, y el fiscal, conocida extemporáneamente la decisión, la confirme y ratifique por entenderla adecuada a la legalidad y sostenga su mantenimiento frente a otras partes procesales.

b) Que el fiscal, conocida la medida después de acordada, oponga reparos o exteriorice su oposición hacia la misma, hasta el punto que de haberla conocido se hubiera opuesto a la misma. En este último caso podría reputarse esencial el requisito formal, salvo que el Tribunal competente declare la procedencia y acomodación a la Constitución y a la ley de la medida acordada en contra de la opinión del fiscal, lo que convertiría el requisito de la notificación en una mera infracción del trámite, que daría lugar a la responsabilidad correccional del funcionario que omitió la diligencia». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de la diligencia de prueba.**

Recurso: Casación nº 1058/2007

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1047/2007 de fecha 17/12/2007

«...En el segundo apartado del motivo se censura la ausencia del preceptivo control judicial sobre la medida adoptada, ausencia de control “judicial” que el recurrente anuda a la falta de notificación de aquélla al Ministerio Fiscal, que no pertenece a ningún órgano judicial.

Apoyándose en las resoluciones de esta Sala que se pronuncian sobre este concreto reproche, el Fiscal impugna la censura con razones y argumentos que deben ser asumidos y ratificados. En efecto la falta de notificación del auto acordando la intervención no resulta fácil deducir la existencia de una quiebra del derecho al secreto de las comunicaciones por la circunstancia de que no se haya notificado al Fiscal la resolución que acuerda el acto de injerencia. El Ministerio Fiscal, como órgano del Estado al que el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal convierte en inspector de la instrucción judicial, no necesita un acto formal de invitación para el ejercicio de su función constitucional. No es necesaria dicha comunicación y, por supuesto, nunca aquélla puede convertirse en presupuesto para la validez estructural de un acto procesal en el que concurren todos los elementos sobre los que asienta su validez (Cfr. Art. 238 LOPJ). Es cierto que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama la carencia de efectos respecto de aquellas pruebas que se hayan obtenido con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, la relación entre el Fiscal y el derecho fundamental que se dice infringido, no puede excluirse de forma que la presencia procesal de aquél se confunda con el contenido mismo del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. De aceptarse tal razonamiento, podríamos deslizarnos hacia un más que peligroso entendimiento del significado y la vigencia de todos y cada uno de los derechos fundamentales. Si trasladamos el criterio que ahora parece defenderse a todos los actos procesales con incidencia en el círculo de derechos fundamentales del imputado, corremos el riesgo de consolidar una funcionalidad metaconstitucional del Ministerio Público, haciendo de éste -mejor dicho, de la notificación formal a éste- un inédito requisito para la validez material del acto de injerencia.

Tratándose, además, de intervenciones telefónicas, es evidente que la falta de notificación al Fiscal no genera ningún efecto preclusivo a la hora de impugnar su eficacia. Sería entendible asociar tan radicales efectos a la ausencia de comunicación si el Fiscal fuera, por imperativo legal, el único con legitimación para hacer valer la nulidad de aquellas escuchas que hubieran sido practicadas de forma no respetuosa con el contenido del derecho del artículo 18.3 de la Constitución Española. Lo mismo podría afirmarse si, transcurrido un plazo determinado, el acto anulable quedara convalidado por falta de impugnación. Sin embargo, nada de eso acontece en el supuesto que

estamos comentando. El resultado de unas intervenciones telefónicas puede ser expulsado del procedimiento, a instancia de cualquiera de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, en los momentos habilitados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre ellos, el que ofrece el artículo 786.2

En definitiva, todo apunta a la idea de que la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso penal es una presencia institucional, no ligada a un acto formal de comunicación. El artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya se encarga de reglar la puesta en conocimiento que el Juez de Instrucción debe hacer respecto del hecho inicial de la incoación de unas diligencias penales. Hasta tal punto ha sido así entendida la intervención del Fiscal en el proceso que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el dictamen del Ministerio Fiscal en la casación civil, derivada de un proceso de filiación, convalida su ausencia a lo largo de todo el proceso en la primera instancia y en la apelación (Cfr. STS de 21 de diciembre de 1989, con cita de la STS de 3 de marzo de 1988).

Además, la jurisprudencia del TC ha analizado ya los efectos de la falta de intervención del Ministerio Fiscal en relación con otros derechos. Así, por ejemplo, respecto de la vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas, la STC 115/1994, 14 de abril, en línea con lo que ya proclamara la STC 56/1994, 24 de febrero, concluyó que “la indiscutible conveniencia de la intervención del (Fiscal) en los casos más complejos no determina que su inasistencia vulnere el principio constitucional”.

No hay razón, pues, que respalde la idea de convertir la constancia de un acto formal de notificación en parte del contenido material del derecho constitucional limitado por decisión judicial.

Este submotivo debe también desestimarse». (F. J. 4º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. Seguridad jurídica.**

Recurso: Casación nº 1538/2007

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 48/2008 de fecha 22/01/2008

«...desde el punto de vista de la estructura del proceso penal, la fase de instrucción tiene por objeto fundamental la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim.), correspondiendo al plenario la práctica de las pruebas y la valoración de las mismas, tanto de las practicadas en el juicio oral como de las anticipadas y de las preconstituidas, en los casos en que las mismas están legalmente admitidas (art. 741 LECrim.), sin olvidar a este respecto que las intervenciones telefónicas pueden desempeñar en el proceso penal una doble función: como medio de investigación y como medio de prueba, y que, en cuanto pueden afectar a uno de los derechos fundamentales de la persona (el secreto de las comunicaciones –art. 18.3 C.E.), entran dentro del ámbito normativo del art. 11.1 de la LOPJ, cuya aplicación al caso concreto está condicionada, frecuentemente, por complejas cuestiones cuya decisión

demanda lógicamente, por razón del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), resoluciones emanadas de aquellos órganos jurisdiccionales a los que el ordenamiento jurídico atribuye la función de crear la doctrina jurisprudencial, cosa que no será posible de aceptarse el criterio mantenido, en el presente caso, por el Tribunal de instancia al acatar la decisión de otro Tribunal (mediante una resolución firme) con lo que, de un lado, se cercenan gravemente las facultades de enjuiciamiento del Tribunal competente y, al propio tiempo, se puede afectar el derecho a la prueba de las partes del proceso, y, de otro –y ello es especialmente relevante-, se cierra la puerta de la casación a tan importante cuestión; pues no es jurídicamente aceptable excluir esta posibilidad y permitir que puedan ser –en casos como el presente- las diferentes Secciones de las Audiencias Provinciales las que tengan la última palabra sobre el particular, con el riesgo evidente de una completa inseguridad jurídica, cuando, además, el legislador parece haber reservado claramente al propio Tribunal sentenciador la posibilidad de pronunciarse –con carácter previo- sobre estas materias al comienzo del juicio oral, en el denominado trámite de cuestiones previas (v. art. 786.2 LECrim.)». (F. J. 3º)

#### **PRUEBA. Introducción de atestados como documental.**

Recurso: Casación nº 12/2007

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1007/2007 de fecha 23/11/2007

«...En cuanto al reproche de que el documento, como tal, debió ser directamente valorado por el Tribunal, conforme ordena el art. 726 LECr., reconociéndosele al menos el valor de los atestados e informes policiales no ratificados en el juicio oral, es decir, el de mera denuncia, conocida por las partes y no objetada ni su recepción, ni su autenticidad, lo primero que hay que considerar es que este precepto, acorde con el art. 688 LECr., habla de *libros, documentos y papeles y demás piezas de convicción*. Que tales piezas de convicción, que habrán de estar en el local o sede a disposición del Tribunal y las partes en el momento del comienzo del juicio, constituyan o no pruebas (Cfr. SSTs de 1-2-83 y 23-3-84) dependerá de la actividad de las partes, según la proposición que hubieren efectuado y de la expresa resolución que por parte del Tribunal hubiere recaído, ex arts. 656, 658, 659 y 728 LECr.

Las SSTC 137/88, de 7 de julio y 217/89, de 21 de diciembre, siguiendo la fundamental STC 31/81, de 28 de julio, destacan que las diligencias policiales (atestado) y sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, conforme al art. 299 LECr. y a su Exposición de Motivos, que no constituyen en sí mismas prueba de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. La LECr., frente al sistema inquisitivo precedente, introdujo en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de publicidad, oralidad e inmediación, que en la actualidad no sólo constituyen elementos

consustanciales del sistema acusatorio en que se inscribe nuestro proceso, sino que tienen el valor que les otorga el reconocimiento constitucional efectuado en el art. 120.1 y 2 CE. Conforme a ellos, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

En consecuencia, para que una diligencia sumarial pueda constituir la base probatoria sobre la que el Tribunal pueda formar su convicción, es imprescindible que la misma sea reproducida en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterla a contradicción, en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad (Cfr. STC 98/90, de 20 de junio).

Por ello no constituyen medio de prueba en sí mismo los atestados de la policía judicial. El atestado, conforme prescribe el art. 297 LECr., debe tener sustancialmente el valor de denuncia, por lo que no constituye un medio, sino un objeto de prueba (SST C217/89, de 21 de diciembre y 182/89, de 3 de noviembre).

Así, los dictámenes o informes prestados por gabinetes policiales, al menos los dictámenes periciales, podrán constituir prueba, especialmente, si se ratifican en la vista del juicio oral, con posibilidad a las partes de pedir aclaraciones, formular observaciones a los miembros de los referidos gabinetes (Cfr. SSTC de 17-5-88 y de 18-12-06, nº 360/06)». (F. J. 1º. 6º)

## **PRUEBA. Obtención del IMSI sin autorización judicial.**

Recurso: Casación nº 10983/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 249/2008 de fecha 20/05/2008

«....

A) El término IMSI es el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity*. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.

A partir de esa descripción técnica, no parece existir duda alguna de que el IMSI integra uno de los diferentes datos de tráfico generados por la comunicación electrónica, en nuestro caso, la comunicación mediante telefonía móvil. Su configuración técnica y su tratamiento automatizado por parte del proveedor de servicios son absolutamente indispensables para hacer posible el proceso de comunicación.

...

B) A partir de esos datos, resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional, tomando como inspiración la STEDH de 2 agosto de 1982 –*Caso Malone*–, ha venido insistiendo en que la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los *elementos externos del proceso de comunicación* (cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 281/2006, 9 de octubre. También, SSTS 1231/2003, 25 de septiembre y 1219/2004, 10 de diciembre).

...

Cuanto antecede advierte que el concepto de *datos externos* manejado por el TEDH en la tantas veces invocada 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. Y todo apunta a que la mecánica importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos otros, puede conducir a un verdadero desenfoque del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado, en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

C) Conforme a esta idea, la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más, como pretende el recurrente, una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. No es objeto del presente recurso discernir, entre todos los *datos de tráfico* generados en el transcurso de una comunicación telefónica, cuáles de aquéllos merecen la protección reforzada que se dispensa en el art. 18.3 de la CE. En principio, ese carácter habría de predicarse, actualizando la pauta interpretativa ofrecida por el TEDH, de los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada. Y la información albergada en la serie IMSI, desde luego, no participa de ninguna de esas características.

....

E) Sea como fuere, 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* -dictada para la transposición de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo-, obliga a un replanteamiento de buena parte de las posiciones doctrinales e institucionales que habían relativizado, en

determinados casos, la exigencia de autorización judicial para la cesión de tales datos.

En principio, no deja de llamar la atención la clamorosa insuficiencia, desde el punto de vista de su jerarquía normativa, de una ley que, regulando aspectos intrínsecamente ligados al derecho al secreto de las comunicaciones, y a la protección de datos personales, no acata lo previsto en el art. 81.1 de la CE. Pese a todo, la Exposición de Motivos de la citada Ley 25/2007 proclama que *“...la ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, esencialmente, se articula a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afectan a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá siempre autorización judicial previa”*.

....

G.- Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI –también en los casos de telefonía móvil mediante tarjeta prepago-, hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato –no su cesión- puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa.

...

*“la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales”* (art. 22.3).

Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal –nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

....

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.

Y esto fue sencillamente lo que ocurrió en el presente caso. Según puede leerse en el FJ 1º B, *“...la concordancia de estas claves numéricas tras varias vigilancias sobre las mismas personas les permitió informar al Juzgado de los números IMSI utilizados por los sospechosos, solicitando autorización para recabar el número de teléfono comercial asociado y su observación (...). Para la obtención del número de teléfono a través de las compañías operadoras, en este caso, la Guardia Civil ya recabó la autorización judicial”*. Así se desprende, además, de la lectura de los folios 51 y ss, en los que se contiene la primera solicitud de la fuerza actuante y del folio 60, en el que se recoge el auto dictado por el Juez de instrucción, previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

No es equiparable el supuesto ahora enjuiciado al que fue objeto de solución por la STS 130/2007, 19 de febrero. En esta última resolución –que acoge dos votos particulares que concluyen la innecesariedad de autorización judicial por una vía argumental distinta a la aquí defendida-, puede leerse: *“...la policía, antes de acudir al juzgado en demanda de una autorización para intervenir los teléfonos de referencia, habría procedido por sus propios medios técnicos a injerirse en el curso de algunas comunicaciones telefónicas, consiguiendo así los números de los correspondientes a un determinado usuario. Es lo que resulta del oficio que abre la causa en relación con la afirmación testifical antes transcrita, en la que el funcionario declarante precisó que el ingenio técnico utilizado permite la detección de «los números de teléfono que se están utilizando»”* (FJ 1º). El hecho añadido de que alguno de los agentes que declararon en el juicio oral se amparara en el secreto profesional para negar toda explicación respecto del modo en que aquel número fue obtenido, añadió entonces una sombra de duda acerca de que el cruzamiento de datos que hizo posible el acceso al número telefónico se hubiera obtenido sin las debidas garantías.

...

En el supuesto que motiva el presente recurso, pues, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se produjo. De ahí la necesidad de desestimar el motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim)». (F. J. varios)

#### **PRUEBA. Pericial. Fotografías.**

Recurso: Casación nº 10441/2007 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 782/2007 de fecha 03/10/2007

«...En el segundo motivo alega vulneración de la presunción de inocencia, al no haberse practicado en el juicio oral prueba de cargo suficiente. El recurrente no cuestiona la tenencia de material pornográfico, pero niega que se haya acreditado que se trataba de pornografía infantil. Cita nuevamente las sentencias de 20 de octubre de 2003 y de 8 de marzo de 2006. De manera que la única prueba de cargo han sido los dos informes periciales sobre el contenido de los dos discos duros intervenidos, en los que no se afirma que los contenidos pornográficos se refieran a menores de edad.

1. El recurrente cuestiona la existencia de prueba respecto a que las grabaciones que tenía en su poder, calificadas como material pornográfico, se refirieran a menores. Afirma, que tal cosa no se desprende del contenido de las pruebas periciales, a pesar de lo que dice la sentencia de sentido contrario.

La prueba pericial resulta útil en cuanto aporta al Juez o Tribunal conocimientos científicos o técnicos de los que éste carece, de forma que permiten una más correcta valoración del material probatorio disponible.

2. En el caso, no es necesaria una prueba pericial de expertos en informática para establecer si las fotografías contenidas en el material incautado al recurrente tienen carácter pornográfico y si afectan a menores. Es claro que en casos de pornografía infantil no suele disponerse de la filiación de los menores explotados, por lo que la calificación deberá basarse en su aspecto externo, en la medida en que permita concluir que se trata de menores de dieciocho o de trece años. Para ello no son precisos conocimientos técnicos, bastando con la experiencia y el conocimiento común, en la medida en que permitan excluir otras posibilidades más favorables tras la observación directa del material incautado. En definitiva, es al Tribunal a quien corresponde este aspecto de la valoración de la prueba, como se hace en la sentencia en el fundamento jurídico tercero. Una vez establecido que se trata de menores de edad, el carácter pornográfico deriva de la actitud sexual reproducida en el material de que se trata. Es evidente que la utilización de fotografías de menores en actitudes sexuales tendrá ordinariamente carácter pornográfico.

En la causa, concretamente en el anexo al informe pericial de los folios 71 y siguientes, que la Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim, constan varias fotografías de varones en actitudes inequívocamente sexuales, solos o en compañía de otros, y en la mayoría de los casos, de su aspecto externo puede concluirse sin asomo de duda racional que su edad es inferior a los dieciocho años. Asimismo aparecen otras fotografías de menores desnudos, de edad notoriamente inferior a los trece años. Aunque no se aprecie en ellas actitudes sexuales explícitas, la utilización conjunta de estas fotografías con las otras antes mencionadas permite afirmar el carácter pornográfico del material incautado valorado en su conjunto.

3. Además, a pesar de la afirmación del recurrente, en el acta del juicio oral, en la declaración de uno de los peritos que suscriben los informes periciales, consta textualmente lo siguiente: “Se identificaron varias páginas web mantenidas y gestionadas desde las máquinas analizadas. Esos ficheros encriptados eran imágenes, fotografías a cuyo contenido no pudieron acceder.

Había alguno” (sic) “video de contenido pornográfico con menores de edad, de menos de 13 años de edad. Se hizo una muestra representativa de los ficheros en las fotografías que aparecen en sus dictámenes”.

Por lo tanto, también el perito apreció la presencia de personas menores de edad y menores de trece años en el material pornográfico que el recurrente tenía en su poder.

4. Por otra parte, el Tribunal oyó la declaración testifical de los agentes policiales que detuvieron al recurrente y que previamente observaron como enfocaba las nalgas y los genitales de los menores. Es cierto que, tal como alega, un desnudo de una persona menor de edad no adquiere por sí mismo carácter pornográfico. Sin embargo, en el caso no se examinan esas fotos aisladas de otras o desvinculadas de una conducta relevante, sino que el Tribunal tiene en cuenta que se enfocaban principalmente los genitales de los menores, lo cual, unido a la posesión del resto del material ocupado en poder del recurrente y a los datos que demuestran la gestión de páginas pornográficas conteniendo imágenes de menores, permite inferir razonablemente que lo grabado se uniría de alguna forma a aquellas otras imágenes, lo que permite atribuirle el mismo carácter.

Por lo tanto, el motivo se desestima». (F. J. 2º)

#### **PRUEBA. Pericial. “Informes de inteligencia”.**

Recurso: Casación nº 10162/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 783/2007 de fecha 01/10/2007

«..Como ha sostenido acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, en los funcionarios policiales que elaboran los llamados “informes de inteligencia”, como en los expertos en legislación fiscal o de aduana, puede concurrir esa doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos. Se trata además de pruebas cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, y su validez, como ya lo hemos declarado con anterioridad.

En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas: 1º) Se trata de una *prueba singular* que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales; 2º) En consecuencia, *no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala; 3º) En todo caso, *la valoración de tales informes es libre*, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados

como documentos a efectos casacionales; 4º) No se trata tampoco de pura *prueba documental*: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder; 5º) El Tribunal, en suma, puede *apartarse* en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces "a quibus"; 6º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, *más próxima a la pericial*, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias; 7º) Finalmente, podría *el Tribunal* llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos». (F. J. 4º)

#### **PRUEBA. Pericial psicológica.**

Recurso: Casación nº 1589/2007

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 317/2008 de fecha 27/05/2008

«..Los dictámenes periciales psicológicos han sido objeto de especial análisis por esta Sala. Así, la STS 339/2007 -tal como recuerda la STS nº 707/2007, de 19 de julio- afirma que "es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie, por su propio poder acreditativo directo, la veracidad de una declaración testifical pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS de 12-6-03 y 24-2-05). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor, al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, permite establecer si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS de 23-3-94, 10-9-2002, 18-2-2002, 1-7-2002, 16-5-2003). En definitiva, la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona, compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad

constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS de 14-2-2002), pero a "sensu contrario" sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas"». (F. J. 5º)

## **PRUEBA. Prueba de ADN. Recogida de vestigios corporales.**

Recurso: Casación nº 1128/2007

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1062/2007 de fecha 27/11/2007

«1.- La impugnación se basa en que el análisis de ADN superó las barreras de la simple identificación para internarse por cauces de investigación no codificantes que suponían la obtención de datos que afectaban a rasgos genéticos que no debían incorporarse a la causa por poder determinar la existencia de enfermedades u otros datos sensibles, excesivos e innecesarios para la simple identificación personal por el método no codificante.

2.- Según la parte recurrente, los vestigios corporales obtenidos para identificar a los dos recurrentes (una colilla y un esputo), se obtuvieron sin mandamiento judicial y sin estar perfectamente acreditada su motivación.

El resto de las alegaciones, con profusión de citas de normas reguladoras de la protección de los datos personales y de la garantía de confidencialidad y limitación de los datos genéticos en los archivos policiales, no aporta dato alguno que permita afirmar que la cadena de custodia y el archivo de los perfiles genéticos se haya realizado sin las debidas garantías.

3.- Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos.

Suscita, con carácter general, si la huella genética, una vez analizada y codificada, constituye un indicador identificativo no sólo de la persona sino de sus posibles patologías con la consiguiente lesión o deterioro de sus derechos a la intimidad.

Los laboratorios de la Ertzainza y los bancos de datos genéticos derivados del ADN, se ajustan a las previsiones de la Ley Orgánica de 13 de Diciembre de 1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. La Ertzainza regula los protocolos de actuación en estos casos en virtud de una Orden de 2 de septiembre de 2003. No obstante insiste en que la forma de recogida de datos solo se puede hacer a través de la información facilitada libremente por el interesado, en virtud del derecho de autodeterminación informativa, después de un consentimiento suficientemente informado o, en su caso, en virtud de requerimiento judicial.

En consecuencia, sostiene que se produce el efecto cascada previsto en el artículo 11, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su opinión el

vicio inicial insubsanable, arrastra o acaba con su virtualidad probatoria y su utilización como prueba de cargo. Advierte que, los peritos analizaran la prueba que les llega, anonimizada, ya que ignoraban su procedencia y además había sido obtenida de forma aséptica y sin intervención corporal alguna.

**4.-** No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma derivada de un acto voluntario realizado por los sujetos objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos y la colilla se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. Sólo se denuncia la ausencia de intervención judicial.

Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

**5.-** Uno de los aspectos que se denuncian es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no solo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna. Es más, la Orden de 2 de Septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

**6.-** En cuanto a la autodeterminación o "*habeas data*" informativo creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o *en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*.

Si relacionamos este precepto con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.

7.- La Ley de 13 de Diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que, en modo alguno, supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajeda la nulidad absoluta del análisis practicado.

La orden de 2 de Septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecable, respeta el principio de autodeterminación de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez mas insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.

La impugnación de sus resultados sólo es posible sometiendo a una discusión técnico-científica el dictamen analítico y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Rastreo policiales informáticos.**

Recurso: Casación nº 1797/2007

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 236/2008 de fecha 09/05/2008

«...a) los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet protocols) que habían accedido a los "hash" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada -como puntualiza con razón el Mº Fiscal- queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario.

b) entender que conforme a la legalidad antes citada (unas normas vigentes en el momento de los hechos y otras posteriores) se hacía preciso acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (*habeas data*). La policía judicial a través de un oficio de 6 de noviembre de 2005, completado por un informe de 24 de octubre del mismo año del Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil interesa la preceptiva autorización que obtuvo con el libramiento de mandamiento judicial dirigido a los operadores de Internet para identificar ciertas direcciones IP del ordenador al objeto de proseguir la investigación.

Consecuentemente quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso EMULE, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en internet, no se hallaban protegidos por el art. 18-1º ni por el 18-3 C.E». (F. J. 2º)

### **PRUEBA. Reconocimiento fotográfico y reconocimiento en rueda.**

Recurso: Casación nº 862/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 994/2007 de fecha 05/12/2007

«...esta Sala en relación a los reconocimientos fotográficos hechos por la policía judicial, tiene dicho reiteradamente (STS. 673/2007 de 19.7).

1º. Que por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación el criminal.

3º. La policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede acudir directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss. LECr.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Veáanse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 26.12.1990, 1500/1992, 1162/97. 140/2000, 1638/2001, 683/2002, 486/2003, 1353/2005).

b) Pues bien en cuanto al reconocimiento en rueda esta Sala tiene declarado que es una diligencia esencial pero no inexcusable. Supone un medio de identificación, no **exclusivo ni excluyente**, destinado y dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable de todo delito investigado, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su ejecución sería ya imposible. Es pues una actividad probatoria de la fase instructora, por lo que los defectos graves con que la misma se haya desarrollado en su inicio, difícilmente pueden ser subsanados ya con posterioridad precisamente porque en su esencia es una prueba anticipada (STS.500/2004 de 2.4).

En primer lugar, lo que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que el reconocimiento en rueda constituye en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea (STS. 1531/99), pero no que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud.

Por otra parte, mediante el reconocimiento en rueda se pretende la averiguación de la verdad a medio de la identificación del acusado siempre que previamente se ofrezcan dudas de cualquier entidad, de donde se sigue que si no se plantean éstas no es una diligencia preceptiva.

También ha señalado la Jurisprudencia (S.T.S. 1230/99) que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003)». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Testifical de la víctima.**

Recurso: Casación nº 237/2007

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 893/2007 de fecha 31/10/2007

«...De acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala, entre otras y por citar las más recientes, SSTS 90/2007, 412/2007 ó 629/2007, hay que recordar que la declaración de la víctima, sobre todo en delitos cometidos en la búsqueda intimidada de agresor y víctima, puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Como se recordaba en la ya lejana sentencia de 24 de Noviembre de 1987, recordada por otras --1845/2000-- "*....nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motive el procedimiento penal se desarrolle en la intimidación de la víctima y del imputado....*". En el mismo sentido pueden citarse, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 201/89, 160/90, 229/91 ó 64/94.

Asimismo esta Sala, como critérios para verificar la credibilidad de la víctima ha establecido los ya conocidos --y citados en la sentencia sometida a este control casacional--, de ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, que no exista una animadversión inicial en la víctima, inicial e independiente de la agresión sexual iniciada (sería contra-natura exigirle a la víctima que no hubiese desarrollado una enemistad derivada y originada de la propia agresión sexual), que su relato sea verosímil y enlazado con ello, que existan corroboraciones externas y, finalmente que la incriminación se haya mantenido en el tiempo sin contradicciones relevantes.

No se trata de requisitos a verificar de una manera estereotipada, sino de someter, en concreto, las declaraciones incriminatorias de la víctima al triple cedazo expuesto a la vista de todos los detalles que ofrezcan las declaraciones, en un juicio esencialmente individualizado y singular, en referencia al hecho objeto de examen. (F. J. 2º, 1ª cuestión)

## **RECURSO DE CASACIÓN. "Error facti".**

Recurso: Casación nº 562/2007

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1040/2007 de fecha 12/12/2007

«1. La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una

nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

2. Es doctrina muy reiterada de esta Sala Casacional que no tienen la consideración de documentos literosuficientes, ni el acta del juicio oral, ni el atestado policial, en donde se incorporan las apreciaciones de la fuerza actuante y las actas de incautación». (F. J. 4º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba.**

Recurso: Casación nº 562/2007

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1040/2007 de fecha 12/12/2007

«..Esta Sala ha configurado unos requisitos formales y otros presupuestos de fondo para analizar esta censura casacional. Entre los requisitos formales, hemos diseñado los siguientes: a) Que la diligencia probatoria que no haya podido celebrarse por denegación de la suspensión del juicio oral, hubiese sido solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma; b) que tal prueba haya sido admitida por el Tribunal de instancia y en consecuencia programada procesalmente; c) Que ante la decisión de no suspensión del plenario se haya dejado constancia formal de la protesta ante el Tribunal “a quo”, con el adecuado reflejo en el acta; y d) Que tratándose de testigos la parte recurrente haya solicitado la consignación escrita, siquiera de forma sucinta, con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio.

Los requisitos o presupuestos de fondo, son los siguientes: a) que sea pertinente, en el sentido de que tenga relación directa con lo que se decida en la causa; b) que sea necesaria, en el doble sentido de relevante y no redundante; c) que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales; y d) que la falta de realización ocasione indefensión a la parte que la formuló y propuso como prueba». (F. J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo.**

Recurso: Casación nº 10135/2007 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 832/2007 de fecha 05/10/2007

«...Así, en la STS 546/2007, 12 de junio, con cita de la STS 1409/2003, 20 de octubre, ya recordábamos que el término venta ni siquiera figura en la descripción típica del art. 368 del CP, perteneciendo al común acervo lingüístico y vulgar y no específico de los juristas. Ha venido declarándolo esta

Sala en numerosos precedentes jurisprudenciales de los que puede citarse como exponente la STS 703/1996, 10 de octubre, que recuerda que la expresión «ánimo de traficar con drogas» no constituye concepto jurídico que anticipe el fallo, de la misma manera que se excluyen de tal defecto procesal otras semejantes, como «procedieron a vender tales productos», tóxicos, «con finalidad de distribuirla (la droga), «pretendía introducir y destinarla a su distribución», destinadas al tráfico», y otros similares (en este sentido SSTS 334/1996, 17 de abril, 415/1994, 28 de febrero Y 2120/2002, 20 de diciembre).

Lo mismo puede afirmarse respecto de la frase *“hallaron el cuchillo con el que Luis Carlos amenazó a Antonio”*, en relación con el delito de amenazas condicionales por el que también ha sido condenado el recurrente. En este fragmento la Sala no está describiendo la acción típica, sino aludiendo a la recogida de las piezas de convicción por parte de los agentes de la Guardia Civil que acudieron al lugar de los hechos. Así se desprende con nitidez del contenido íntegro de la frase *“...a dos metros del lugar, los agentes hallaron el cuchillo con el que don Luis Carlos amenazó a don Antonio”*. Es en otro pasaje del factum en el que la Sala de instancia sienta los elementos fácticos a los que luego aplicar la correspondiente calificación jurídico-penal. En efecto, *“...casi inmediatamente fue conminado por don Luis Carlos y don Jorge Mario, llegando a ser amenazado de muerte y golpeado por ellos, con exhibición de sendas armas blancas en sucesivos momentos, si no pagaba. También don José Manuel le exigió el pago de cierta cantidad que decía deberle”*.

Como ya hemos sostenido en las SSTS 546/2007, 12 de junio, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación en el juicio histórico y el juicio jurídico. Mediante el primero, la sentencia ha de limitarse a precisar si esos hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado; a través del segundo, el tribunal ha de precisar si tales hechos superan o no el juicio de tipicidad. Y ese orden metodológico actúa como presupuesto de validez del proceso de apreciación valorativa que incumbe al órgano decisorio. Dicho en palabras de la sentencia de esa misma Sala núm. 45/2001 de 24 de enero, si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisorio se hace tautológico o circular, y fácilmente arbitrario.

Sin embargo, la detenida lectura de las expresiones empleadas –pese al razonamiento en contrario del recurrente-, pone de manifiesto que ninguna de aquéllas produce la confusión denunciada entre el juicio histórico y el juicio jurídico.

Se impone, en consecuencia la desestimación del motivo por su manifiesta falta de fundamento (art. 885.1 LECrim)». (F. J. 1º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Delito de agresión sexual. No procede la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Escolar.**

Recurso: Casación nº 10714/2007 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 51/2008 de fecha 06/02/2008

«..la vía casacional del art. 849.1 LECrim., obliga a respetar el relato de hechos probados, en el que se afirma que “el procesado impartía clases de kárate en el Centro A. C. SA., circunstancia que brindaba al procesado la posibilidad de conocer y captar a chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Santiago...”, pronunciamiento fáctico que es reiterado en el Fundamento de Derecho tercero, al considerar probado en base a las declaraciones del propio procesado y de la Directora del Centro que aquél impartía clases de kárate en el Centro, consintiéndolo y tolerándolo la dirección, a cambio de ayudar al profesor de Educación Física, siendo precisamente esa presencia y actividad tolerada en el Centro la que permitió al procesar conocer, abordar y abusar del entonces menor y víctima del hecho.

En estas circunstancias no puede sostenerse que el procesado realizara una actividad ajena al Centro ni que estuviera desvinculado laboralmente de la institución con independencia de que fuera de forma gratuita, esporádica o meramente circunstancial, realizando su labor, misión o actividad con la aquiescencia del responsable civil subsidiario.

Ahora bien estas circunstancias que desde el prisma del responsable penal han sido valoradas para la apreciación de la agravación prevista en el art. 180.1.4 CP. en cuanto aquél se prevalió de las mismas para la más fácil ejecución de la actividad delictiva, no son suficientes para generar la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Escolar en hechos no acaecidos en sus instalaciones, y sin que la conducta objeto de sanción guarde relación alguna con el cometido concreto de la actividad laboral.

En efecto en la sentencia de instancia no se hace referencia a en qué consistió la falta de diligencia del Centro en la elección del acusado como profesor, ni qué medidas especiales de vigilancia pudo emplear para vigilar su actuación fuera del Centro y de su horario laboral, y a análoga conclusión llegaríamos desde el plano de la imputación objetiva en el que deberíamos comprobar si la acción del Centro ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y este resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro -jurídicamente desaprobado- creado por la acción, pudiéndose apreciar que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trata de riesgos permitidos, y que en general es posible afirmar que sin causalidad -en el sentido de una Ley natural de causalidad- no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural.

De esta manera, solo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es

decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

Condicionamientos que no son de apreciar en el caso enjuiciado. La actuación del recurrente Centro A. C. S.A. de Marbella, se limitó a consentir que el responsable penal impartiera clases de karate en el colegio, sin que conste percibiera del Centro remuneración alguna -al parecer los alumnos le abonaban directamente el importe de las clases- a cambio de ayudar al profesor de Educación Física, conducta que en modo alguno supone citar una situación de peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, habiendo el procesado llevado a cabo los delitos contra la libertad sexual, sin ninguna relación con el desempeño de sus obligaciones y servicios en un lugar; el propio domicilio de éste, totalmente ajeno a las posibilidades de control y vigilancia del declarado responsable civil subsidiario.

En consecuencia procede, como ya se adelantó, la estimación del motivo». (F. J. 13º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. “Ex delicto”. Vinculación al máximo pedimento de la acusación.**

Recurso: Casación nº 1944/2007

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 353/2008 de fecha 13/06/2008

«...B) Lo que, por el contrario, no acontece con el motivo Segundo del Recurso, que ha de ser estimado parcialmente, de acuerdo así mismo con el apoyo que el propio Fiscal le otorga, con cita de las SsTS de 13 de Febrero de 2006 y 7 de Marzo de 2007, toda vez que, aún cuando no merece reproche alguno el que los Jueces “a quibus” hayan acudido, con mero carácter orientativo, a los criterios cuantitativos establecidos en el Baremo legal para la valoración de los daños corporales derivados de los accidentes acaecidos con motivo de la circulación rodada (DL 8/2004, de 29 de Octubre), es cierto no obstante que la recurrida infringe la correcta aplicación de los artículos 109 y siguientes del Código Penal, habida cuenta de que, hallándonos ante una materia, como es la indemnizatoria, regida por los principios del orden jurisdiccional civil, entre los que se encuentra el de la “justicia rogada”, conforme al cual no procede otorgar, más allá de lo solicitado por el perjudicado, una cuantía reparadora superior a la interesada por éste y que, en el presente caso, se cifraba en 40.000 euros, siendo lo concedido por la Audiencia 43.391’33 euros.

Por lo que el presente motivo y, con él, el Recurso, debe ser parcialmente estimado, procediendo el dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que consiguientemente se extraigan las conclusiones derivadas de esta estimación». (F. J. 1º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Improcedencia de su pronunciamiento en vía penal si se declara la prescripción.**

Recurso: Casación nº 1586/2001

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 430/2008 de fecha 25/06/2008

«...la responsabilidad civil dimanante de delito sólo puede ser objeto de pronunciamiento en el ámbito del proceso penal seguido, cuando existe una previa declaración de algún "responsable" por tal delito (art. 116 C.Penal) ya que ese es el término que emplea el precepto citado, reiterado en el art. 123 C.P. para las costas, lo que supone la existencia de una acción típicamente antijurídica y culpable, e incluso punible, sin prejuzgar si este último concepto constituye elemento esencial del delito o simplemente se trata de una consecuencia de un delito ya cometido. Fuera de estos cauces sólo podía recaer el pronunciamiento civil peticionado en las excepcionales supuestos previstos por el legislador en el art. 118 C.P., ocasional y restrictivamente ampliados por doctrina de esta Sala a hipótesis en que recayó condena, pero no tuvo efectividad (indulto) o se condenó por un delito de los dos por los que se acusaba, si nos atenemos a los precedentes jurisprudenciales que invocan los postulantes.

Pareciera que el art. 109 C.P. que no hace referencia explícita a los declarados "responsables", sino a la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, permite ampliar los supuestos del art. 118 C.P. a aquéllos en que existiendo delito no ha sido condenada persona alguna como responsable de él (v.g. excusas absolutorias, causas de exclusión de pena, etc.), pero tal posibilidad no ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, que sin inflexión y en interpretación sistemática ha declarado, en relación al art. 109, que "el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de la responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal....." (véanse, por todas, S.T.S. 172/2005 de 14 de febrero), precedentes que la mayoría de la Sala ha decidido mantener».(F. J. 7º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización al Estado por subrogación prevista en caso de ayudas a víctimas de delitos.**

Recurso: Casación nº 518/2004 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1032/2007 de fecha 03/12/2007

«..el art. 13 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, establece que "el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo. La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por

el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación. El Estado podrá mostrarse parte en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal". Por su parte, el art. 14 de esta Ley, dispone que "el Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación, en los siguientes casos:

a) Cuando por resolución judicial firme se declare la inexistencia de delito a que se refiere la presente Ley.

b) Cuando con posterioridad a su abono, la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto la reparación total o parcial del perjuicio sufrido en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, en los términos establecidos en el artículo 5 de esta Ley.

c) Cuando la ayuda se hubiera obtenido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquiera otra forma fraudulenta, así como la omisión deliberada de circunstancias que determinaran la denegación o reducción de la ayuda solicitada.

d) Cuando la indemnización reconocida en la sentencia sea inferior a la ayuda provisional.

En el mismo sentido, el Reglamento de la citada Ley, aprobado por R.D. 738/1997, de 23 de mayo, dispone, en su art. 68,2 que "el ejercicio de la acción prevista en el artículo anterior (la de repetición contra el civilmente responsable) se efectuará mediante la personación del Estado en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal"; precisando que "cuando no se produzca la repetición al Estado en el proceso penal o civil o en sus fases de ejecución, el importe de la ayuda satisfecha se exigirá a la persona civilmente responsable por el hecho delictivo mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación".

De lo expuesto, se desprende claramente que la reclamación del Estado deberá llevarse a cabo, en principio, en la causa penal o civil que se siga por los hechos determinantes de las ayudas que se hayan concedido en méritos de lo establecido en la Ley 35/1995, debiendo acudir al procedimiento administrativo correspondiente en los casos previstos en el art. 14 de la misma.

De cuanto queda dicho, se desprende claramente: 1) que el Estado puede personarse en el proceso penal, como perjudicado, al subrogarse en lo pertinente en los derechos de las víctimas de los hechos violentos y de las agresiones sexuales; 2) que, en el presente caso, así se ha hecho, habiéndose aportado a los autos, con el escrito personación, las correspondientes resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (folios 101 a 105, y 108 a 112); 3) que el Abogado del Estado ha formulado oportunamente su escrito de conclusiones provisionales (f. 158); 4) que, pese a todo ello, el Tribunal de instancia no ha hecho mención alguna en

el factum de la resolución combatida a las ayudas reconocidas a la viuda e hijo del ciudadano asesinado ni pronunciamiento alguno sobre la petición del Abogado del Estado en el fallo de su sentencia; y, 5) que el contenido de los documentos incorporados a los autos pueden tener virtualidad para afectar al fallo de la sentencia.

Procede, en consecuencia, incorporar al factum de la sentencia impugnada el hecho de las ayudas reconocidas a la viuda e hijo del fallecido, y, en méritos de lo establecido en el art. 13 de la Ley 35/1995, condenar al acusado al pago al Estado español de la suma reclamada por el Abogado del Estado, que, en buena técnica procesal, debió haber formulado el correlativo motivo de casación por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., que, ello no obstante, debe estimarse implícito en la impugnación por error de hecho». (F. J. 2º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Moderación de la indemnización cuando existen personas que con su negligencia han favorecido la comisión del delito.**

Recurso: Casación nº 595/2007  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 9/2008 de fecha 18/01/2008

«..Tal discrecionalidad se deduce de la palabra "podrán" utilizada en el texto del art. 114 CP cuyo contenido acabamos de reproducir. Y si hay discrecionalidad en cuanto a la posibilidad de acordar o no esa moderación en el importe de la reparación o indemnización, entendemos que, con mayor razón aún, habrá de reconocerse también esa discrecionalidad en pro de una facultad del tribunal de instancia para fijar ese porcentaje que han de soportar en su perjuicio las personas que con su negligencia han favorecido la comisión de estos delitos dolosos, la sociedad limitada directamente perjudicada y la entidad aquí recurrente; porcentaje que en este caso quedó determinado en un cincuenta por ciento.

Se trata en definitiva de un capítulo más de esas facultades que, como hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho (razón 2ª), corresponden a los órganos judiciales de instancia en materia de determinación de las responsabilidades civiles». (F. J. 4º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Régimen penitenciario.**

Recurso: Casación nº 1591/2007  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 355/2008 de fecha 03/06/2008

«...El Régimen Penitenciario, es un régimen especial en el que el interno está privado legalmente de la libertad, pero mantiene indemne el resto de derechos que como persona le corresponde, por eso la Administración

Penitenciaria se encuentra en una especial situación de garante en un doble sentido:

a) Para garantizar la efectividad de los aspectos custodiales derivados del cumplimiento de la pena de prisión, salvaguardando la vocación de reinserción de acuerdo con el art. 25 C.E., y por ello, como se recoge en los Principios Rectores de la Prevención del Crimen y de la Justicia Penal de Naciones Unidas en su declaración de 1984, el sistema penal no es sólo un sistema de control, intimidación y sanción, sino también de logro de un sistema más equitativo mediante la apertura del sistema a la Comunidad, la humanización y la concepción de la Ley Penal como expresión del más amplio consenso social posible y

b) Para garantizar la indemnidad del interno mientras permanezca en prisión, ya que lo es contra su voluntad y la administración penitenciaria debe velar porque no se viole el resto de derechos que no quedaron afectados con la condena. Hay que recordar que la exigencia de nexo de causalidad entre la infracción legal y el hecho delictivo que en el art. 120-3º viene a ser exigido en términos cuasi-absolutos, ha sido interpretada por la Jurisprudencia de esta Sala en clave de facilitación relevante, y así por ejemplo en la STS 1433/2005 de 13 de Diciembre.

Por eso, como recuerda la STC 157/2000 de 12 de Junio "*...la justicia no se detiene en la puerta de las prisiones...*", como ya dijo con anterioridad el TEDH, caso Campbell y Fell de 28 de Junio 1984. Cuando una persona ingresa en prisión, lo es para cumplir la pena, y no para ser sujeto de un delito, como víctima y si éste se produce, sin hacer una apelación a supuestos de responsabilidad del objetivo de la Administración --que no concede el art. 120-3º Cpenal-- es lo cierto que corresponde a la Administración acreditar el acabado cumplimiento de las previsiones legales en materia penitenciaria si pretende su total exoneración en vía de responsabilidad civil subsidiaria.

En el presente caso, esto no se ha acreditado, y no lo ha sido de manera irrelevante en relación a la agresión sexual sufrida por la víctima. Al contrario, estimamos que el incumplimiento del régimen celular individual sin la adecuada justificación en cuanto al propio hecho de compartir la celda y sin adecuada justificación del régimen de selección en virtud del cual se acordó que esos tres internos compartieran la misma celda, fue causa relevante en la agresión sexual producida al recurrente. Existió un funcionamiento de la Administración penitenciaria contrario a las previsiones legales con causalidad relevante en el delito cometido. En la masificación de los centros, se encuentra el origen de la violencia carcelaria.

En definitiva, procede la estimación del motivo, y declarar a la Generalitat de Catalunya responsable civil subsidiaria del pago de la indemnización impuesta al autor del delito.

Ahora bien, también en este aspecto solicitó el recurrente que frente a la cantidad indemnizatoria concedida en la instancia --6.000 euros--, esta se eleve sustancialmente hasta alcanzar la cantidad de 90.000 euros, y en apoyo de

esta cifra señala la sentencia de esta Sala 47/2007 de 8 de Enero que también acordó la responsabilidad civil subsidiaria en un supuesto del art. 120-3º pero concediendo cantidades mucho más elevadas, también en un supuesto de agresión sexual. Un examen de dicho caso, acredita la cualitativa diferencia existente entre la acción aquí enjuiciada y la que se refleja en la sentencia citada. La responsabilidad civil *ex delicto*, también en caso de delito doloso trata de compensar el dolor causado, buscando la reparación, normalmente en clave económica, así como compensar todos los efectos del delito.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta la naturaleza del delito de la agresión sexual y no apareciendo consecuencias o secuelas derivadas de ella, parece adecuada la cantidad de 12.000 euros, el doble de la indicada en la sentencia de instancia que aparece como desproporcionada por defecto, pero desde luego muy alejada de la cantidad que se solicita, cuya desproporción por exceso con riesgo de un evidente síndrome de renta es patente.

Procede la estimación del motivo en los dos aspectos solicitados». (F. J. 4º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Reserva de la acción civil. Imposibilidad una vez ejercitada en juicio oral.**

Recurso: Casación nº 1798/2007

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 162/2008 de fecha 06/05/2008

«..Está fuera de dudas que la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido (art. 108 LECrim) y puede ser ejercitada separadamente de la acción penal por el perjudicado (arts. 110, 111 y 112 LECrim), en la medida en que el derecho a la reparación del daño causado por el delito implica un derecho subjetivo de carácter privado y, como tal, sometido al principio dispositivo que informa el ejercicio de las acciones civiles.

Sin embargo, en el presente caso, no estamos ante un supuesto de renuncia a la acción civil, sino de reserva sobrevenida que se pretende hacer valer ya en fase casacional. Admitir la viabilidad de esa decisión supondría alterar el significado y la funcionalidad del objeto del proceso. En efecto, las acusaciones elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales en el acto del juicio oral. El Ministerio Fiscal interesó una indemnización a favor de A.de 243.677,25 euros. La acusación particular, hoy recurrente, postuló idéntica cuantía, añadiendo 55.076,77 euros en concepto de intereses. En ese momento, quedó definitivamente formalizado el objeto del proceso, definiendo el ámbito cognitivo del Tribunal de instancia. La sentencia que es ahora objeto de impugnación representa el desenlace jurisdiccional, no sólo de la acción penal ejercida por ambas acusaciones, sino también de la acción civil que fue acumulada por las partes al amparo de los arts. 100, 111 y concordantes de la LECrim. La pretensión civil, en definitiva, se integró de modo irreversible en el objeto del proceso penal desde el momento en el que las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales. La improcedencia de una reserva de

la acción civil *a posteriori*, cuando ésta ya ha sido resuelta por el Tribunal de instancia, se justifica, además, por razones ligadas al principio de preclusión, criterio de ordenación del procedimiento que no puede considerarse ajeno a requerimientos impuestos por las reglas de la buena fe (art. 11 LOPJ).

El valor de estas consideraciones no se ve alterado por el hecho de que la sentencia de instancia haya sido absolutoria. De ahí que esta Sala, al anular aquélla y dictar segunda sentencia, esté obligada a pronunciarse, por razones de congruencia con las pretensiones que sirvieron para formalizar definitivamente el objeto del proceso, sobre la acción civil tal y como fue ejercitada.

Aun referida a un supuesto de hecho no coincidente con el que ahora es objeto de examen, la STS 936/2006, 10 de octubre, precisaba que “...*una vez ejercitada la acción civil, el Tribunal debe, necesariamente pronunciarse en sentido afirmativo o negativo, pero no cabe abstenerse. El responsable civil tiene derecho a que el Tribunal se pronuncie al respecto, a fin de no ser sometido a un ulterior proceso para ventilar cuestiones civiles que han sido planteadas en el presente procedimiento*”». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Doctrina general.**

Recurso: Casación nº 10708/2007 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1069/2007 de fecha 28/12/2007

«..La responsabilidad civil subsidiaria del criminalmente responsable exige, cuando se trata de empresas de la que aquél es dependiente, que la acción criminal se desenvuelva dentro del ámbito funcional de la relación entre ambos.

Como único motivo de casación alega este recurrente, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 120.4 del Código Penal, que los actos imputados al declarado criminalmente responsable, según se describen en los hechos probados, no mantienen "ninguna relación, ni directa ni indirecta entre mi patrocinado y el procesado".

Resulta llamativo el escaso esfuerzo dedicado en la sentencia recurrida a justificar la condena de este recurrente. Tras establecer en los hechos probados que el recurrente contrató al penado para que le sustituyera en sus labores de vigilancia de la obra en los fines de semana, no hace otra cosa que citar el precepto cuya indebida aplicación se discute en el recurso.

Supliendo pues esa ausente argumentación, debemos recordar como, en efecto, la Jurisprudencia de este Tribunal ha mantenido una línea de expansión del **ámbito** de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por razón de los hechos del dependiente.

Con carácter general, como recuerda nuestra Sentencia 822/2005 de 23 de junio, se exige como **requisitos** : "...que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un **vinculo jurídico** o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la **dependencia** del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por el haya contado con su **anuencia o conformidad**; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito **dentro del ejercicio** normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación..."

Se recuerda también que el **fundamento** de esa responsabilidad no se circunscribe a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino que cabe invocar el equitativo principio *cuius conmoda, eius incomoda*, a veces confundido con el de responsabilidad por riesgo, que también se esgrime a estos efectos. Por eso también se ha llegado a imponer la responsabilidad civil subsidiaria incluso cuando aquél a quien se le exige no ha obtenido ningún beneficio por la actuación penalmente castigada. O, como recuerda la Sentencia de este Tribunal 627/2007 de 4 de junio, (y en las allí citadas de 23 de junio de 2005 y 14 de julio de 2000) se ha llegado a exigir la responsabilidad "...aunque la actividad desarrollada por el autor del delito suponga un ejercicio anormal de sus funciones..." Y también se declara tal responsabilidad *sin exigir que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto ni, menos aún, que se corresponda con una determinada categoría comercial, pudiendo ser de carácter gratuito*; y se admite que es irrelevante el que tal relación sea más o menos estable, pues basta incluso la meramente transitoria u ocasional..." Sentencias 47/2006 de 26 de enero y las en ella citadas de 16-5-88, 15-11-89 y 16-9-92.

No obstante, como dejamos dicho, constituyen manifestaciones ineludibles de aquellos requisitos, en primer lugar que el responsable penal se encuentre respecto de su principal responsable civil subsidiario bajo "...una cierta **dependencia**, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma,..." doctrina reiterada en nuestra Sentencia nº 1226/2006, de 15 diciembre.

En segundo lugar, tal como recuerda la Sentencia nº 47/2006 de 26 de enero se exige que el hecho fundamento de la condena penal venga constituido por actividades "...**relacionadas de algún modo con la actividad punible,...**" o como dijimos en la 1096/2003 *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.***

Pues bien en el caso que juzgamos no existe otro vínculo entre los hechos atribuidos al acusado y el que le subcontrató, a quien se le condena en la instancia como responsable civil, que la accesibilidad al lugar en que los hechos acaban ocurriendo en su mayor parte.

Ese dato ya ha sido objeto de valoración por este Tribunal en un supuesto bien similar como lo es el decidido en la Sentencia 1155/2005 de 23

de septiembre. Como entonces debemos ahora concluir que, por muy laxa que sea la exigencia de los requisitos antes citados *"...siempre se deberá dar el requisito de que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la órbita o relación de servicios que comprende su función laboral y ello aunque no deba quedar exonerada de esa responsabilidad las simples extralimitaciones o variaciones en el ejercicio del servicio encomendado..."*

Como en esa resolución concluimos ahora que *"...hay una **total disfunción** entre las **acciones** realizadas por el acusado y su **cometido** dentro de la empresa, y ello **aunque aquéllas se produjeran dentro del lugar de trabajo...**"*

El motivo debe pues ser estimado». (F. J. 5º)

### **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Vigilante de seguridad.**

Recurso: Casación nº 11313/2006 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 806/2007 de fecha 18/10/2007

«El motivo no obstante, su cuidada y detallada argumentación, no debió ser estimado.

El art. 120 CP. establece que son responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente: "Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

A primera vista podría pensarse que la relevancia criminal de la conducta del empleado la aleja, normalmente, de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa), formal (con uniforme de la empresa), o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa). Por ello tratándose de una responsabilidad objetiva en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Así la STS. 1.7.2002, condena al empleado de un "controlador laboral" de unas obras que agrede sexualmente a dos niñas que habían acudido a jugar en las cercanías y el empleado las condujo bajo engaño (las niñas creyeron que era su vigilante) a una caseta de obras; y la STS. de 23.6.2005, en un caso de camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus

empleados, ausentándose de ella para cometer un delito de robo, violación y homicidio, argumentando que si bien es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar se derivan de su relación con la empresa.

Según la doctrina de esta Sala para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP. es preciso, de un lado que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una 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, de su principal o, al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia, propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Por ello, la interpretación de ambos requisitos se efectúa con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando", sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incomodum*" (Sentencias 525/2005 de 27.4; 948/2005 de 19.7), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. La STS nº 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

En el caso que examinamos en el relato fáctico se destaca que el acusado fue contratado por Grupo A. S. G. SL., el 1.10.2004, a fin de

desempeñar tareas de control en el aparcamiento publico y gratuito sito en ..., junto al Campus de la Universidad de Lleida, siendo el encargado de controlar la entrada y salida de vehículos del aparcamiento, su mantenimiento, así como abrir y cerrar las puertas de acceso y salida a dicha garaje.

Asimismo se hace constar que el *día 23 de noviembre de 2.004, que el acusado tenía horario de trabajo desde las 15 hasta las 24 horas, y ese día, María Isabel B. R., --estudiante de Derecho en la Universidad de Lleida -- había estacionado su vehículo Suzuki (Y.) en el citado aparcamiento como hacía en otras ocasiones. Alrededor de las 22,30 horas del mencionado día y cuando M.<sup>a</sup> Isabel se disponía a retirar el 4 vehículo, G. A. --que se encontraba desempeñando sus funciones de controlador del aparcamiento y dentro de su horario laboral-- la abordó sirviéndose de la circunstancia de ser empleado de la empresa que gestionaba el aparcamiento y ... en un momento determinado, para evitar ser descubierto por los gritos de auxilio que pudiera emitir, le tapó fuertemente la boca con la mano y la trasladó a la fuerza a la planta sótano del aparcamiento, emplazamiento más solitario y oscuro, justo en el lugar donde tiempo antes se había instalado una cadena que impedía el acceso a posibles usuarios a una zona sin salida y vetada al paso de vehículos, siendo en ese lugar donde llevó a cabo las acciones delictivas que culminaron con la violación y asesinato de M.<sup>a</sup> Isabel.*

Del anterior relato fáctico se desprende que el acusado prestaba sus servicios en el aparcamiento donde los hechos sucedieron y es en atención a esa condición por lo que se encontraba en dicho lugar.

Los delitos se concretan en su horario laboral y en lugar bajo el control del responsable penal. Por lo tanto su presencia en el lugar de los hechos se debía a su relación de dependencia con la empresa, cuya responsabilidad civil se cuestiona, pues de no tratarse de un empleado no habría tenido acceso a la zona donde ocurren los hechos. Dependencia que en esas condiciones subsistía durante el tiempo en que permaneció en el lugar, y de la que se valió el acusado para llevar a cabo su acción delictiva desde su inicio hasta el final, aprovechando la mayor facilidad que su condición de empleado del aparcamiento le comportaba para acercarse a su víctima, sin despertar sospecha inicial y eligiendo víctima, joven que llegaba sola, y lugar y horario donde iniciar y continuar el ataque, trasladando a su víctima a una zona no transitada de la planta sótano.

Consecuentemente se encontraba en el ejercicio de sus funciones y su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar se derivan en todo caso su relación de dependencia con la empresa y se producen en su propio ámbito de actuación, en cuanto había accedido a la zona en ese momento como consecuencia de su condición de empleado encargado del mantenimiento del aparcamiento, control de acceso y salida de vehículos y apertura y cierre de sus puertas.

Dados los hechos probados no es posible desvincular las actividades y servicios prestados por el acusado para la empresa, de su posibilidad de acceso y su presencia en el lugar de los hechos en el momento en que éstos

ocurren. La responsabilidad civil subsidiaria no procedería solo en el caso de que los actos delictivos estén desconectados del ámbito de las citadas actividades y servicios (STS. 1957/2002 de 26.11), lo cual aquí no acontece, pues el acusado actuó en la comisión de los hechos delictivos, dentro de su horario laboral en el lugar de trabajo cuyo control tenía encomendado y valiéndose de estas circunstancias en la forma de realización de los delitos.

Consecuentemente el motivo debió ser desestimado y mantenerse la responsabilidad civil subsidiaria de Grupo Antres Servicios Generales, SL.» (voto particular)

## **SIMULACIÓN DE DELITOS. Elementos.**

Recurso: Casación nº 1166/2007

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 252/2008 de fecha 22/05/2008

«...En relación al delito del art. 457, esta Sala SSTS. 1221/2005 de 19.10 y 1350/2004 de 23.12, ha recordado los elementos que configuran este delito:

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

b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1.994 declaraba que "en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales".

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

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa "notitia criminis" llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa

en aquellos casos en los que la "notitia criminis" o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (S.S.T.S. de 20 de noviembre de 1.995, 21 de octubre de 1.996 y 9 de enero de 2.003, ).

En consecuencia, aún en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

Pues bien, en relación a la certeza y realidad de los hechos denunciados no podemos olvidar que el recurso de casación es un recurso, que en términos generales, parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema únicamente permite dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación: una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim.

En el caso que se analiza ya se ha desestimado los motivo segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y el tercero error en la que la apreciación probatoria que cuestionaba la actividad probatoria desplegada en el juicio oral como suficiente para deducir racionalmente la existencia de un resultado probatorio que pudiera estimarse "de cargo" del que concluir la existencia de los delitos imputados.

Incólume, por tanto, el relato fáctico, tal como exige el motivo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. el acusado, con el fin de evitar que se conociera su irregular actuación, en la tarde- noche del 5 de enero hizo desaparecer de su oficina documentación relativa a recibos correspondientes a pagos realizados por contribuyentes, que no había ingresado en la cuenta del Ayuntamiento. Seguidamente, en la mañana del día 7, a las 11 horas, presentó denuncia ante la Guardia Civil de la localidad, indicando que entre las 20 horas del día 5 de enero y las 9 horas del día 7 de enero de 1999, autores desconocidos entraron en la oficina de la recaudación municipal, abriendo cajones, puertas y archivadores, tirando al suelo gran cantidad de recibos de contribuciones, así como otros documentos de la dependencia. También señalaba que no se habían causado daños y que en principio creía que no faltaba nada, pero que se había de colocar cada cosa en su sitio y comprobar si faltaba algún documento. Esta denuncia dio lugar a la incoación de las diligencias previas 82/99, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Massamagrell, que fueron sobreseídas por falta de autor por auto de 18/1/99 .

De tal relato fáctico se desprenden la concurrencia de los elementos del delito de simulación de delito a que se ha hecho referencia, pues con respecto a la denunciada "ausencia absoluta de actividad procesal" que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es

que allí se deja constancia que la denuncia -a que antes hemos hecho referencia- fue repartida al Juzgado de Instrucción nº 2 de Massamagrell, el cual incoó las diligencias previas 82/95 en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional de 18.1.99 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el art. 641 LECrim., lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente.

Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS. 27.11.2001 que declara con nitidez: "El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial.

En el caso de una denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas Diligencias Previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa".

Consecuentemente si bien tras el auto de incoación de las Diligencias Previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identificada persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el art. 456 del CP». (F. J. 9º)

**TENTATIVA. Diferencia entre tentativa acabada e inacabada en delito de agresión sexual.**

Recurso: Casación nº 535/2007  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 817/2007 de fecha 15/10/2007

«...El art. 62 del Código penal dispone que “a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado *todos* aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el *grado de ejecución alcanzado* por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de *todos* los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá *fallado* algo, de modo que no se puede mantener que, en *sentido físico*, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese “*todos*”, debe entenderse en *sentido jurídico*, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta “el grado de ejecución alcanzado”, que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al “peligro inherente al intento”, que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo

peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de *intensidad de ésta*, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

En efecto, la STS 359/2006, de 21 de marzo, ratifica la tesis de la tentativa acabada, desde el primer punto de vista, al juzgar unos hechos prácticamente idénticos a los aquí enjuiciados (“... cuando M. abrió la puerta del ascensor, L. C. la cogió del brazo introduciéndola en el ascensor y acto seguido, el acusado exhibió la navaja que portaba y se la puso en el cuello. Con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales, exigió a M. que se quitara los pantalones, intentando bajárselos el propio acusado, sin llegar a conseguirlo ante la resistencia de M. y el hecho de ponerse en cuclillas...”)

Lo propio ocurre en la STS 252/2006, de 6 de marzo, en donde se expone que, *prácticamente, los actos de ejecución estaban casi cumplidos*, por lo tanto estimamos que la interpretación que se efectúa por el Tribunal del art. 62, es correcta legalmente, en la medida que *el propio artículo no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la “conjunctium membrorum”, de la jurisprudencia clásica sino «al grado de ejecución alcanzado», lo que supone una modulación de la doctrina antes expuesta, o si se quiere una modulación que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada*, que ya se encuentra, también, en algunas sentencias de esta Sala como la STS 625/2004 de 14 de mayo, cuyo F.J. primero, después de reconocer la doctrina general de disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el "peligro inherente al intento", a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate». (F. J. 5º)

## **TERRORISMO. Colaboración con banda armada. Casuística.**

Recurso: Casación nº 10162/2007 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 783/2007 de fecha 01/10/2007

«...la aplicación de este tipo penal residual obedece a la incriminación de todo acto de colaboración, que tiene que ser *relevante*, en el sentido de positivo en su misma activación, no de exitoso o coadyuvante a una misión concreta de la banda criminal. De tal manera, que el hecho probado ha de precisar en qué consiste tal acto de colaboración. Y también hemos declarado que no basta con la mera adhesión ideológica, *ni siquiera con la disposición a colaborar*, el tipo exige cualquier acto de colaboración en el primer apartado del art. 576 del Código penal, al punto que concreta en el segundo apartado

una serie de colaboraciones “ad exemplum”. Todas ellas son actos positivos (transporte, infraestructura, ocultaciones, etc.), y no meras predisposiciones a colaborar.

En este caso, lo que la sentencia recurrida atribuye al recurrente es una mera predisposición: al punto que se dice que “éste accede” simplemente, pero no concreta si en efecto colaboró o no, y este déficit descriptivo impide la aplicación del art. 576 del Código penal, y en consecuencia, el motivo tiene que ser estimado, debiendo ser absuelto en segunda Sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.b (F. J. 6º)

La Sala sentenciadora de instancia le atribuye la colaboración por este ocultamiento, a que hace referencia el art. 576.2 del Código penal. Pero ello es insuficiente. Hemos dicho que los controles de aplicación del delito de colaboración con banda terrorista tienen que ser intensos, para evitar que cualquier acto inconcreto o equívoco pueda ser incriminado. Y que no sirve la mera predisposición a colaborar. En el caso enjuiciado, el recurrente no se aviene a esconder a dicha activista en su casa, sino que se limita a acompañarla a una parada (o estación, que tampoco esto es muy claro) de autobuses. Este simple hecho, sin más explicaciones no puede colmar las exigencias típicas del art. 576 del Código penal. El hecho es muy equívoco, y no se encuentra suficientemente concretado. De modo, que la conclusión *pro reo* no puede ser más que la absolutoria. (F. J. 10º)

Si analizamos los hechos probados de la sentencia recurrida exclusivamente se predica de él que ha mantenido reuniones orgánicas con un amigo, el también acusado. Y que en el piso de Tarbes (Francia), fueron intervenidos dos documentos en donde figura su nombre, encabezados por la palabra “proponente” o “proponentes”, y con la mención de tal amigo, que, en suma, debería ser el tal “proponente”.

Ello quiere decir que *no se describe un solo acto de colaboración*, que colme las exigencias típicas del art. 576 del Código penal, que exige, como ya hemos destacado con anterioridad, “cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”». (F. J. 13º)

### **TERRORISMO. Integración en banda armada. “Ruptura jurídica”.**

Recurso: Casación nº 10272/2007 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 886/2007 de fecha 02/11/2007

«...

**3.** Antes de pronunciarse sobre este motivo, no es de más delimitar los requisitos típicos o naturaleza de esta figura delictiva, según ha tenido ocasión de perfilar la doctrina de esta Sala (véase, entre otras, SS. nº 1741 de 14 de noviembre de 2000; nº 1346 de 28 de junio de 2001; nº 1127 de 17 de junio de 2002; nº 1117 de 19 de julio de 2003; nº 380 de 22-diciembre de 2003; nº 510

de 22 de abril de 2005; nº 580 de 6 de mayo de 2005; nº 220 de 22 de febrero de 2006 y nº 149 de 26 de julio de 2007).

Los requisitos del delito de integración en banda armada, podemos descomponerlos en los siguientes:

a) substrato primario, que exige la existencia de una banda armada u organización terrorista, compuesta por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación.

b) sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración del sujeto activo en dicha banda de manera permanente o por tiempo indefinido, nunca episódicamente, en que el militante accede a participar en los fines propios de la asociación ilícita.

c) elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

4. La Audiencia Nacional construye la sentencia condenatoria sobre una serie de interpretaciones acerca de la prolongación en el tiempo del delito (naturaleza permanente) y la cesación de sus efectos antijurídicos o límite de comisión del mismo, dando ya por concluída la lesión al bien jurídico protegido.

Nos viene a decir que al ser encarcelado el acusado en 1990 se rompió, aunque fuera en contra de su voluntad, esa vinculación que permitía desplegar una actividad (propia de un socio o asociado) dentro de la banda, faltando el requisito material y objetivo antes mencionado. Prácticamente el autor del hecho resulta forzosamente apartado de la banda y poco menos que inocuizado.

Sin embargo, esta interrupción de actividades propias de un militante de la banda, en alguna medida se "reanudó", al descubrir que en el año 2001 seguía interconectado, en la medida de lo posible, con los demás miembros del grupo terrorista, lo que hace que cerrada y concluída la comisión de un delito se produjera una renovación de la voluntad delictiva, integrándose de nuevo o "reanudando" su actividad dentro de la banda al ponerse en contacto con la cúpula radicada en Francia, merced a la elusión de los controles penitenciarios.

No se excluye -dice la Audiencia y con razón- que, juzgado y condenado un miembro de una organización terrorista, pueda en el futuro decidir integrarse de forma activa y eficaz en la misma con participación en sus fines, cometiendo de nuevo otro delito de pertenencia a banda armada, además y lo que es más importante, que la eficacia de cosa juzgada no puede proyectarse en el futuro, generando la impunidad de nuevas acciones.

La Audiencia Nacional entiende y está en lo cierto que, a pesar del informe de la Unidad Central de Inteligencia (folio 1092 y ss. de actuaciones), ratificado en el juicio oral, que se refiere a la importancia del colectivo de los presos de ETA ("frente de makos") en el mantenimiento de la patógena ideología de la banda, por más que se evidencie que tales presos tratan de actuar de forma coordinada frente a la administración penitenciaria en sus protestas y reivindicaciones, tal circunstancia no permite estimar acreditada la reanudación de los vínculos con la organización ni la participación efectiva en la misma. La Audiencia distingue perfectamente las interrelaciones o cohesión entre sí de los presos de ETA y su dependencia o actividad prestada directamente a la banda en la consecución de sus objetivos, respecto a los cuales el acusado se halla impedido de realizar aportaciones propias de un militante durante la estancia carcelaria, dado el riguroso régimen penitenciario a que se someten los presos condenados por delitos de terrorismo.

5. No obstante las atinadas razones expuestas por la Audiencia, debemos ahondar más en la naturaleza de este delito, al objeto de determinar si nos hallamos ante la prolongación en el tiempo de la comisión del delito por el que fue condenado el recurrente, o por el contrario, dado el carácter del delito, calificado de "estado" o "permanente", es posible afirmar que cesó definitivamente la vinculación y se cometió un nuevo delito con la remisión a la dirección de ETA por parte del acusado de la misiva a que se refiere el *factum*.

La jurisprudencia de esta Sala no ha llegado a precisar en sus resoluciones el momento en que puede darse por concluido ese estado permanente de lesión antijurídica o cuánto tiempo debe estar desconectado un miembro de una organización terrorista para dar por concluida y cerrada la situación delictiva de pertenencia a la misma.

La declaración de la sentencia nº 1117 de 19 de julio de 2003, tuvo el carácter de *obiter dicta*, pues el caso que se resolvía era si la actividad de colaboración con banda armada desarrollada, primero en España y después en Francia, sin solución de continuidad, constituía un delito o dos, concluyéndose que no existiendo acto interruptivo, la condena en España por la actividad desplegada en este país debe comprender la actividad no interrumpida realizada también en Francia.

En dicha sentencia se afirmaba la posibilidad de cometer más de un delito de pertenencia a banda armada, si concluido un periodo de adscripción voluntaria a dicha banda, posteriormente se abandona, es expulsado de la misma o sobreviene una situación de fuerza mayor en el que se imposibilita desarrollar la actividad colaboradora propia de un militante. Se apuntaba como posible el ingreso en prisión, y era lógico entenderlo así, dadas las drásticas precauciones y controles observados por los servicios penitenciarios en los contactos con el exterior de los presos por delitos terroristas.

La Audiencia considera que desde el ingreso en prisión en 1990, se eliminó la posibilidad de realizar actividades dentro de la banda, favoreciendo sus fines, pero se "reanudaron en 2001" con tal misiva, en la que se llevan a

cabo aportaciones estimables sobre la estrategia de la organización terrorista. No obstante, en el mismo texto de la carta, cuyo contenido se incorpora al factum, se habla de otras comunicaciones previas, y sobre ellas, en la fundamentación jurídica de la sentencia (pag. 15) se nos dice que de la carta "se desprende que no se trató de una comunicación aislada, sino que se había conseguido un canal de comunicación estable con la cúpula de la organización".

Como hechos probados, la Audiencia sólo tiene certeza de la comunicación epistolar de 2001, y de lo que en ella se expresa, pero de forma indirecta o implícita la propia sentencia no excluye otras comunicaciones.

**6.** De acuerdo con lo hasta ahora manifestado, se plantea la cuestión de cuál es el tiempo o circunstancias precisas para entender extinguido y definitivamente roto el vínculo de conexión con la banda a efectos de la permanencia o desaparición de lo que hemos llamado requisito material o de eventual aportación de colaboración a la banda, en su condición de miembro de la misma.

El recurrente entiende que la admisión por parte de la combatida de la existencia de comunicaciones anteriores del Sr. Parot con su organización, desconociéndose, cuántas o en qué momento y forma se han producido, permite sostener la vulneración del principio *in dubio pro reo*, y entender que los tres requisitos que integran el delito, en particular el material o de aportación de actividad a la asociación ilícita, se han mantenido con mayor o menor intermitencia en todo momento desde su ingreso en prisión. El delito es el mismo, prolongado en el tiempo, a pesar de haber sido juzgado por él.

Pero el recurrente no repara que aunque más pronto o más temprano, desde su ingreso en prisión (acto de ruptura "física" con la banda) consiguiera un canal de comunicación con el exterior, hasta que esto no tuvo lugar, es patente que estuvo por más o menos tiempo rota su vinculación con la banda, hasta tanto se lograra de nuevo tal conexión por medio de contactos epistolares.

Pero esta ruptura, que hemos denominado "física" o material, fue seguida de la que podríamos llamar ruptura jurídica, integrada por la sentencia condenatoria sufrida por pertenecer el recurrente a banda armada, que cerró un periodo de integración en la misma, en la que el recurrente sufrió el correspondiente reproche reflejado en la condigna sanción, lo que supone concluir jurídicamente un periodo de actividad delictiva dentro de la banda.

Conocida la sentencia firme, el acusado conscientemente reitera su actividad corporativa por medio de cartas, entrando en relación con la cúpula de ETA. Se ha producido una renovación en la voluntad delictiva, que persiste en la ilicitud, volviendo a introducirse (con las consiguientes limitaciones), en actividades colaboradoras con los fines criminales de la organización terrorista.

**7.** Todavía cabría preguntarnos si con el comportamiento enjuiciado se lesiona de nuevo el bien jurídico protegido o por el contrario la lesión se

resuelve y concluye con la pertenencia a la organización, por más o menos tiempo, en una o más ocasiones. Mas, como tiene dicho esta Sala, aunque sea con el carácter de *obiter dicta*, es posible cometer el delito una y más veces, si se llevan a cabo actividades de la misma naturaleza, después de concluída una etapa o periodo de pertenencia a la banda (ruptura de hecho) o por consecuencia de la condena por actos típicos de integración (ruptura jurídica).

El sujeto activo vuelve a incorporarse al entramado de interrelación formado por individuos organizados (banda terrorista) que constituye caldo de cultivo o fuente permanente de atentados contra la vida, integridad corporal, libertad, etc. que se prolonga en el tiempo gracias a la perseverancia de la militancia de sus miembros o a la incorporación de otros nuevos o reincorporación de los que un día dejaron de pertenecer a ella, constituyendo su sola existencia y continuidad un grave peligro para la sociedad, creando inseguridad o miedo colectivo e impidiendo el normal ejercicio de los derechos fundamentales, que es lo que trata de evitar la ley penal.

La voluntad, manifestada con actos de colaboración o de cooperación, persistiendo en su vinculación a la organización terrorista, después de una condena por haber formado parte de ella, supone un daño añadido y desde luego no implica infracción del principio "*non bis in idem*", pudiéndose más bien hablar -como oportunamente refirió el Fiscal en la vista oral- de un "*bis in alterum*", es decir, se cometió otro delito de la misma naturaleza a través de actos o actividades diferentes, no enjuiciados hasta el momento.

El motivo ha de decaer». (f. J. 1º)

## **TERRORISMO. Integración en organización terrorista.**

Recurso: Casación nº 10437/2007 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 888/2007 de fecha 25/10/2007

«...Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 119/2007, de 16 de febrero y 556/2006, de 31 de mayo, que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes: a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales. b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca

episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

En el supuesto que examinamos, concurren los requisitos y elementos que acaban de ser expuestos.

Ciertamente, en los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados al formalizarse el presente motivo por el cauce del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se deja expresado que los acusados, entre ellos el ahora recurrente, integraban una célula o grupo terrorista que tenía los siguientes objetivos: la difusión del ideario extremista islámico, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de atentados, el apoyo y ayuda a los compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros, así como a otros miembros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre musulmana y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción. Y a continuación se describen las acciones concretas en las que se materializan tales objetivos, algunas de las cuales han sido mencionadas al examinar los indicios plurales que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado en otro motivo.

Así las cosas, ha sido correcta la aplicación de los artículos 515.2 y 516.2 del Código Penal, sin que se haya producido la infracción legal que se denuncia. (F. J. 7º)

Deben asimismo darse por reproducidas las razones expresadas para rechazar igual invocación realizada por los dos anteriores recurrentes, siendo de reiterar que esta alegada infracción legal se enfrenta a los hechos que se declaran probados que deben ser respetados y en ellos se dice que los acusados, entre ellos el ahora recurrente, integraban una célula o grupo terrorista que tenía los siguientes objetivos: la difusión del ideario extremista islámico, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de atentados, el apoyo y ayuda a los compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros, así como a otros miembros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre musulmana y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción. Y a continuación se describen las acciones concretas en las que se materializan tales objetivos, algunas de las cuales han sido mencionadas al examinar los indicios plurales que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado en otro motivo.

Este motivo tampoco puede prosperar». (F. J. 6º) R. A. K.

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia. Delitos conexos.**

Recurso: Casación nº 10769/2007 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 215/2008 de fecha 09/05/2008

«...Dado que la mayoría del Tribunal excluyó el debate sobre la nulidad de actuaciones, no cabe estimar que existe discrepancia en cuanto a la resolución que, de hacerse tal revisión, hubiera adoptado el Tribunal. No obstante, a los efectos de justificar la trascendencia -y con ello su razón de ser- del voto particular que aquí dejo expuesto, he de indicar el convencimiento de que la Audiencia Provincial actuó con desprecio de las normas que atribuían el conocimiento de los delitos de asesinato, consumado e intentado, que aquella conoció, al Tribunal del Jurado.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 27 de febrero pasado no adoptó ningún acuerdo en el que se indique la recta interpretación del art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Se limitó, a desear que *no se desborde el ámbito de la competencia objetiva predeterminado en el art. 1 de la LOTJ*. Y, asimismo, se sugirió *la conveniencia de manejar las categorías del concurso real para la interpretación del concepto de conexión*". Y, desde luego, se rechazó una iniciativa que pretendía dar concreción a los diversos supuestos que podían entrar en esa adecuada interpretación que, por obvia, habría de sustentarse incluso sin tal proclamación solemne.

Pues bien, cabría hacer una primera advertencia: Cuando el art. 5.1. *in fine* de la LOTJ menciona el delito de homicidio no consumado lo hace a unos concretos efectos, que allí expresa, y **a esos solos efectos**: excepcionar la regla de inclusión del art. 1 de la misma ley. Es decir, excepcionalmente, el Tribunal de Jurado **no será competente por el sólo dato de que el objeto del proceso sea un hecho constitutivo de delito de homicidio no consumado**.

Es notoria la diversidad de expresión cuando en el mismo artículo (apartado 2 párrafo segundo) se hace referencia al delito de prevaricación. En ese caso lo que se enuncia es una regla de exclusión de competencia del Tribunal del Jurado: éste no conocerá nunca de tal delito por razón de conexión.

Pues bien de tal comparación debe resultar una primera conclusión: dado que no es lo mismo no erigir el homicidio intentado en objeto *determinante* de competencia del Jurado que erigirlo en objeto *vetado* para tal competencia, **nada impide que, por las demás reglas de conexión, el homicidio intentado reciba el mismo trato que otros delitos que no son, en principio competencia del Jurado**.

Surge entonces y, por ello, una posible segunda cuestión: el trato procesal de la hipótesis en que ese homicidio intentado se encuentre con otro delito competencia del Jurado, (otro homicidio, pero consumado), en la **relación** a que se refiere el art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no, estrictamente leídas, en una de las relaciones que regula el art. 5 de la LOTJ.

La cuestión de los efectos de la conexión mixta, entre delitos que son competencia del Jurado con los que no lo son, debe decidirse en función de la interpretación más coherente con el valor de promover la participación del ciudadano en la Administración de Justicia y ponderando como hegemónico el principio de separación de procedimientos sobre el meramente utilitario de la economía procesal. Lo que reconduciría la búsqueda de la solución a la norma del mismo art. 5 citado cuando advierte que, incluso en caso de conexión, la acumulación de objetos en un único procedimiento, solamente es admisible si, de separarse, se incurriría en fractura del objeto de necesaria contención e una única causa. Lo que, no ocurre cuando los dos delitos constituyen dos objetos procesales diversos.

Desde luego la reunión en un único procedimiento por conexión mixta (algún autor afirma con tino que ninguna conexión) **nunca puede justificarse desde el valor seguridad jurídica**, bajo el pretexto de que la acumulación de procedimientos, que provoca la conexión, conjura los riesgos de sentencias contradictorias. Sencillamente porque, por definición, como dice la más solvente doctrina, las *decisiones sobre objetos* diversos, conexos o no, *no pueden contradecirse*. Cosa diversa es que difieran las *afirmaciones* que buscan justificar aquellas decisiones. Pero tal contradicción ni quiebra la seguridad, ni es algo evitable de manera absoluta.

Desde la premisa de negarle a la decisión penal la fuerza de cosa juzgada positiva, *ha de admitirse siempre esa eventual existencia de afirmaciones contrapuestas* en cuanto formuladas en procedimientos diferentes. Ejemplo paradigmático puede serlo el de un ulterior juicio del coautor rebelde juzgado con posterioridad al enjuiciamiento del primer coautor habido. O la sucesión en el tiempo del proceso por un delito y por otro consistente en su encubrimiento, o sucesivos causas por robo, la una y por receptación la otra. O en casos de concurso medial si uno de los delitos es de perseguibilidad condicionada y la condición no ocurre sino con posterioridad al enjuiciamiento del otro delito.

Por otro lado la reunión de procedimientos, cuando es ineludible, presupone la competencia del órgano, que ha de conocer el único procedimiento, respecto de todos los procedimientos reunidos. Y, además, el Tribunal del Jurado siempre será el **único competente** para conocer de los delitos enumerados en el artículo 1.2 de la Ley orgánica del Tribunal del Jurado. Por lo que **dicha reunión o se produce ante el Tribunal del Jurado o no deberá producirse**.

El legislador, cuando la conexión, y subsiguiente reunión, afecta solamente a la competencia territorial opta por unos criterios genéricos

(artículo 18) para determinar el competente. Pero, cuando la acumulación de objetos procesales en un único procedimiento puede comprometer la competencia objetiva para alguno de éstos establece normas **específicas**:

El legislador subraya la diferencia de rango entre los criterios de atribución de competencia territorial y competencia objetiva. En aquella la selección del órgano competente compromete a Tribunales que son de la **misma clase**. En ésta el legislador, por razón de la materia litigiosa, o del sujeto justiciable, ha estimado necesario **atribuir competencia a órganos de características específicas en relación con los competentes para hechos o personas en las que no concurren esas características**.

Por eso la conculcación de los criterios atributivos acarrea consecuencias muy diferentes, como se pone de manifiesto por al ausencia de referencia a la competencia territorial en el art. 238 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La diversidad de rango de esos criterios se refleja en la diversidad de técnica legislativa al establecer la competencia para el procedimiento que reunifica objetos procesales conexos. Acudiendo al criterio indiscriminado de la gravedad o incluso el cronológico para establecer la territorial, pero no previendo la reunión o, cuando la prevé, preservando la del órgano especializado cuando se cuestiona la objetiva.

Conforme al art. **65** de la Ley Orgánica del Poder Judicial si uno de los delitos conexos es de los que son competencia de la Audiencia Nacional, ésta se **extiende** al conocimiento del delito que le es ajeno.

Conforme al art. **17 bis** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si uno de los delitos conexos (siquiera por razón de los números 3º y 4º del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ) es competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer ésta se **extiende** para la instrucción y la Audiencia, Tribunal de Jurado o Juez de lo Penal de su circunscripción lo serán competentes para el enjuiciamiento en el único procedimiento que contenga los objetos procesales en él acumulados, aunque alguno de ellos no sea competencia de aquel Juzgado de Violencia sobre la mujer.

Conforme al art. **272** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Tribunal que sea competente para juzgar al querellado único, o para juzgar a uno, o más, de los varios querellados, lo será aunque la querella sea, en cualquiera de esos casos, por delito para el que ese Tribunal no sea competente por regla general, o, en caso de conexidad, aunque alguno de los conexos se encuentre en ese caso.

Este panorama legislativo permite establecer otra conclusión: ***la identidad de competencia objetiva es un presupuesto procesal para la unificación de procedimientos, por razón de la conexión de objetos del proceso, que resulta inaceptable si supone atribución de competencia a un órgano que no la tendría para uno de esos objetos, Eso sí, salvo los supuestos de previsión legal específica.***

El examen de los supuestos específicamente regulados también nos permite constatar una opción sistemática del legislador: ***En ningún caso pierde su competencia un órgano que la tenga atribuida específicamente por razón del objeto o de la persona imputada, aunque el supuesto que le está atribuido sea conexo con otro ajeno a su competencia específica.***

Por ello, una interpretación sistemática que haga aflorar el indudable criterio de legislador en supuestos semejantes, permite concluir que NINGÚN TRIBUNAL PODRÁ CONOCER, POR RAZON DE CONEXIÓN, DE UN DELITO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO Y ESTE TRIBUNAL, O BIEN EXTENDERÁ SU COMPETENCIA, POR RAZON DE ESA CONEXIÓN, **EN LOS ESPECÍFICOS CASOS QUE LA PREVÉ**, O BIEN LOS OBJETOS CONEXOS DEBERÁN SEGUIRSE EN PROCEDIMIENTOS SEPARADOS ANTE TRIBUNALES DIVERSOS.

Y ello porque: ***La acumulación de procedimientos prevista en el artículo. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: a) ni es una exigencia conceptual ineludible b) ni históricamente ha regido, ni en la actualidad rige, en múltiples casos de conexión, especialmente de conexión mixta y c) menos aún, cuando el Tribunal competente es el del Jurado.***

Pues bien, si el Tribunal del Jurado es el único que puede conocer del delito de asesinato consumado, corresponde determinar si el asesinato intentado del caso aquí enjuiciado, se encuentra dentro de los supuestos en que la LOTJ autoriza la extensión de la competencia del Tribunal del Jurado a ese delito sin consumar.

Al efecto conviene reparar en que el artículo 5.2.a) de la LOTJ considera conexos los delitos

- a) cometidos por dos o más personas
- b) reunidas
- c) que simultáneamente cometen dichos delitos

Parece absurdo que, conforme al art. 5.2 a) de la LOTJ, se estime conexión entre los diversos delitos cuando son varios sujetos los que los cometen simultáneamente (es decir en caso de identidad de lugar y tiempo) y se proclame que no exista tal conexión si el autor es uno solo, y los comete con igual identidad de lugar y tiempo.

Por un lado tal hipótesis encaja en el supuesto del artículo 5.3 de la LOTJ pues la proximidad temporal y espacial, junto a la de unidad de designio, confieren al comportamiento del autor la característica de **unidad de hecho**, concepto éste de configuración procesal en la sede legislativa.

Pero, por otro lado, además, de mantenerse el criterio de inclusión **continencia de la causa**, resulta evidente que, tanto por analogía con el 5.2.a) como por la opción legislativa, que atribuye al Tribunal de Jurado fuerza atractiva, cuando se encuentra comprometida la competencia objetiva respecto

de un delito para el que, en principio, no tiene atribuida esa competencia, la conclusión es la misma: la reunión debe tener lugar siempre y sólo en el procedimiento específico seguido ante dicho Tribunal del Jurado.

Resulta esa atracción en primer lugar del expreso enunciado de la norma: La competencia del Jurado, dice, *se extenderá...* en contraste significativo con la ausencia de toda previsión imponiendo que *se excluirá...* incluso cuando la conexión implique un delito expresamente vetado al conocimiento del Jurado, como es el de prevaricación. Porque en tal supuesto se cuida el legislador de advertir *Sin perjuicio de lo previsto en el art. 1* (párrafo segundo del apartado 2 del art. 5 de la Ley del Jurado) es decir de **mantener la competencia respecto de esos otros delitos allí enunciados.**

Y de la advertencia de que en los supuestos de salvaguarda de la continencia de la causa bastará que uno de los delitos sea de su competencia para que todos los contenidos lo sean también.

Por todas estas razones estimo que la Audiencia era incompetente en cualquier caso para conocer del delito de asesinato consumado, y, al asumirla, so pretexto de competencia para conocer del asesinato intentado, lo hizo de modo arbitrario y, en consecuencia lesionando, más allá de una norma procesal, una garantía constitucional al juez ordinario predeterminado.

Y, dadas las consecuencias, además, procedimentales, privó a la parte condenada de un procedimiento más garantista que el ordinario que hubiera abierto la posibilidad de una revisión del fallo condenatorio antes de acudir a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia.

Y, derivadamente, alteró la competencia funcional de este Tribunal Supremo que, en el marco del recurso de casación, tiene un ámbito de competencia diverso del que corresponde cuando la sentencia recurrida es la de la Audiencia, en relación con el que tiene cuando lo que examina es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Lo que, por otro lado, este Tribunal Supremo, incluso siguiendo su propio acuerdo en Sala General debería haber observado y controlado *ex officio*». (F. J. 2º Voto Particular)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Suficiencia de motivación de la sentencia.**

Recurso: Casación nº 11191/2007 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 293/2007 de fecha 27/05/2008

«1.- Tratándose de una causa seguida por el procedimiento del Tribunal del jurado conviene hacer una recopilación de los hechos y de los fundamentos de derecho de las sentencias antecedentes.

El hecho probado, que no ha sido modificado por el recurso de apelación, nos dice que el acusado, en el curso de una discusión, clavó a su hermano FRITZ un cuchillo de 15 cm. de hoja de filo de sierra, que había

cogido en el inmueble introduciéndoselo en la región escapular izquierda, lo que le causó la muerte de forma instantánea.

La sentencia de instancia valora las contestaciones del jurado a las preguntas formuladas y concretamente da por probado que "cogió un cuchillo de la mesa y le quería amenazar, su hermano le abrazó y entonces es cuando él le apuñaló".

Así mismo, los miembros del jurado escucharon y valoraron los informes de los peritos médicos, concretamente el de autopsia, afirmando de forma clara: que es muy difícil que una persona se acerque a otra y se clave el cuchillo, sobre todo es difícil pensar que se lo introduzca hasta el mismo mango. Según su experiencia si ocurre algo así accidentalmente, el arma penetra muy poco y además, si es accidentado, no se sigue hacia delante con el arma.

**2.-** La tesis de la defensa se basaba en la existencia de una muerte accidental, lo que no encaja con los datos de hecho, suficientemente valorados y motivados por los miembros del jurado. Como tesis alternativa se plantea la existencia de la eximente de legítima defensa, sin contemplar la posibilidad de su configuración como incompleta. Sostiene la defensa que, antes de producirse el apuñalamiento, el acusado fue agredido con los puños por su hermano.

Aun admitiendo hipotéticamente esta situación, se debe rechazar la existencia de proporcionalidad en la respuesta, ya que es evidente la absoluta inadecuación del uso de un cuchillo que se clava hasta el mango como reacción ante un simple puñetazo.

**3.-** Esta conclusión la obtiene el jurado, no de puras intuiciones o elucubraciones al margen de la realidad de los hechos contrastados en el juicio oral. Los policías nacionales que acudieron al lugar de los hechos no apreciaron signo alguno de golpes o tumefacciones que pudieran sustentar la tesis del acusado. Tampoco requirió asistencia alguna, lo que nos lleva a considerar que su valoración de aquello que percibieron como prueba está ajustada a la realidad de lo sucedido.

La sentencia de apelación hace una referencia exhaustiva a los razonamientos del jurado, transcribiendo textualmente sus matizaciones que demuestran una lógica y razonabilidad por encima de cualquier consideración contradictoria.

**4.-** Las contradicciones que alega la parte recurrente son absolutamente ajenas al hecho que ha sido objeto de enjuiciamiento ya que la apreciación del carácter agresivo de la víctima carece de entidad y de relación circunstancial con el hecho que estamos enjuiciando. Las declaraciones de la policía local y de los peritos, así como de la policía científica para nada afectan a la esencia y raíz de los hechos. La cita de la pericia toxicológica resulta ajena a la valoración de los hechos. La intencionalidad queda al margen de la presunción

de inocencia, una vez que los hechos se declaran absolutamente inmodificables». (F. J. Único)

### **TRIBUNAL DEL JURADO. Suficiente motivación del veredicto.**

Recurso: Casación nº 752/2007

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1125/2007 de fecha 12/12/2007

«..El primer motivo de casación de García Raposo ha sido deducido al amparo del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en los arts. 120 y 24 de la Constitución (CE), aunque por obvio error se cita el CP; en orden a la falta de motivación por la insuficiencia de las razones argumentadas por el Jurado al emitir su veredicto.

El art. 9.3 CE proclama la proscripción de la arbitrariedad y el 24 recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que confluye en que el art. 120.3 exija la motivación de las sentencias y en que el art. 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) establezca que el acta de votación deba contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

A lo que debe añadirse que el art. 70.2 LOTJ prescribe que, si el veredicto fuere de culpabilidad, la sentencia "*concretará*" la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia. (F. J. 1º)

..No existe plena estabilidad en la doctrina de esta Sala acerca del grado de intensidad que ha de revestir la argumentación de los jurados en comparación con la de los jueces profesionales; o acerca del alcance tolerable del fortalecimiento por el Magistrado Ponente, en la sentencia, de la motivación contenida en el acta de votación. Véanse sentencias de 21/1/2005, 16/2/2005, 14/10/2004 y 27/11/2005.

En el presente caso, y cualquiera sea la doctrina jurisprudencial que se acoja, han de entenderse cumplidos los preceptos legales porque, en el acta de votación, se detallan, más allá de la mera enumeración, los elementos de convencimiento que se han tenido en cuenta». (F. J. 2º)