

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA
GABINETE TÉCNICO**

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE
LA SALA DE LO PENAL
AÑO JUDICIAL
2010-2011**

NOVIEMBRE 2011

- **ABUSO SEXUAL. Concepto de “acceso carnal”. Equivalencia entre “acceder” y “hacerse acceder” (Acuerdo del Pleno 25/05/2005)..... 19**
- **ABUSO SEXUAL. Confesión del acusado19..... 19**
- **ABUSO SEXUAL. Homogeneidad entre tipos penales. Elementos del tipo agravado20**
- **ABUSO SEXUAL. Interpretación del art. 181 CP21**
- **ABUSO SEXUAL. Relación con mayor de trece años. No situación de superioridad por diferencia de edad22**
- **ABUSO SEXUAL. Vulnerabilidad de la víctima y “non bis in idem”. Parentesco.....25**
- **ACLARACIÓN DE SENTENCIA. Límites26**
- **ACTIO LIBERA IN CAUSA. Doctrina28**
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina derivada de la STC 57/200830**
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Posibilidad de deshacer acumulaciones anteriores: cambio de jurisprudencia31**
- **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos formales del Auto de acumulación32**
- **AGRAVANTES. Alevosía: compatibilidad con dolo eventual.....34**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Agravación.: actuación conjunta de dos personas35**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Tentativa de violación: reducción de la pena en un grado36**
- **AGRESIÓN SEXUAL. Violación en tentativa y lesiones: concursos37**
- **ALZAMIENTO DE BIENES. Deudas con la Hacienda Pública. Código Penal aplicable.....38**
- **ALZAMIENTO DE BIENES. La responsabilidad civil no abarca el montante de la obligación eludida.....40**
- **APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal: diferencia con delito societario41**

• APROPIACIÓN INDEBIDA. Disposición de dinero en cuenta bancaria de titularidad indistinta.....	42
• APROPIACIÓN INDEBIDA. Venta de inmueble sin recepción del precio por su propietaria. Efectos en la responsabilidad civil	43
• ATENUANTES. Arrebato y obcecación	44
• ATENUANTES. Confesión: se aprecia.....	46
• ATENUANTES. Dilaciones indebidas (LO 5/2010).....	46
• ATENUANTES. Dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). Doctrina general	47
• ATENUANTES. Dilaciones indebidas. Ha de tratarse de un retraso “extraordinario”	49
• ATENUANTES. Reparación del daño: como atenuante muy cualificada	50
• ATENUANTES. Reparación del daño: reconocimiento de hechos	50
• AUTORÍA. Coautoría: dominio funcional del hecho.....	52
• AUTORÍA. Complicidad omisiva	53
• AUTORÍA. Distinción entre comisión activa y comisión por omisión	54
• COMPETENCIA. Audiencia y Juzgado de lo Penal	55
• COMPETENCIA. El problema de la continencia de la causa en relación al jurado	56
• COMPETENCIA. Jurado vs. Audiencia Provincial (“Caso Fago”). Irretroactividad de los acuerdos no jurisdiccionales.....	57
• COMPETENCIA. Jurisdicción española (art. 23 LOPJ).....	58
• COMPETENCIA. Principio de especialidad. Artículos de previo pronunciamiento (art. 666.5º LECrim). Convenio Europeo de extradición ...	59
• COMPETENCIA. Validez de la decisión que la atribuye al órgano ante el que se abrió juicio oral	60
• CONSPIRACIÓN. Suficiencia del acuerdo de voluntades.....	61
• COSTAS PROCESALES. Doctrina general.....	62

- **COSTAS PROCESALES. Imposición de costas de la acusación particular. No procede: omisión por el Juzgado de la entrega del dinero consignado por los acusados..... 63**
- **COSTAS PROCESALES. No pueden ser impuestas al responsable civil subsidiario 63**
- **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Delito de abuso en el ejercicio de sus funciones (solicitud sexual por parte de funcionario de prisiones)..... 64**
- **DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Falta del elemento normativo..... 65**
- **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Infidelidad en la custodia de documentos 66**
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Interpretación del artículo 173 CP 67**
- **DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. No concurren los elementos necesarios 68**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Adaptación de las penas a la LO 5/2010. Inaplicación del nuevo subtipo atenuado 70**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del nuevo subtipo del art. 368, inciso 2º CP 71**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del nuevo tipo privilegiado introducido por LO 5/2010. Doctrina jurisprudencial analógica 73**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 368.2 CP: concepto de “escasa entidad” 76**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.2º: pertenencia a una organización. Tripulación de un barco..... 77**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.4º CP: establecimiento abierto al público..... 78**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Cadena de custodia 79**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Comiso del dinero. No procede 81**

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Compatibilidad entre el art. 368.2 CP y el 369 CP81**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de buque. Extrema gravedad82**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización criminal83**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Desembarco de hachís. Complicidad: se rechaza84**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Envíos internacionales. Consumación del delito y tentativa. Posesión mediata.....85**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Escasa entidad de los hechos: aplicación del nuevo subtipo atenuado87**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad: delimitación de los conceptos de “Jefe”, “Administrador” y “Encargado” (art. 370.2, LO 5/2010)88**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Inaplicación del nuevo subtipo atenuado89**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación del concepto “organización” a la luz del nuevo art. 369 bis CP (LO 5/2010)90**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Menor entidad. Aplicación pese a reincidencia91**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No cabe tentativa respecto a los subtipos agravados92**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Notoria importancia: adaptación de las penas a la LO 5/2010.....93**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nueva individualización de las penas.....93**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nuevo subtipo atenuado (Art. 368.2 CP). Doctrina legal94**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Posesión mediata.....95**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Reducción de pena96**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Responsabilidad personal: convivencia.....97**

- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena. Criterios de individualización99**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Análisis del “arbitrio judicial”99**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Doctrina..... 102**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Doctrina. Se aprecia..... 103**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Inaplicación por falta de datos..... 106**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Se aprecia en la venta de una papelina de cocaína 107**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado: doctrina 107**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Supuesto de inaplicación del nuevo subtipo atenuado (art. 368.2 CP)..... 109**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa 110**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: buque..... 111**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: establecimiento abierto al público..... 112**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: introducción en territorio nacional, eliminado por LO 5/2010..... 112**
- **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico internacional de drogas. Abordaje de pesquero sospechoso con autorización judicial 113**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración clandestina..... 114**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Supresión del subtipo agravado del art. 318 bis 2 CP 115**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Tipo básico..... 115**
- **DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Inmigración ilegal. Explotación sexual: nueva regulación LO 5/2010..... 116**

- **DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Conducta omisiva..... 118**
- **DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Supuesto de condena por delito de abandono de menor (art. 229 CP) que se sustituye por delito de incumplimiento de deberes familiares 119**
- **DELITO DE ACUSACIÓN Y DENUNCIA FALSA (art. 456 CP). Concurre el tipo penal aun cuando se trate de la personación en un proceso penal ya iniciado..... 120**
- **DELITO DE ASESINATO. Tentativa y comisión por omisión..... 122**
- **DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Asociación que difunde y promueve ideología skinheads/nacional socialista 124**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Acreditación por prueba indiciaria 127**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Blanqueo por imprudencia 128**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Finalidad..... 129**
- **DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Organización criminal 129**
- **DELITO DE COACCIONES. Elementos 131**
- **DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS. Caracteres 131**
- **DELITO DE DESORDENES PÚBLICOS. Concepto de “invasión” y ocupación de instalaciones aeroportuarias..... 132**
- **DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Doctrina. Concurre en el caso..... 135**
- **DELITO DE DIFUSIÓN DE IDEAS GENOCIDAS. No concurren los elementos típicos. No provocación o incitación por la mera edición o venta de libros o revistas 136**
- **DELITO DE EXTORSIÓN. Elemento subjetivo 139**
- **DELITO DE INCENDIO. Riesgo para las personas 139**
- **DELITO DE MALTRATO HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Concepto de habitualidad. Caracteres..... 141**
- **DELITO DE NEGOCIACIONES/ACTIVIDADES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS (art. 441 CP). Sujeto activo 143**

- **DELITO DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (art. 455 CP). Doctrina y elementos típicos 144**
- **DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE EXPLOSIVOS (art. 568 CP)..... 145**
- **DELITO DE TRAICIÓN. Actividades del CNI. Control judicial..... 146**
- **DELITO DE TRAICIÓN. Tipo penal del art. 584 C.Penal 147**
- **DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL. Art. 173.2. Evolución jurisprudencial...
..... 148**
- **DELITO ELECTORAL. No concurrir a la mesa electoral. Delito de omisión propia: requisitos y carga de la prueba de hechos extintivos de la responsabilidad penal 152**
- **DELITO ELECTORAL. Relación entre la LOREG y la LO 2/1980 sobre distintas modalidades de referéndum. Voto particular..... 153**
- **DELITO PROVOCADO. Agente encubierto (art. 282 bis LECrim). No concurre..... 154**
- **DELITO PROVOCADO. Doctrina jurisprudencial..... 155**
- **DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 293 CP 156**
- **DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 295 CP: opción de compra sobre un inmueble. Sentencia absolutoria 157**
- **DERECHO PENITENCIARIO. Beneficios penitenciarios (art. 100 CP de 1973, art. 1 LGP) 159**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Apertura de paquete postal. Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones 159**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Cacheo del detenido y lectura de los derechos 160**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a interrogar a los testigos; aplicación del art. 714 LECrim 161**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la asistencia de letrado. Intrascendencia procesal de no reiterar cada 3 horas la presencia del letrado 163**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la imparcialidad judicial: frase de la Presidenta del Tribunal que muestra un juicio preconcebido 163**

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación de IPS. No precisa autorización..... 165**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ampliación de la autorización ante hallazgo de sustancias de estupefacientes 166**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E): hallazgo inevitable, resultado de una actuación necesaria de urgencia (extinción de incendio). Licitud..... 169**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Corrección de errores de derecho cometidos en la sentencia recaída en contra de la voluntad impugnativa del recurrente”..... 170**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Invocación por el Fiscal..... 171**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo: formación de cuerpo de escritura..... 172**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo. Uso de terminal telefónico del detenido 173**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un intérprete..... 174**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de la comunicación postal: punzamiento de paquete postal 176**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Acceso a la agenda electrónica 176**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: apertura de la agenda del teléfono móvil por la fuerza actuante 177**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: doctrina general 179**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones: fuentes confidenciales 181**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Grabación de conversación telefónica por uno de los intervinientes 182**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones. IMSI..... 183**

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: Innecesariedad de prueba pericial de cotejo de voces**
..... 184
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: investigación preprocesal ordenada por el Ministerio Fiscal** 185
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: obtención por la Policía de los números de teléfono de los sospechosos** 186
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Protocolo de incorporación de las escuchas** 186
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: garantías** 187
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones postales.....** 188
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones postales: entrega vigilada y apertura de paquete postal. Presencia de Letrado** 189
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Escuchas en otro procedimiento** 191
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones telefónicas: grabación en DVD de las conversaciones (licitud)** 192
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Intervención derivada de la acordada en otro procedimiento. Impugnación. Acuerdo del pleno** 193
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones telefónicas: prevenciones en el uso del sistema SITEL**
..... 195
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa: sentencias absolutorias.....** 196
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal: compendio de jurisprudencia.....** 197
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal: sentencia absolutoria.....** 199

- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio: entrada y registro. Innecesidad de la presencia del Letrado y de los demás convivientes, estando el detenido.....200**
- **DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio: requisitos para la validez del consentimiento autorizante del registro..... 201**
- **DETENCIÓN ILEGAL. Concurso con el delito de robo202**
- **DETENCIÓN ILEGAL. Tipo agravado del art. 165 CP203**
- **DOLO. Dolo eventual. Modo de proceder para su apreciación204**
- **DOLO. Dolo eventual. No concurre206**
- **EJECUCIÓN DE CONDENA. Determinación del límite de cumplimiento..... 206**
- **ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.....207**
- **ESTAFA. Absolución por ausencia de actos de ejecución210**
- **ESTAFA. Artículo 251.1 CP.....210**
- **ESTAFA. Cobro de cheque al portador por quien no está legitimado211**
- **ESTAFA. Doble venta: elementos.....213**
- **ESTAFA. Engaño bastante: autoprotección de la víctima.....213**
- **ESTAFA. Engaño bastante: concurre.....215**
- **ESTAFA. Engaño bastante: condiciones del sujeto pasivo217**
- **ESTAFA. Estafa procesal218**
- **ESTAFA. Leasing. El perjudicado en el contrato de arrendamiento financiero220**
- **ESTAFA. Modalidad agravada de “estafa procesal”: aplicación en el ámbito civil.....221**
- **ESTAFA. Modalidad del art. 251 CP.....222**
- **ESTAFA. Modalidad impropia (art. 251 CP). Conductas punibles223**
- **ESTAFA. Naturaleza y elementos: art. 251.3º CP224**
- **ESTAFA. Por hechos cometidos en el seno de una empresa.....225**

- **EXCUSA ABSOLUTORIA. Cónyuges en proceso de divorcio. No aplicación del art. 268 CP ni del art. 103 LECrim.....**225
- **EXIMENTE. Estado de necesidad: aplicación como atenuante analógica ante graves circunstancias económicas.....**226
- **EXIMENTE. Legítima defensa: necesidad racional del medio empleado**
.....228
- **EXIMENTE. Legítima defensa. No concurre.....**229
- **EXIMENTE. Trastorno mental transitorio**231
- **EXIMENTE COMPLETA. Alteración psíquica respecto al delito contra la seguridad vial**232
- **EXIMENTE COMPLETA. Enajenación mental. “Actio libera in causa”**233
- **EXIMENTE COMPLETA. Enfermedad mental: esquizofrenia paranoide; internamiento en centro psiquiátrico**234
- **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO. Interpretación del precepto conforme nueva redacción operada por LO 5/2010**235
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Autoría.....**236
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Documento mercantil. Aval**237
- **FALSEDAD DOCUMENTAL. Principio de lesividad y responsabilidad civil .**
.....238
- **FALSEDAD DOCUMENTAL Y ESTAFA. No concurre: falsedad burda inhábil como mecanismo de engaño.....**238
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Art. 629 CP. Falta de tenencia de moneda falsa para su distribución.....**239
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Concurso de normas**240
- **FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Falsificación de cheques de viajes. Nuevo art. 399 bis 1º CP**241
- **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO. Nueva regulación y penalidad con arreglo a reforma operada por LO 5/2010**
.....242
- **HOMICIDIO. Ánimo de matar. No concurre.....**244

• HOMICIDIO. Complicidad.....	245
• HOMICIDIO. Imputación objetiva. Asfixiar a quien padece cáncer de laringe	246
• HOMICIDIO. Tentativa	247
• INSTRUCCIÓN. Incoación del proceso a raíz de deducción de testimonios en otras causas (Acuerdo plenario de 26/05/2009)	248
• JUICIO ORAL. Documentación por acta: valor.....	249
• LESIONES. Concepto de deformidad (Acuerdo del Pleno)	250
• LESIONES. Deformidad. Concurre	251
• LESIONES. Deformidad: no procede. Pérdida de piezas dentarias.....	253
• LESIONES. Distinción entre delito y falta: necesidad de tratamiento médico.....	254
• LESIONES. Lesiones imprudentes y no dolosas	255
• LESIONES. No concurren presupuestos subtipo agravado del art. 148 CP. pero si abuso de superioridad	257
• LESIONES. Principio de culpabilidad: resultado imprudente. Antigua doctrina del “versari in re illicita” y preterintencionalidad.....	259
• MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fundamento.....	260
• MEDIDAS DE SEGURIDAD. Requisitos para su aplicación.....	262
• MENORES. Intimidación de los menores	262
• PENALIDAD. Abono de prisión preventiva. Interpretación del art. 58 CP.....	263
• PENALIDAD. Adaptación de la pena por delito de tenencia de útiles para falsificación. LO 5/2010.....	264
• PENALIDAD. Art. 66.1.6º CP. Criterios para la individualización de la pena	265
• PENALIDAD. Individualización de la pena: criterios.....	266
• PENALIDAD. Penas accesorias. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. En delito de homicidio. No procede.....	267

- **PENALIDAD. Prisión preventiva. Abono: doctrina de la Sala (art. 58 Código Penal).....269**
- **PENALIDAD. Prohibición de aproximación ex art. 57 CP.....270**
- **PENALIDAD. Responsabilidad penal subsidiaria (art. 58 CP).....271**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos para propio uso.....272**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Facilitar la difusión. Acuerdo del Pleno. No concurre el dolo272**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Subtipo agravado de intervención de menores de 13 años. Supuestos: producción y distribución274**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Tenencia y distribución. Uso de “emule”. Elemento subjetivo del tipo penal275**
- **PORNOGRAFÍA INFANTIL. Utilización de menores en conducta degradante y vejatoria276**
- **PRESCRIPCIÓN. Cómputo de plazos a tenor de la LO 5/2010277**
- **PRESCRIPCIÓN. En delitos conexos279**
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. No la enervan las declaraciones prestadas en otro juicio, no sometidas al principio de contradicción en el juicio posterior.....279**
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba indiciaria.....280**
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba por indicios: “mosaico inconexo”281**
- **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Requisitos281**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. “Non bis in idem”283**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Hechos que exceden la mera precisión del título de imputación.....284**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Tentativa de asesinato y lesiones con deformidad. Homogeneidad. No se vulnera284**
- **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración por no concurrir homogeneidad entre amenazas y realización arbitraria del propio derecho285**

•	PRINCIPIOS PROCESALES. Publicidad del juicio oral. Grabación de la vista	286
•	PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo. Acumulación de condena.....	288
•	PRUEBA. Declaración de testigo menor de edad.....	289
•	PRUEBA. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuricidad.....	292
•	PRUEBA. Intervenciones corporales: intimidación.....	293
•	PRUEBA. Lectura de declaración sumarial prestada por el imputado: art. 714 LECrim	294
•	PRUEBA. Pericial psicológica: valor de las manifestaciones sobre “la veracidad” del testimonio	296
•	PRUEBA. Pericial psicológica sobre un testimonio.....	297
•	PRUEBA. Proposición no extemporánea de pericial	298
•	PRUEBA. Prueba ilícita: conexión de antijuricidad.....	300
•	PRUEBA. Prueba ilícita. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuricidad respecto a la intervención y declaración de los agentes	301
•	PRUEBA. Prueba ilícita. Hallazgo inevitable.....	303
•	PRUEBA. Prueba ilícita. Requisitos de la confesión para sanar la invalidez de unas intervenciones telefónicas previas	304
•	PRUEBA. Testifical del menor de edad	305
•	PRUEBA. Testigo de referencia	306
•	QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Alejamiento: notificación policial.....	306
•	QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Consentimiento de la mujer	308
•	RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto dictado en pieza separada de responsabilidad civil de Procedimiento Abreviado. Tampoco cabe formalizarlo como recurso de casación civil.....	309
•	RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba: momento procesal	311

- **RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Límites..... 312**
- **RECURSO DE REVISIÓN. “Autorización previa”. Antecedentes legislativos y naturaleza jurídica 313**
- **RECURSOS. Audiencia del acusado absuelto..... 314**
- **RECURSOS. Recurso supeditado (LOTJ)..... 315**
- **RECURSOS. Revisión de sentencias firmes: audiencia al reo..... 316**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Cuasi objetiva 317**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Empresas de trabajo temporal 318**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración de compañía aseguradora. Interpretación de la Ley del Contrato de Seguro a la luz de la jurisprudencia civil..... 319**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización: cálculo de los daños y perjuicios 321**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Inexistencia de responsabilidad subsidiaria de la Administración en motín sobrevenido, espontáneo e impredecible 322**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Procedimiento abreviado: no es necesaria la notificación al responsable civil en fase de instrucción 322**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad de compañía aseguradora: lesiones dolosas causadas con vehículo 323**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Administración Penitenciaria 324**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Cuestiones de legitimación 325**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de Aseguradora. Actos del Abogado del Estado..... 327**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de Ayuntamiento. No procede..... 329**
- **RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria del Estado. Pasividad de la Policía 331**
- **REVELACIÓN DE SECRETOS. Elementos: arts. 197.2 y 199 CP..... 332**

- **ROBO DE USO DE VEHÍCULO A MOTOR. Interpretación del art. 244 del CP** 333
- **SEGURIDAD VIAL. Dolo eventual homicida.....** 333
- **SEGURIDAD VIAL. Interpretación del art. 381 CP** 335
- **SEGURIDAD VIAL. Reglas concursales. Doctrina.....** 335
- **SEGURIDAD VIAL. Reglas concursales. Puesta en peligro de varias vidas.** 338
- **SEGURIDAD VIAL. Temeridad manifiesta.....** 338
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Diferencias entre el ilícito penal y la mera infracción administrativa.....** 341
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Subtipo agravado. Comunicabilidad dolosa a terceros: culpabilidad.....** 343
- **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Tipo agravado del art. 564.2.3 CP. No concurre.....** 343
- **TENTATIVA. Desistimiento activo: evolución legislativa e interpretación actual.....** 345
- **TENTATIVA. Individualización de la pena y grado de ejecución del delito... ..** 350
- **TENTATIVA. Tipos.....** 352
- **TERRORISMO. Colaboración con organización terrorista** 354
- **TERRORISMO. Diferencias entre integración y colaboración en banda terrorista** 355
- **TERRORISMO. Diferencias entre los arts. 571 y 577 CP (integración en organización terrorista)** 359
- **TERRORISMO. Enaltecimiento. Recurso contra sentencia absolutoria.....** 361
- **TERRORISMO. Notas características del “terrorismo urbano” (art. 577 CP)** 361
- **TERRORISMO. Relación con el delito de incendio (art. 351 CP).....** 362
- **TERRORISMO. Tenencia de artefactos explosivos o incendiarios.....** 364

- **TRIBUNAL DEL JURADO. Acuerdos de Sala en materia de competencia....
..... 365**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Aplicación de los Acuerdos de Sala 367**
- **TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia: Acuerdos Plenarios..... 368**

ABUSO SEXUAL. Concepto de “acceso carnal”. Equivalencia entre “acceder” y “hacerse acceder” (Acuerdo del Pleno 25/05/2005).

Recurso: Casación nº 641/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 938/2010 de fecha 27/10/2010

«Tal línea no puede ser admitida. El recurrente considera que en ese tiempo "hacerse acceder" por la víctima no equivalía a la penetración de ésta por el autor. Cita el acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 protestando su no aplicación a hechos anteriores a la reforma del Código Penal de 1999. Para tal tiempo sería de aplicación la doctrina que este Tribunal consideró en su Sentencia 1939/2002 de 19 de noviembre. Pero olvida que el acuerdo plenario desautorizó tal doctrina y sin tales acotaciones temporales proclamó la equivalencia de las conductas consistentes en acceder a las de hacerse acceder. La nueva doctrina se ratificó jurisdiccionalmente en la sentencia 909/2005 de nueve de julio y, más recientemente en la 575/2010 de 10 de mayo “Por otra parte la doctrina de esta Sala, tras alguna Sentencia en sentido contrario, viene ya declarando que se cumple la tipicidad tanto cuando "se penetra" como cuando se "hace penetrar", es decir tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta de penetrar como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad"». (F. J. 2º)

ABUSO SEXUAL. Confesión del acusado.

Recurso: Casación nº 10383/2011 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 665/2011 de fecha 28/06/2011

«En el caso, el Tribunal se basa en la confesión del acusado, realizada tanto ante la policía como ante el Juez de instrucción, aunque fuera luego rectificadas en el plenario, en el que negó haber cometido los hechos de los que se le acusa. Los menores J. y A. negaron siempre, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, haber tenido contactos sexuales con el acusado. La madre y el padre de ambos menores afirmaron que el acusado nunca se quedaba solo con ellos y que ellos nunca les han contado nada.

La cuestión no se centra en la validez de la confesión realizada ante el Juez de instrucción, que en realidad no ha sido discutida, ni tampoco en la posibilidad de atender a las declaraciones sumariales o a las prestadas en el plenario, sino en la suficiencia de la confesión, en este caso, sumarial, para operar como prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia. El control casacional, en este caso, se orienta a verificar la racionalidad de la valoración de esta prueba, teniendo en cuenta los demás elementos disponibles.

La confesión del acusado, cuando es la única prueba de cargo, despierta recelos justificados respecto a su concordancia con la realidad, pues no es habitual el reconocimiento de hechos delictivos solo a impulsos de la propia voluntad, cuando puede considerarse normalmente configurada. Por ello, generalmente se ha exigido la concurrencia de algunos elementos que operen como corroboración de la versión confesada, con la finalidad de evitar, incluso, la disponibilidad de la sanción penal por parte de quien voluntariamente pudiera situarse en posición de acusado. La LECrim dispone, artículo 406, que la confesión del procesado no dispensará al Juez de la práctica de las diligencias necesarias "...a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito", y exige de forma muy razonable que el Juez proceda a interrogar al procesado confeso "para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión..."

La jurisprudencia se ha referido a estas exigencias en algunas ocasiones. Así, en la STS nº 577/2008, se decía que "...incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, deben concurrir unas exigencias en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia. En primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTC. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral. En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante". En sentido similar la STS nº 1105/2007.

(...)

En definitiva, no puede afirmarse que la confesión sumarial del acusado, en ausencia de cualquier otra prueba de cargo e, incluso, de cualquier otro indicio incriminatorio, pueda considerarse bastante para enervar la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

ABUSO SEXUAL. Homogeneidad entre tipos penales. Elementos del tipo agravado.

Recurso: Casación nº 2688/2010
Ponente: Sr. Soriano Soriano
Sentencia: nº 473/2011 de fecha 02/06/2011

«2. En buena medida no le falta razón al recurrente en el sentido de que ninguna petición o insinuación por parte de las acusaciones existió sobre una condena por abuso sexual. Sin embargo, como bien apunta la Audiencia cabría la condena por un delito homogéneo, castigado con menor sanción, pero lógicamente en el entendimiento de que concurren los requisitos típicos exigidos por la figura delictiva por la que se condena.

Así, en nuestro caso no bastaría con excluir como hace el Tribunal la concurrencia o empleo de violencia e intimidación al objeto de doblegar la voluntad de la víctima para que automáticamente aflorara el delito de abuso sexual, sino que sería preciso que positivamente concurriera alguna de las circunstancias del párrafo 2º del art. 181, o en su caso del párrafo 3º de ese mismo artículo del C.Penal. En toda la sentencia no se menciona el art. 181 C.P. y por el contrario se refiere al 182.1, por tres veces, dos en el fundamento jurídico 3º, ap. 1º y 3º y otra en el fundamento jurídico 6º, ap. 1 de la combatida.

El tribunal de instancia en la configuración positiva del delito sólo tiene en cuenta la existencia de una felación, que aparece meridianamente probada, exigencia del art. 182.1 y la ausencia de consentimiento, que por cierto no refiere a ningún apartado del art. 181 C.P.

Este último precepto agota las posibilidades delictivas del abuso sexual con la descripción auténtica del injusto típico producido en el ap. 2º y 3º de dicho precepto. Podría suponerse por exclusión que se refiere al apartado tercero, al tener la víctima 14 años y no hallarse ante un supuesto de privación de sentido o de un trastorno mental del cual se abusare.

En cualquier caso, la referencia al párrafo 3º, la hemos de presumir o suponer, a pesar de que no sólo se omite una mención expresa, sino que tampoco se hace referencia alguna en la sentencia a "abuso sexual de prevalimiento" o a "abuso de una situación de superioridad".

3. Dicho lo anterior no es ocioso recordar los requisitos exigidos para la aplicación del parr. 3º del art. 181 que se resumen en los siguientes:

a) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

b) que esa situación influya coartándola en la libertad de la víctima.

c) que el agente, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento, así viciado.

Esta Sala ha considerado que podía integrar una situación de superioridad la diferencia de edad entre ambos sujetos del delito. Sin embargo también ha matizado que la comprobación de esa circunstancia por sí sola no exime de la verificación de sus efectos sobre la libertad de decidir de la víctima en el caso concreto». (F. J. 3º)

ABUSO SEXUAL. Interpretación del art. 181 CP.

Recurso: Casación nº 1378/2010

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 87/2011 de fecha 09/02/2011

«La calificación jurídica que efectúa el Tribunal de instancia a tenor del relato de hechos acreditados debe estimarse correcta en cuanto aprecia la existencia del delito de abusos sexuales.

En el caso, se trata de tocamientos en zona erógena de inequívoca significación lúbrica, que se han enmarcado correctamente por la Sala a quo en el concepto de abuso sexual. El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento (STS 15-10-2002).

No es apreciable, pues, la aplicación indebida del art. 181.1 del CP. de 1995, denunciada en el recurso. Dicho precepto tipifica una conducta no recogida en la normativa anterior, en que el atentado a la libertad sexual se produce por la mera falta de consentimiento de la víctima sin concurrir violencia e intimidación. En tal tipo regulado en el apartado 1 del art. 181, serán subsumibles aquellos actos lúbricos cometidos por sorpresa, sin previo aviso de que se iban a llevar a efecto y sin aceptación previa por parte de la víctima. Son apreciables el elemento objeto y subjetivo del tipo de abuso sexual comprendido en el precepto, puesto que hubo unos contactos en zonas erógenas que no podían considerarse integrantes meramente de la falta del art. 620.2 del CP..

Tampoco puede estimarse la aplicación indebida del nº 2 del art. 181 del CP dada la edad de la víctima en el momento de los hechos, circunstancia que el acusado aprovecha para llevar a cabo su propósito y que así queda reflejado en los hechos probados». (F. J. 2º)

ABUSO SEXUAL. Relación con mayor de trece años. No situación de superioridad por diferencia de edad

Recurso: Casación nº 1101/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1004/2010 de fecha 08/11/2010

«El segundo de los motivos denuncia error de derecho, una equivocación en el juicio de subsunción que habría llevado a la incorrecta inaplicación de los arts. 181.1 y 3 del CP.

Estima la acusación particular, con elaborada cita de precedentes de esta misma Sala, que la existencia de una situación de superioridad, adaptada en cada uno de los casos a las singulares circunstancias personales de las dos víctimas, era evidente. El acusado se aprovechó de "...la falta de experiencia vital que tiene una persona de 14 años frente a otra de 36", pues "...las relaciones que el acusado mantuvo con las víctimas, tanto en la primera ocasión especialmente, como en las posteriores, y sobre todo en relación a Ester V., fueron forzadas al obtener el consentimiento de las víctimas que no oponían resistencia física a las mismas, aprovechándose de su situación de superioridad manifiesta, tanto por su edad, como por su condición de profesor, como por los lugares y situaciones que buscaba el acusado para favorecer estas relaciones".

El motivo –que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal- no puede ser acogido.

(...)

La doctrina de la Sala viene aludiendo a una doble exigencia, referida a que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente - «manifiesta»-, es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce (cfr. SSTs 170/2000, 14 de febrero, 658/2004, 24 de junio y 568/2006, 19 de mayo, entre otras).

Sobre esta doble exigencia insiste la STS 1469/2005, 24 de noviembre, afirmando que "...se deja fuera del tipo toda conducta de esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento. De esta forma, se excluye la aplicación automática del tipo derivada de la mera existencia de una situación objetiva de superioridad, lo que no deja de estar justificado en una sociedad cuyos miembros, cualquiera que sea su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente".

Pues bien, a partir de este cuerpo de doctrina, la Sala no puede sino compartir el criterio de los Jueces de instancia. Entre el acusado Luis Manuel M. -34 años- y Ester V. y Laura C. –ambas con 14 años y 8 meses de edad- existía una significativa diferencia de edad. Sin embargo, no basta con verificar un abultado tramo cronológico en la edad de agresor y víctima.

Nuestro sistema jurídico sólo sienta la presunción iuris et de iure de incapacidad para determinarse en la esfera sexual por debajo del tope biológico marcado por la edad de 13 años (art. 181.2 CP). Ello significa que, por encima de esa edad y fuera de los casos abarcados por el art. 183 del CP, sólo tendrán relevancia típica aquellas relaciones sexuales en las que el consentimiento haya sido obtenido por el autor prevaleciendo de un contexto de hegemonía anímica, aprovechando una relación personal o un entorno social que hagan posible ese influjo determinante del consentimiento. El legislador, en fin, al tiempo que reconoce capacidad de decisión en la esfera sexual a partir de los 13 años, ha querido que el ejercicio de la libertad sexual por los adolescentes no sea el resultado de una aceptación mediatizada por la superioridad manifiesta de la persona con la que aquéllos pueden llegar a mantener, en un determinado momento, algún episodio de carácter sexual.

La Audiencia Provincial ha explicado en el FJ 2º de la resolución combatida las razones por las que descarta la existencia de la superioridad manifiesta exigida por el art. 181.3 del CP. Y lo hace de forma coherente, con arreglo a una pauta técnica impecable desde el punto de vista del juicio de subsunción.

(...)

Concluye la Audiencia con otros indicios que, a juicio de los Magistrados de instancia, son bien expresivos de que no existió la situación de superioridad impuesta como elemento del tipo por el art. 181.3 del CP: "...un primer indicio lo aporta el hecho de que entre ellos se intercambiaron múltiples regalos, lo que en sí mismo aporta un criterio de reciprocidad igualitaria. Constan en las piezas de convicción, folios 231 a 238, tanto la pulsera que Ester regaló al acusado como la ropa interior que le regaló Laura. Como segundo indicio, debemos valorar también las cartas y poemas de amor que el acusado y esta última se enviaron durante más de un año, lo que mal encaja con una relación coactiva o viciada. Como tercer indicio, no es menos relevante que en la memoria de los teléfonos móviles de los tres implicados figuren sus respectivos números y llamadas frecuentes entre sí, lo que demuestra una amistad prolongada en el tiempo incompatible con la "vis psíquica" coactiva sobre la que ambas acusaciones sostienen los cargos".

El FJ 2º completa sus razonamientos con una referencia al posible error del acusado sobre la verdadera edad de las denunciadas que, si bien no es ahora objeto de alegación casacional, sí expresa el esfuerzo argumental que se aprecia en la resolución impugnada. Allí se proclama que "...debe añadirse que ambas destinatarias de la propuesta sexual han admitido que no recuerdan haber puesto en conocimiento del profesor acusado su edad exacta, lo que corrobora la versión que siempre ha sostenido éste en el sentido de que "suponía" tenían alrededor de los 16 años. Consta unida a la causa una prueba documental fotográfica que permite aclarar esta cuestión (folios 221 y ss), pues si bien el tribunal ha visto ahora a las presuntas perjudicadas -principio de inmediación- en el juicio oral, no debe olvidarse que han transcurrido ya 4 años y son mayores de edad, lo que nos impide valorar <per se> si su aspecto físico en el año 2005 permitía inducir a error

(art. 14 CP) sobre tal dato relevante. Las citadas fotografías permiten ver a las dos jóvenes en una fiesta celebrada en el mismo local de baile en junio de dicho año, y el tribunal constata que perfectamente podría asignárseles una edad comprendida entre 15 y 17 años dado el desarrollo físico de su cuerpo y rostro. No puede por tanto inferirse <contra reo> que él tuviera conocimiento fehaciente de que no era así. En segundo lugar, de la prueba testifical se deduce que ambas jóvenes se dieron cuenta de cuales eran las intenciones del acusado tan pronto vieron que en la habitación había un colchón puesto en el suelo, y que a pesar de ello entraron voluntariamente en la misma y se desnudaron. No solo ocurrió así en la primera relación, sino que se repitió en las ulteriores a pesar de que Laura y Ester ya habían comentado lo sucedido en la primera, es decir, sabiendo que el profesor estaba manteniendo relaciones simultáneas con ellas. Como tercer dato indiciario, de naturaleza exculpatoria, constatamos que ambas admiten que nunca las amenazó con hacerles daño corporal ni expulsarlas del grupo de baile; únicamente les dijo que si no mejoraban su nivel quizás no les podría dar el papel de protagonistas. Es decir, nunca existió oferta condicional merecedora de reproche penal en el sentido de que si no accedían a mantener relaciones sexuales serían apartadas del grupo. Por último, tanto Ester como Anna G., amiga de ambas y asistente a las clases, han coincidido en que a partir de mayo de 2005 y hasta junio de 2006 Eugenia mantuvo una relación personal y continuada con el acusado, que iba más allá de la simple amistad”». (F. J. 3º)

ABUSO SEXUAL. Vulnerabilidad de la víctima y “non bis in idem”. Parentesco.

Recurso: Casación nº 10166/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 831/2010 de fecha 23/09/2010

«1. Aduce la parte recurrente, al exponer el submotivo primero, que se ha aplicado erróneamente el art. 180.1.4ª del C. Penal porque no cabe operar en este caso con la agravación específica de la especial vulnerabilidad de la víctima derivada de su minusvalía psíquica, toda vez que ello implica apreciar dos veces el mismo supuesto fáctico de agravación: para subsumir la conducta en el tipo básico del art. 181.2 del C. Penal, que cataloga de abuso sexual la ejecución de actos sexuales con persona que se hallare privada de sentido o que padezca algún trastorno mental; y, en segundo, lugar para exacerbar la ilicitud de la conducta merced al subtipo agravado del art. 180.1.3ª, que contempla, según se anticipó, el supuesto de la especial vulnerabilidad por la misma razón, en este caso de la deficiencia psíquica.

A este respecto, la jurisprudencia tiene declarado que si para configurar el tipo básico se tuvo en cuenta "el abuso de trastorno mental", no se puede apreciar después la cualificativa de que la víctima sea "especialmente vulnerable" (STS 240/2010, de 24-3).

(...)

La queja del recurrente, apoyada en este caso por el Ministerio Fiscal, debe prosperar dado que la aplicación del mismo presupuesto fáctico para apreciar el tipo básico de los abusos sexuales y el subtipo agravado de especial vulnerabilidad conculca el principio del “non bis in ídem” al penalizarse dos veces el mismo hecho. La deficiencia mental de la víctima es la que justifica el ilícito punible del tipo básico del art. 181.2 del C. Penal, debido a que su deficiencia le impide prestar un consentimiento libre en la relación sexual y también conocer en la medida necesaria la relevancia y las consecuencias de sus actos sexuales. Por lo cual, no cabe que la ratio o fundamento del desvalor de la conducta se vuelva a tener en cuenta para aplicar el subtipo agravado, so pena de incurrir en un “bis in ídem”.

Siendo así, procede estimar este submotivo y dejar sin efecto la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.3ª del C. Penal, con las consecuencias punitivas que se especificarán en la segunda sentencia.

....

Esta Sala ha venido interpretando la agravación específica del art. 180.1.4ª del C. Penal en el sentido de que se fundamenta en la relación especial de carácter parental entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuricidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, precisamente por el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo del abuso sexual, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura. En todo caso, requiere una situación de prevalimiento, no dirigido al consentimiento, sino a la realización de la conducta típica (SSTS 1313/2005, de 9-11). El tipo agravado exige para su aplicación la relación parental descrita en el precepto, el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental (STS 1124/2000, de 26-6).

A tenor de los criterios precedentes, la tesis sostenida por la defensa no puede prosperar en este caso. En primer lugar, porque se aparta de los hechos que se exponen en la sentencia cuestionada, en la que, al examinar la prueba, se concreta que la hija, a pesar de que no vivía con ellos, iba a casa de sus ascendientes y salía con asiduidad con su padre, tanto para ir de compras como para ir al médico. No se especifican enfrentamientos o disputas padre/hija que permitan malignizar o desactivar la relación. Sin olvidar tampoco que la ley no exige para aplicar el subtipo un vínculo de afecto o cariño entre los parientes directos, situación hasta cierto punto incompatible dada la naturaleza de los actos que se le imputan al progenitor.

Lo cierto e incuestionable, dado el acervo probatorio que figura en la causa y lo acogido como acreditado, es que el padre salía con asiduidad con su hija y que realizó la conducta delictiva en el ámbito de esa relación familiar, prevaleciendo de tal situación para acceder a la denunciante y para llevarla en el coche a parajes solitarios. La relación de parentesco le facilitó la comisión de los hechos delictivos y allanó los obstáculos defensivos que pudieran

oponer la incapaz y las personas que la supervisaban, puesto que el hecho de que saliera con su padre no alarmaba a quienes cuidaban de la víctima ni generaba una situación de desconfianza que justificara la adopción de medidas para proteger a la incapaz.

Ello permite hablar del plus de antijuridicidad y culpabilidad que requiere el subtipo agravado por la relación de parentesco entre autor y víctima, en cuya ponderación tampoco puede desdeñarse el mayor daño psíquico que supone para la incapaz que el abuso sexual sea ejecutado en el ámbito de la relación familiar por los mayores perjuicios que genera para ella y para su entorno familiar. Por todo lo cual, debe concluirse que sí constan datos objetivos suficientes para hablar de un plus de reprochable ilicitud antijuridicidad que legitima la agravación punitiva propia del subtipo aplicado». (F. J. 3º)

ACLARACIÓN DE SENTENCIA. Límites.

Recurso: Casación nº 11103/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 313/2011 de fecha 13/04/2011

«Las excepciones al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales –los arts. 267 LOPJ y 161 de la LECrim son una clara muestra de ello- no pueden entenderse como una fuente abierta a la rectificación sin límites o al cambio sobrevenido a partir de una nueva ponderación de los elementos fácticos y jurídicos sobre los que se ha construido la estructura de la resolución finalmente aclarada. La STC 185/2008, 22 de diciembre –con cita de la STC 137/2006, 8 de mayo- recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la Ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales. El art. 24.1 CE, sin embargo, no veda por completo la posible alteración de las resoluciones judiciales firmes, pues tan lesivo de la tutela judicial efectiva puede ser que aquéllas puedan revisarse en cualquier tiempo y de cualquier forma como que las partes en el proceso se beneficien de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de la resolución en cuestión, que bien pudieron corregirse a la vista de lo que fácilmente se deduzca, con toda certeza, de su texto.

Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos o aritméticos, la jurisprudencia constitucional ha señalado, por un lado, que como tales sólo cabe considerar aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o

nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles y opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución o del contexto procesal en la que se inscribe, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (cfr. SSTS 171/2007, 23 de julio y 357/2006, 18 de diciembre, entre otras).

En el caso que es objeto de nuestra atención, ninguna deducción o interpretación complementaria se precisa para concluir que la Audiencia Provincial no desbordó los límites del recurso de aclaración. La rectificación – que no afectó al quantum de la pena- se limitó a sustituir la referencia a la complicidad de un delito contra la salud pública -que inicialmente se incluía en el fallo- por la de la autoría de un delito intentado contra la salud pública. Esa sustitución era acorde con la fundamentación jurídica de la sentencia y con el inciso que incorporaba el auto aclaratorio de 14 de diciembre de 2009. Conviene tener en cuenta, además, que el objeto del presente recurso de casación lo constituye la sentencia de fecha 4 de octubre de 2010, en la que ya no existe rectificación alguna. De ahí que las alegaciones del recurrente -explicables respecto de la resolución fechada el día 26 de noviembre de 2009 anulada por esta Sala- resultan ahora ajenas al objeto de la impugnación casacional tal y como ésta ha quedado delimitada.

No existió, pues, indefensión alguna para el recurrente, ni se violentaron los principios relativos a la intangibilidad de las resoluciones firmes». (F. J. 5º)

ACTIO LIBERA IN CAUSA. Doctrina.

Recurso: Casación nº 589/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1019/2010 de fecha 02/11/2010

«La sentencia recurrida da cumplida respuesta a esta cuestión, en tanto afirma que «durante la ejecución de los hechos, el procesado ha estado afectado por una anomalía o alteración psíquica que anulaba plenamente sus facultades intelectivas y volitivas, con lo cual, le impedía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Y como decimos, dicha situación no ha sido buscada de propósito, por lo que no puede aplicarse la teoría de la “actio libera in causa”».

De manera que el Tribunal sentenciador rechaza la concurrencia de la situación fáctica imprescindible para su apreciación, esto es, que el sujeto buscarse de propósito tal insuficiencia mental, poniéndose a cubierto de la aplicación de la norma. En la “actio liberae in causa”, el sujeto, previendo su falta de valor para cometer el hecho que pretende, o suponiendo que fruto de su estado mental, será incapaz de alcanzar a comprender el sentido de la norma, realiza los actos conducentes a la puesta de un estado mental que no podrá controlar, de manera que el sujeto es consciente, previamente, que si se hubiera conducido de forma diferente, no se podría cometer el hecho criminal, que por otro lado desea, o admite como posible. De esta forma, el

párrafo segundo del apartado 1º del art. 20 del Código penal dispone que “el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”. Y de igual forma, se disciplina en su número 2º, en el sentido de que se encuentra igualmente exento de responsabilidad penal “el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión...” Pero similar previsión no se contiene en el caso objeto de enjuiciamiento, en donde el Tribunal sentenciador ha apreciado la eximente de anomalía o alteración psíquica, siendo claro que está exento, en tal supuesto, de responsabilidad criminal: “el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”, sin que aparezca en el texto de la ley la posibilidad de aplicar la teoría de la “actio libera in causa”, como así sucede en las dos situaciones mentales anteriores (enajenación mental transitoria y eximente de drogadicción u otras sustancias análogas).

En cierto, pues, que, en todo caso, las situaciones no son equiparables, ya que se declara en Manuel Jesús un estado patológico que deriva de una enfermedad mental, y no de un trastorno mental transitorio.

Pero, ciertamente, como dice el autor del recurso, la cuestión tiene una enorme importancia en el plano dogmático.

Repetidamente hemos subrayado que la fórmula de la capacidad de culpabilidad del art. 20.1ª CP no sólo requiere una alteración psíquica, sino que, además, ésta haya impedido comprender el significado de la conducta realizada. Sigue nuestro sistema penal el denominado “biológico-psicológico”.

Antes de nada, conviene diferenciar la actio libera in causa de los supuestos de inimputabilidad sobrevenida (esto es, sin la intervención culpable del autor). En tales casos, como ha señalado nuestra jurisprudencia, no se aplican los principios de la actio libera in causa, dado que el autor no se ha utilizado a sí mismo como instrumento de su «propia autoría mediata». Se trata de supuestos en los que la doctrina dominante ha entendido que el autor será punible por el delito consumado, siempre y cuando no haya tenido lugar una desviación esencial del nexo causal y haya dado comienzo a la ejecución siendo capaz de culpabilidad. Como se ha puesto de manifiesto por prestigiosos autores, «el que decide matar a otro y ya durante la preparación sufre un ataque epiléptico que excluye la culpabilidad, si comete el hecho en este estado no habrá obrado dolosamente pues en tal caso no se puede apreciar una realización responsable de su plan».

De todos modos, en la actualidad, se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la actio libera in causa. Por un lado el llamado «modelo de la excepción», que considera que esta figura se justifica como

una excepción, fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio de la inculpabilidad de la acción de un enajenado y que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la (in)capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro, el «modelo de la acción típica», que considera como acción típica la causa libera, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad que no es posible admitir en esta materia, así como –según lo han destacado numerosos autores– en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, como dice la STS 829/1993, de 14 de abril, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia.

También se ha entendido, por el contrario, que la doctrina de la actio libera in causa se fundamenta en una «ficción jurídica», que en modo alguno requeriría que el autor haya causado por sí mismo el estado de incapacidad en el que luego tiene lugar la consumación del delito. En la doctrina más reciente se ha señalado, con razón –dice la Sentencia citada, y en contra de soluciones semejantes– que si se prescinde de la conexión causal del comportamiento previo con el resultado, como fundamento de la imputación, el dolo y la culpa pierden toda relación con la acción y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad sobre el mismo hecho. Dicho de otra manera: la causa libremente puesta, que da lugar al comienzo de hecho, debe ser imputable al autor y, por lo tanto, ello requiere que sea éste quien la haya introducido en el curso del suceso. Esta forma de entender la actio libera in causa ha sido también reflejada en los textos legales que han regulado expresamente esta materia. En este sentido se debe recordar el art. 87 del Código Penale italiano que establece que no se considerará inimputable «al que se haya puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa».

Desde la perspectiva del llamado modelo de la acción típica, por lo tanto, resulta claro que la actio libera in causa presupone que el autor haya causado su propio estado de incapacidad, pues precisamente en ello se basa la posibilidad de considerar la acción previa, que elimina la capacidad, como adecuada al tipo de delito consumado en estado de inimputabilidad. Dicho de otra manera: la causa de la muerte, en el delito de homicidio, debe haber sido puesta por el autor, por una decisión libre, es decir, adoptada con capacidad de culpabilidad (o, en su caso, con capacidad disminuida de culpabilidad), pues de lo contrario no es posible configurar la acción típica de causar la muerte a otro. La acción típica, se ha dicho gráficamente, consiste en estos casos en eliminar la propia capacidad de culpabilidad, de forma consciente y meditada, y previamente a dar comienzo a la acción.

Es por estas circunstancias, es decir, porque la teoría de la actio libera in causa parte de una previa capacidad de culpabilidad del sujeto que pierde conscientemente para cometer el hecho, bien por falta de valor para ejecutarlo, bien como consecuencia de ponerse a cubierto de una posible responsabilidad criminal por su estado de incapacidad mental, buscándose, como dice el Código penal italiano, “una excusa”, es claro que tal resorte no puede ser aplicado a situaciones como la juzgada de alteraciones o anomalías

mentales permanentes, es decir, enfermedades mentales crónicas o muy cronificables, pues en tales supuestos el sujeto es inimputable con anterioridad a dar comienzo a la ejecución del hecho, sin que pueda controlar, o no, su disposición a liberar una causa de excepción a su responsabilidad criminal, lo que no sucede, por el contrario, ni en el propio trastorno mental transitorio, ni en la drogadicción o en sustancias de efectos análogos, razón por la cual el sistema legal responde a una explicación científica, y por ende, el motivo no puede ser estimado». (F. J. 2º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina derivada de la STC 57/2008.

Recurso: Casación nº 11146/2010 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 208/2011 de fecha 28/03/2011

«Los recurrentes denuncian, en los dos motivos de su Recurso conjunto, las infracciones en las que habría incurrido la Audiencia, tanto vulnerando los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, en relación con el 17 y 24.1 CE y, 57.1 CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 PIDCP) como aplicando indebidamente (art. 849.1º LECr) el artículo 33 del Código Penal de 1973, hoy artículo 58 del vigente texto, al acordar, en la Resolución recurrida no haber lugar a revisar los licenciamientos definitivos aprobados en su día y en los que no se producía el abono del tiempo de prisión preventiva sufrida en simultaneidad con el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en otra causa diferente.

En primer lugar, y como recuerda el Fiscal en su Informe, dicha Resolución es susceptible de Recurso de Casación, sin duda, al hacerlo posible la supervivencia, en este extremo, de la añeja disposición contenida en la Real Orden de 29 de Enero de 1901 relativa a la posibilidad de tal vía en relación con las Resoluciones referentes al abono de la prisión preventiva sufrida por el condenado.

Por otra parte, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, que cuenta así mismo con el apoyo expreso del Ministerio Público para el Primero de los motivos del Recurso, resulta igualmente incuestionable la procedencia de la pretensión de los recurrentes pues, en esta ocasión, la doctrina, tanto del tribunal Constitucional como la de esta Sala, en relación con la aplicabilidad de las prisiones preventivas sufridas simultáneamente al cumplimiento de una condena privativa de libertad en ambos procedimientos que motivaron dicha situación, ha resultado pacífica, como lo evidencian la originaria STC 57/2008, de 28 de Abril, y las diversas SsTS, a partir de la 1391/2009 que, aún expresando ciertas discrepancias y críticas a la doctrina constitucional, acaba aceptándola, como no podía ser de otra forma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dice al respecto la referida doctrina:

“Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS 1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE , debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ” (STS de 11 de Febrero de 2010).

Incluso en los supuestos de aplicación del artículo 76 del Código Penal, la llamada “acumulación de condenas” o “refundición de penas”, tal criterio seguiría resultando aplicable, de acuerdo con la misma Sentencia que se acaba de citar.

En el presente momento aunque la situación legal al respecto ha cambiado, como consecuencia de la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal, operada por la reciente LO 5/2010, al menos en tanto que no se produzca con éxito su cuestionamiento constitucional, al tratarse de una norma posterior más gravosa para los reos, evidentemente, nuestro pronunciamiento no puede apoyarse en este nuevo texto.

Por consiguiente, el Recurso ha de estimarse, debiendo proceder, en su consecuencia, a unas nuevas liquidaciones de condena por el órgano para ello competente». (F. J. 1º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Posibilidad de deshacer acumulaciones anteriores: cambio de jurisprudencia

**Recurso: Casación nº 10934/2010 P
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 322/2011 de fecha 19/04/2011**

«Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, se formaliza un único motivo de casación por indebida aplicación del art. 76 del Código Penal en relación con el art. 988 de la LECriminal contra el Auto por el que se deniega la acumulación de penas interesada, al entender el órgano judicial que las condenas que habían sido antes objeto de acumulación no pueden volver a acumularse en refundiciones sucesivas, según la doctrina jurisprudencial citada en el Auto que aquí se recurre.

1.- Es cierto que durante un tiempo esa fué la interpretación jurisprudencial mantenida en numerosas sentencias, de las que varias se invocan en el Auto dictado. Pero también lo es que como declara la Sentencia

10 de febrero de 2010, expresamente citada por el recurrente, a partir señaladamente del año 2003, esta interpretación se modifica en el sentido de afirmar que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada. Ello es consecuencia de la adopción del criterio cronológico que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias, de forma que apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior, pero que podían haberlo sido, no existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad ampliando la acumulación ya practicada». (F. J. 1º)

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos formales del Auto de acumulación.

Recurso: Casación nº 11081/2010 P
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 263/2011 de fecha 06/04/2011

«Los dos motivos del recurso pueden ser examinados conjuntamente ya que participan de la misma invocación ya que por un lado se solicita la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 57/2008 sobre abono de la prisión preventiva y por otro se insta una refundición sobre el máximo del cumplimiento efectivo.

En lo que concierne al abono de la prisión preventiva, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 74/2011, de 28 de enero, que la reciente modificación del artículo 58 del Código Penal por L.O 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, no es de aplicación retroactiva al presente caso (artículo 2 del Código Penal), que ha de resolverse por ello de acuerdo con la redacción del precepto vigente al tiempo de comisión de los hechos y según la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional, señalada en la Sentencia 57/2008 de 28 de abril. Aunque al aplicar el artículo 58 del Código Penal se entendió inicialmente que no había más prisión preventiva abonable que la sufrida en el proceso a que la sentencia se refería, con posterioridad se consideró abonable también en una causa el tiempo de prisión preventiva sufrido en otra, bien por el exceso respecto de la pena impuesta en ella o bien por haber recaído sentencia absolutoria, con la limitación de que las causas hubiesen estado en coincidente tramitación para no generar en quien tuviera a su favor un tiempo de prisión preventiva sobrante un "crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena" (SS 15 de enero de 1991, 23 de marzo de 1998). Pero en todo caso no se computaba la prisión preventiva acordada en una causa contra quien ya en ese momento estaba cumpliendo en otra efectiva condena de privación de libertad, porque se entendía que a su privación por condena nada añadía la medida cautelar practicada simultáneamente en causa diferente. Es esta valoración la que rectifica el Tribunal Constitucional al entender que la simultaneidad no impide apreciar que la medida cautelar, desde la perspectiva

de la efectiva privación de libertad soportada, supone una verdadera agravación de la situación del penado, que durante ese tiempo se ve privado de los derechos, beneficios y recompensas penitenciarias que le serían propios como penado que cumple condena y de los que queda privado durante el tiempo de la prisión provisional. Ese verdadero plus o agravación real de su situación en el tiempo de la preventiva prisión coincidente con la privación de libertad como pena impuesta en otra causa no es compatible con considerar irrelevante, a efectos de su cómputo liquidatorio, el tiempo de prisión provisional; y de ahí que pueda y deba computarse para restarse en la pena impuesta, aunque aquella se sufriera durante el tiempo de cumplimiento de una pena de prisión en otra causa. En este sentido la Sentencia de esta Sala Segunda de 11 de febrero de 2010 ya dijo que lo que declaró la STC 57/2008 fue que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión en una prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva, y que lo contrario vulnera el artículo 17.1 de la Constitución Española. Lo que no dice la Sentencia del Tribunal Constitucional es que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir una y otra vez el mismo tiempo de medida cautelar en todas las penas que sucesivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que durara en una de las causas la prisión provisional.

Entrando en el recurso formalizado, lo primero que ha de señalarse es que para poder resolverlo se hace necesario que en el auto recurrido consten con la debida claridad la solicitud de refundición que se insta, señalándose el concreto escrito al que se trata de dar respuesta, y que se consignen los datos o elementos precisos para decidir sobre la refundición y en concreto que consten todas las sentencias firmes cuyas penas se pretenden refundir, lo que permitiría, a la vista de las fechas de los hechos, las fechas de las sentencias, los delitos y penas impuestas, si se trata de conductas delictivas que pudieran haberse enjuiciado en un sólo proceso, en cuanto no acaecieron con posterioridad a ninguna de las sentencias cuyas condenas se solicita su refundición o, en su caso, que exceden del máximo de cumplimiento efectivo al que se refiere el artículo 76 del Código Penal, que en el recurso se dice infringido y, caso de que se hubiese solicitado, deberán concretarse los periodos de prisión preventiva sufridos por el penado y a que ejecutoria han sido abonados.

Y en el Auto recurrido se observa la ausencia de tales elementos que resultan precisos para resolver sobre el recurso planteado y en definitiva sobre la refundición interesada, como bien señala el Ministerio Fiscal, máxime cuando en el recurso se plantean cuestiones sobre las que no se ha pronunciado el Tribunal de instancia.

Así las cosas, procede estimar el recurso interpuesto, en aras de evitar toda indefensión y consiguiente vulneración de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, acordándose la nulidad del auto recurrido para que el Tribunal de instancia proceda a dictar otro nuevo

en el que se hagan constar todos los datos o elementos precisos para resolver sobre las condenas cuya refundición se solicita, pronunciándose sobre todas las cuestiones planteadas». (F. J. Único)

AGRAVANTES. Alevosía: compatibilidad con dolo eventual.

Recurso: Casación nº 1604/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1180/2010 de fecha 22/12/2010

«4. En cuanto a la posibilidad de apreciar la alevosía en un homicidio con dolo eventual, este Tribunal ha afirmado en las sentencias 138/2010, de 10 de marzo, y 460/2010, de 14 de mayo, que “hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (SSTS 2615/1993, de 20 de diciembre; 975/1996, de 21 de enero de 1997; 1006/1999, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1010/2002, de 3 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre; 71/2003, de 20 de enero; 1166/2003, de 26 de septiembre; 119/2004, de 2 de febrero; 239/2004, de 18 de febrero; 415/2004, de 25 de marzo; 653/2004, de 24 de mayo; 1229/2005, de 19 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 466/2007, de 24 de mayo; 803/2007, de 27 de septiembre; 743/2008, de 14 de octubre y 678/2008, de 30 de octubre), y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proviniente de la víctima (dolo directo), y el dolo referido al propósito de causar una muerte, bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual”.

Se desvirtúa así la tesis que se expone en la sentencia recurrida, en la que se rechaza la compatibilidad entre el dolo eventual y el delito de asesinato con el argumento que el elemento subjetivo de la alevosía no puede darse cuando se agrede con dolo eventual.

En contra de lo que se dice en la resolución impugnada, y tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual).

Y ello es lo que sucedió en el presente caso, toda vez que los acusados planificaron una acción agresora mediante la que eliminaban la reacción defensiva de la víctima y aseguraban al mismo tiempo la agresión sin riesgo para sus personas. Sin que los medios utilizados conllevaran de forma necesaria la muerte del agredido, aunque sí un peligro concreto y elevado de que ello pudiera acabar sucediendo.

Por todo lo cual, los hechos sí deben ser calificados como alevosos y subsumibles en el delito de asesinato previsto en el art. 139.1º del C. Penal.

Se estima así el recurso de casación del Ministerio Fiscal con las consecuencias que se expondrán en la segunda sentencia, declarándose de oficio la tercera parte de las costas de esta instancia». (F. J. 6º)

AGRESIÓN SEXUAL. Agravación: actuación conjunta de dos personas.

Recurso: Casación nº 953/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 829/2010 de fecha 30/09/2010

«La tesis del recurrente de que Alberto sólo se limitó a mirar, constituye una apreciación simplista de parte, respetable pero no asumible, ya que su presencia en el contexto de los hechos, supuso una aportación causal a los mismos no despreciable. En tal sentido esta Sala tiene dicho que el acompañante del autor material de la agresión sexual, con su simple presencia refuerza la determinación delictiva de aquél, acentuando el desamparo de la víctima a la vez que debilita la voluntad resistente de aquélla (véanse S.S.T.S. 1052/94 de 24 de mayo y 272/97 de 3 de marzo, por citar algunas).

Sobre la participación o coautoría en estos delitos es oportuno dejar sentada una corriente jurisprudencial dominante y reiterada que entiende que debe haber condena de todos los que en grupo participan en casos de violaciones múltiples, porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir (S.T.S. 486/2002 de 12 de marzo; 481/2004 de 7 de abril; 744/2004 de 14 de junio; 1169/2004 de 18 de octubre; 626/2005 de 13 de mayo; 686/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio; 975/2005 de 13 de julio; 1291/2005 de 8 de noviembre; 1462/2005 de 11 de noviembre; 1386/2005 de 23 de noviembre; 76/2008 de 31 de enero; 885/2009 de 9 de septiembre y 1142/2009 de 24 de noviembre, entre otras).

(...)

4. De la amplia reseña jurisprudencial aflora con claridad la idea de que la cualificación del art. 180.1.2º C.P. cuya aplicación se cuestiona, sólo podría resultar excluida cuando la intervención en el hecho tuviera el carácter

de cooperación necesaria. Pero tal condición no la posee el autor material ni tampoco el que en acción conjunta y guiado por los mismos propósitos realiza actos ejecutivos nucleares del tipo.

El respeto a los hechos probados, dada la naturaleza del motivo, permite entresacar del factum una conducta coordinada, intercambiable y dirigida a los mismos objetivos con participación material de ambos.

En el motivo 7º de Alberto, insistiremos en el carácter de coautor del mismo, en cuyo caso y de conformidad a la doctrina de esta Sala le debe alcanzar la cualificación del art. 180 del C.Penal». (F. J. 4º)

AGRESIÓN SEXUAL. Tentativa de violación: reducción de la pena en un grado.

Recurso: Casación nº 2327/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 796/2011 de fecha 13/07/2011

«Centrados ya en el supuesto concreto que se juzga, es claro que se está ante una tentativa idónea. Y ello porque la acción era adecuada ex ante para ejecutar el coito con la víctima vulnerando su libertad sexual, y además ex post se comprobó que generó un peligro concreto para el bien jurídico ya que estuvo a punto de penetrarla vaginalmente. En efecto, el acusado, tal como se recoge en la sentencia recurrida, si bien no llegó a introducir el pene en la vagina de la víctima, sí se hallaba ya muy próximo a ello cuando compareció en la habitación la anfitriona de la fiesta, pues Cristian ya se encontraba encima de Alexandra y le había bajado los pantalones hasta la altura de la rodillas, mostrando el miembro viril erecto, según advirtió la denunciante.

Así las cosas, debe compartirse el criterio de la Sala de instancia cuando afirma que, a tenor del grado de ejecución alcanzado estaba ya muy próxima o era inmediata la consumación, concurriendo así una inequívoca peligrosidad para el bien jurídico.

Todo evidencia por tanto que se dio la situación de peligro concreto para el bien jurídico que tutela el tipo penal de violación y que por tanto concurrió una tentativa idónea. Y si bien quedaba por realizar algún último movimiento o acto físico para ejecutar el acto de penetración, y por ello es posible que no se pueda hablar en sentido estricto de una tentativa acabada, ello no impide que el grado de peligro concreto y el de ejecución alcanzado, aplicados como criterios sustanciales y prioritarios para determinar la inmediatez de la consumación, fundamenten en este caso la reducción la pena solo en un grado.

Se desestima, en consecuencia, este submotivo de impugnación». (F. J. 3º)

AGRESIÓN SEXUAL. Violación en tentativa y lesiones: concursos.

Recurso: Casación nº 617/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1078/2010 de fecha 07/12/2010

«La oposición del Ministerio fiscal no será estimada. Ciertamente una reiterada jurisprudencia, por todas las STS 892/2008, de 11 de diciembre, la 1305/2003, de 6 de noviembre, citada por la STS nº 886/2005, de 5 de julio, la 673/2007, de 19 de julio que cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual el régimen de concurso es el del concurso real y ello porque el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Así, se ha señalado (STS núm. 2047/2002, de 10 de diciembre), que «la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado». Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 y, en su caso del art. 77 del Código penal, en función del tipo de concurrencia, en este supuesto no discutido.

Esa es nuestra jurisprudencia y el Ministerio fiscal se apoya en ella para fundar su impugnación en la que interesa la aplicación del tipo penal del art. 153 Cp, por la concurrencia de un resultado típico de falta de lesiones que se transforma en delito del art. 153 por la realización de las lesiones en el ámbito familiar, al que se refiere el art. 173.2 Cp.

La anterior doctrina jurisprudencial que ratificamos en esta Sentencia no es de aplicación al hecho probado objeto de la casación. Como antes señalamos las lesiones que concurren, bajo la previsión de las reglas del concurso real, art. 73, o en su caso, ideal, art. 77, ambas del Código penal, requieren que tengan una entidad sustancial autónoma y que las lesiones sean causadas de forma deliberada y autónoma al contenido de la agresión sexual y de la violencia ejercida. El delito de agresión sexual es un delito compuesto, de una violencia o intimidación y la realización de un acto de contenido sexual sin consentimiento. Cuando el resultado de la violencia ejercida, "sujeta fuertemente de las muñecas a su esposa" o "produciéndose un forcejeo entre ambos", es tan mínimo como el declarado probado "contusión en el borde externo de la mano derecha", ese resultado carece de una relevancia penal como entidad distinta de la violencia ejercida para la realización de un acto sexual no consentido por el que ha sido condenado.

Esa "contusión" por la que la víctima ni siquiera reclamó, no es el resultado de una acción deliberada y distinta, o adicional, a la violencia típica de la agresión por lo que no tiene la relevancia para proporcionar al hecho la consideración de presupuesto sustancial del delito del art. 153 Cp y del delito de lesiones.

Consecuentemente, el motivo se desestima así como el segundo que se formaliza de manera subsidiaria al anterior». (F. J. 1º)

ALZAMIENTO DE BIENES. Deudas con la Hacienda Pública. Código Penal aplicable.

Recurso: Casación nº 2517/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 767/2011 de fecha 12/07/2011

«1. Entienden los recurrentes que los hechos declarados probados no tenían encaje en el delito de alzamiento de bienes, en tanto que realizados hipotéticamente los hechos enjuiciados entre el 12-2-1993 y 1995, su sanción debería subsumirse en el CP de 1973, y nunca en el CP actual que introduce en el art 257.1.2º una nueva conducta punible que no estaba prevista hasta ese momento por el legislador, consistente en "la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida, la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación".

Y el recurrente precisa que en ninguno de los textos anteriores se contempló el delito de alzamiento de bienes a efectos de protección fiscal: Ni en el delito (incluido dentro de las falsedades) de Ocultación de Bienes o Industria del art 319 CP, vigente en su redacción hasta la L.50/77 de 14 de noviembre que ya incluyó el "Delito Fiscal" en el mismo artículo; ni en el art 349 introducido por la LO de 29-4-1985; ni en el mismo artículo completado por un nuevo 349 bis, introducido por la LO.6/85 de 29 de junio.

2. Ciertamente, en la doctrina se ha venido entendiendo que el incumplimiento de las obligaciones tributarias está sometido, en cuanto *lex specialis*, al régimen del delito fiscal, pero sin que ello obste a que el régimen penal del alzamiento de bienes pueda mantener su eficacia como norma subsidiaria y complementaria, puesto que la ejecución de esas obligaciones es diferenciable de la infracción que supone su incumplimiento, y en esa fase ejecutiva o de recaudación, puede producirse el acto fraudulento de disposición capaz de integrar el alzamiento, que algunos denominan procesal.

Y tal régimen en la actualidad mas inmediata se ha agravado, previéndose una pena de prisión de uno a seis años y una multa de doce a veinticuatro meses (frente a la anterior de uno a cuatro años y la misma multa), cuando ,conforme al art 257.3 CP, en la versión introducida por la LO

5/2010, de 22 de junio, se dé “el caso de que la deuda u obligación que se trata de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona pública”.

3. La delimitación temporal de los hechos que efectúan los recurrentes entre 1993 y 1995, y aun la precisión temporal que realiza la sentencia de instancia, cuando, en su fundamento jurídico tercero, cifra “el último acto de ocultación mediante la escritura de 4-12-95...que completó el intento despatrimonializador realizado”, por lo tanto, antes de la entrada en vigor del CP de 1995 (LO 10/95 de 23 de noviembre, BOE 24 de noviembre y BOE 16-3-96), que se produjo en 24-5-1996, podría dar la razón a los primeros, si se aceptara que ,con arreglo al antiguo CP aplicable a nuestro caso, las deudas a que se refiere al alzamiento son sólo las de carácter privado, dado que las de naturaleza pública no precisarían de esta protección penal, al disponer la Administración (Tributaria, Seguridad Social etc) de suficientes mecanismos, de otro orden, para la exigencia del cobro de sus créditos.

No obstante, mantienen el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado que la Jurisprudencia ha determinado que la figura del art 519 ACP comprende como víctimas de la actividad de ocultación patrimonial a todos los acreedores , incluida la Hacienda pública, sin distinguir entre personas jurídico publicas y privadas.

Ciertamente, durante años y con relación a la figura del alzamiento de bienes, contemplada en el art 519 ACP, la jurisprudencia (Cfr SSTS 17-12-67, 18-2-70, 2-6-73, 17-9-73, 11-1-74, 31-1 y 6-6-77,15-4 y 30-12-78, 28-5-79, 7-3 y 9-5 y 5-8-86,10-37 -7 y 27-11-87, 29-6-89, 21-5-9022-11-90, 15-3-94), seguramente influenciada por el sector doctrinal que colocaba al alzamiento en un contexto iusprivatista, sin excluir la posibilidad, tampoco ha efectuado un pronunciamiento expreso al respecto, limitándose a destacar que se trata de un hecho punible de mera actividad, formal o de riesgo y de resultado cortado, compuesto por tres elementos integradores: En primer lugar, la existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo, generalmente preexistentes, reales, serios y graves, y , de ordinario vencidos, líquidos y exigibles. En segundo lugar, un elemento dinámico que no queda circunscrito a la fuga o desaparición del deudor, sino que puede estribar, en destrucción u ocultación de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, abortando las legítimas expectativas de sus acreedores o tendentes a burlar los derechos de aquéllos y eludir su responsabilidad patrimonial. Y un elemento tendencial o ánimo específico, consistente en al acreedor o acreedores burlando la responsabilidad ,personal, patrimonial y universal del deudor, consagrada en los arts 1.111 y 1911 CC.

Sin embargo, sentencias posteriores de esta Sala, referentes siempre a hechos anteriores a la entrada en vigor del CP de 1995, han admitido expresamente que sea una entidad pública la acreedora defraudada. La STS 201/96, de 7 de marzo, se refiere a un delito -entre otros- de alzamiento de bienes por deudas a la Tesorería de la Seguridad Social y a la Hacienda pública ,señalando el carácter pluriofensivo del delito que atenta tanto al derecho de los acreedores, como al interés colectivo del buen funcionamiento del sistema crediticio, bastando con que ser obstaculice la vía de ejecución

que podrían seguir los acreedores. La STS 2212/2001, de 27 de noviembre, se refiere igualmente a deudas con la Seguridad Social. Y la STS 1716/2001, de 25 de septiembre, se refiere a deudas con una entidad bancaria y con la Hacienda pública, correspondiendo las últimas a IRPF de los ejercicios 1981 a 1983, y al Impuesto General Sobre Tráfico de Empresas de los años 1992 y 1993 de actividades de los acusados dedicados a la venta al por mayor de materiales de construcción y sanitarios y actividades de albañilería.

4. Aclarado esto, hay que precisar que el precepto penal aplicado es el art 519 del CP de 1973, vigente al tiempo de cometerse los hechos de autos, y mas favorable en su previsión sancionadora que el art 257 del CP de 1995, cuya aplicación retroactiva ha de entenderse que no se ha realizado, en tanto en cuanto el propio tribunal de instancia explica con detenimiento el proceso seguido en la aplicación de las penas. teniendo en cuenta su rebaja, en atención a la estimación como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas.

Y así en su fundamento jurídico sexto razona el tribunal a quo que “al haberse cometido los hechos delictivos bajo la vigencia del Código Penal de 1973, y resultar igualmente típica y punible la conducta perseguida de acuerdo con la actual legislación penal, según se ha dicho ya, se hace obligado realizar un juicio de favorabilidad entre una y otra legalidad, para llegar a imponer la que resulte ser más beneficiosa para los acusados. En este orden, aun cuando el marco de pena máximo previsto en el ACP alcanzaría un límite superior al previsto como penalidad máxima en el Código actualmente vigente -los seis años a los que podía llegar la pena de prisión menor en el anterior Código frente a los cuatro años que dispensa el Código de 1995 al delito de alzamiento de bienes-, a pesar de ello, decimos, consideramos más beneficiosa la legalidad precedente en atención a la circunstancia de atenuación apreciada como muy cualificada y al hecho de que, en función de ella y de las reglas de punición previstas en el ACP, concretamente en su artículo 74, nos permitiría la imposición de una pena de multa de entre 30.000 y 300.000 pesetas, o su equivalente en euros, después de operar una rebaja en dos grados desde la de prisión menor prevista para el delito de alzamiento, tal y como autorizaba el artículo 61.5ª de aquella legalidad, consecuencia de pena que no sería permitida en la legalidad penal vigente actualmente aun operando esa rebaja en dos grados, pues en ningún caso podría bajar la pena a imponer de los tres meses de prisión». (F. J. 4º)

ALZAMIENTO DE BIENES. La responsabilidad civil no abarca el montante de la obligación eludida.

Recurso: Casación nº 1198/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1091/2010 de fecha 07/12/2010

«Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1077/2006, de 31 de octubre, que la condena por el delito de alzamiento de bienes, en lo que concierne al ámbito de la responsabilidad civil, no debe

comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que la misma no nace del delito y su consumación no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Dicha puntualización resulta todavía más pertinente en supuestos como el presente en el que no entra en juego el principio de irreivindicabilidad de los bienes enajenados al no existir terceros adquirentes de buena fe con título registralmente inscrito. Por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente y reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo.

Y en esa misma línea, la Sentencia 652/2006, de 15 de junio, declara que la sentencia penal condenatoria debe restituir el orden jurídico perturbado por la infracción que en tales casos no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, para que respondan del crédito, decretando la nulidad de los contratos fraudulentos siempre que lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal o parte acusadora.

Y eso es lo que ha sucedido y se ha hecho en el supuesto que examinamos, acorde con la jurisprudencia de esta Sala, pudiendo el recurrente ejercitar las acciones civiles que estime pertinentes respecto a aquellas pagas a los que no se extiende esta responsabilidad civil». (F. J. 6º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Administración desleal: diferencia con delito societario.

Recurso: Casación nº 2727/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 760/2010 de fecha 15/09/2010

«2.- La diferenciación de los tipos penales del artículo 295 y el de apropiación indebida, particularmente en su modalidad de "distracción", previsto en el artículo 252 ha sido objeto de reiterada consideración por la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Por un lado se ha proclamado que cuando un comportamiento es susceptible de ser subsumido tanto en el tipo penal del artículo 252 como en el del 295, dada la menor pena impuesta en éste, ha de optarse por la tipificación como apropiación indebida por ser el más grave. (artículo 8.4 del Código Penal) (STS 11 de abril de 2007 (recurso nº 915/2006) nº 678/2006 de 7 de junio, núm. 1362/2005 de 23 noviembre y nº. 224/98 de 26 de febrero).

Pero no se ha renunciado a la búsqueda de elementos diferenciadores. Entre éstos se han señalado, para aplicar el tipo menos grave del artículo 295:

a) la no existencia de extralimitación de los administradores fuera del ámbito de las facultades del cargo.

Así, para aplicar el delito del artículo 295 se exige que el administrador desleal a que éste artículo se refiere actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones; "El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador" (Sentencia del TS núm. 915/2005, de 11 julio);

b) la existencia de engaño por parte de los administradores como elemento del tipo.

Así se recuerda en la Sentencia de 11 de abril de 2007 (recurso 915/2006) que recuerda la STS 7 de junio de 2006, con expresa mención de las SSTS 1.040/2.001 y de 7 de Diciembre de 2.000 y 1401/2003. Se reconoce que apropiación indebida y administración desleal abarcan conductas específicas, y que, en algunos casos, presentan zonas, a modo de círculos secantes, en que cabe la doble tipificación, a resolver por las reglas del concurso. Pero afirmando que existen comportamientos solamente tipificables como administración desleal.

(...)

Es decir se trata de un acto de los que, como recuerda nuestra Sentencia de 16 de Febrero del 2001 (recurso nº: 2159/1999) se tipificaba en el Código Penal anterior al de 1995 en el artículo 535 del derogado. Precepto éste que hoy se recoge, en buena medida en el actual 252. Pero no en el 295, "...por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada- que tenía en el CP de 1.973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. .."». (F. J. 10º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Disposición de dinero en cuenta bancaria de titularidad indistinta.

Recurso: Casación nº 647/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 904/2010 de fecha 19/10/2010

«...el dinero fue transferido a la cuenta del recurrente con aprovechamiento de las facultades de disposición que tenía encomendadas.

Ello es completamente claro. El recurrente trata de desenfocar la cuestión, cuando da a entender que ha recibido en propiedad el dinero del banco. Pero es que el perjudicado, la víctima, no es el banco, sino el co-prestatario. En este supuesto concreto había dos propietarios, el acusado y la denunciante. Ambos eran propietarios del dinero, y ambos habían depositado el dinero en una cuenta corriente conjunta. La sentencia considera que el acusado no tenía derecho a disponer de todo el dinero depositado en la cuenta corriente, al margen de que hubiera incumplido los fines para los cuales el padre de su novia había prestado su consentimiento a avalar el préstamo. Observemos que la sentencia -que no es muy clara sobre esta cuestión- limita la cantidad que considera que el acusado dispuso ilícitamente en su beneficio a la mitad de la cantidad depositada en la cuenta corriente conjunta. Es decir, que acepta que la mitad de dicha suma era propiedad del acusado y podía disponer sin sanción penal de la misma. Pero no la otra mitad. Esa mitad era de la denunciante, a pesar de que estaba en una cuenta corriente de la cual el acusado podía disponer.

La sentencia de instancia, aunque, como decíamos, no lo explicita en la fundamentación jurídica anterior, en el fundamento jurídico quinto, dedicado a las responsabilidades civiles, precisa que el acusado habrá de indemnizar a Mercedes en esos 41.445 euros, con los intereses legales correspondientes, lo cual reproduce como condena en el Fallo». (F. J. 1º)

APROPIACIÓN INDEBIDA. Venta de inmueble sin recepción del precio por su propietaria. Efectos en la responsabilidad civil.

Recurso: Casación nº 283/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 789/2010 de fecha 22/09/2010

«El hecho probado de la sentencia refiere que el acusado José Luis V. utilizando un poder muy amplio para la administración de los bienes de la perjudicada que mantiene, realiza la disposición del inmueble propiedad de Aurora, lo vende a su hijo Alfonso, condenado como cooperador necesario, por un precio de 42700 euros que el acusado José Luis, como representante "confiesa haber recibido ... para su representada precio que en realidad no se pagó y del que nada llegó a Aurora"...

Del hecho resulta que la venta del inmueble se realizó en virtud de un apoderamiento existente, lícito y regular en su actuación, pues sus contenidos no se revocan por los cambios en las relaciones. Sin embargo, el hecho refiere que los dos condenados estaban de acuerdo en la venta y que el precio que figura en la escritura no se recibió por el mandatario ni se llegó a entregar, ni por lo tanto, la propietaria real llegó a recibirlo. Por lo tanto hubo una apropiación de un activo patrimonial, esto es, del precio de la venta del inmueble efectivamente dispuesto con el poder vigente al tiempo de la actuación de las facultades de disposición no revocadas.

En consecuencia, la calificación de los hechos es correcta en el tipo penal de la apropiación indebida y su contenido antijurídico radica en la apropiación de valor patrimonial de la venta realizada con un poder vigente. La venta del inmueble es lícita y válida jurídicamente pues ha sido realizada desde la vigencia del apoderamiento existente. Ahora bien, dada la connivencia entre el comprador y vendedor, ambos condenados como cooperador y autor, respectivamente, no cabe dar por válido el valor, 42070 euros, del activo patrimonial objeto de la apropiación y deberá determinarse el valor de ese activo patrimonial objeto de la apropiación en ejecutoria de sentencia, y en esa cantidad deberá ser indemnizada la perjudicada, en el valor real de la disposición realizada o, si las partes del contrato así lo convienen, en el mismo inmueble mediante la retroacción del contrato. Esa cantidad deberá incrementarse con los intereses procedentes desde la fecha de la enajenación.

Esta calificación de los hechos es respetuosa con la vigencia del principio acusatorio pues no han sido variados y coinciden con los que fueron objeto de la acusación. Se condena por el mismo tipo penal de la apropiación indebida variando la argumentación de la subsunción, en la que no se declara ningún error y la estimación parcial tiene un contenido concreto en la responsabilidad civil, pues en la segunda sentencia que dictamos no se anula el contrato de compraventa celebrado entre José Luis y Alfredo V., sino que se declara que los condenados deberán indemnizar en el valor económico del activo patrimonial objeto de la apropiación y respecto al que el hecho probado resalta que no fue entregada a la propietaria, perjudicada en el hecho». (F. J. 2º)

ATENUANTES. Arrebato y obcecación.

Recurso: Casación nº 10619/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 989/2010 de fecha 10/11/2010

«La definición de la atenuación parte de la existencia de estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. En su comprensión ha de descartarse la conceptualización diferenciada de cada estado. También ha de constatarse la situación anímica, con independencia de la denominación y etiología de cada estado, siendo lo relevante la constatación de un estado de ánimo en el que puede verse sumido una persona, a causa de un estímulo ajeno y que le coloque en un estado de reducción de su imputabilidad lo suficientemente relevante para la declaración de la atenuación. En términos de la STS de 29.12.1989, el estado pasional que refiere el texto de la atenuación contempla una genérica alusión que ha de ser entendida como perturbación desordenada del ánimo con cierta persistencia, equiparable en su magnitud e intensidad con los estados anímicos específicamente reseñados en la atenuación, caracterizados por la afectación transitoria de las capacidades ya intelectivas, ya volitivas, del sujeto que las padece.

El problema principal que plantea esta atenuación radica en la configuración de su espacio de reducción de la culpabilidad. Es claro que tratándose de una atenuación de carácter subjetivo es difícil establecer criterios apriorísticos de delimitación, por lo que es preciso abordar la delimitación desde un marcado relativismo.

Parece claro que el límite superior radica en la consideración de la perturbación anímica como constitutiva de un trastorno mental transitorio, como eximente completa o incompleta o la propia consideración de la atenuación de estado pasional como muy calificada. En todo caso, la pericial al efecto es de extraordinaria relevancia en la medición de la culpabilidad.

El límite inferior, la diferenciación entre los estados de ánimo y la causa de la atenuación, es de difícil determinación. Con anterioridad a la reforma del Código de 1.983, la atenuación establecía en su definición que los estímulos debían ser tan poderosos que "naturalmente" hubieran producido arrebatos u obcecación. La diferenciación con una situación de normalidad parte de considerar, en primer término, la levedad de la afectación, esto es, la delimitación por la intensidad de la afectación. En términos generales, conviene señalar que el estado pasional que reduce la consecuencia parte de considerar una afectación de la imputabilidad, esto es, de la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a la exigencia de la norma. Ello requiere que la atenuación se apoye en una afectación de las capacidades expuestas, la cognitiva y la de control de la conducta. Otro criterio de configuración del límite es la desproporcionalidad entre el estímulo recibido y la conducta realizada. Cuando la respuesta sea desproporcionada a la entidad del estímulo, podremos negar la aplicación de la atenuación. En el sentido indicado la jurisprudencia de la Sala II ha negado la concurrencia de la atenuación a supuestos de acaloramiento, de existencia de anteriores resentimientos entre familias, el nerviosismo de la situación, la existencia de animosidad, o de actuaciones en despecho. Un tercer criterio, viene dado por la propia dicción de la atenuación al exigir una procedencia externa, la existencia de un estímulo o una causa. El presupuesto de la existencia de un estímulo, mas el de la causa, incorporado en la reforma de 1983, obliga a considerar que el desencadenante pues de provenir de la propia víctima o de algo ajeno a la situación relacional entre el imputado y la víctima, objetivando el contenido exógeno, no sólo residenciado en la víctima, sino que pudiera provenir de una relación ajena a la existente entre agresor y víctima. Un cuarto límite de diferenciación es la exigencia de licitud. La exigencia de que el arrebatos y la obcecación y, en general, el estado pasional tuviera fuera lícito, o ético, o moralmente irreprochable tiene un doble fundamento. En primer lugar por que la atenuación, antes de la reforma de 1.983, exigía que el estado pasional fuera producto "natural" del estímulo, es decir, era interpretado como sinónimo de pasión normalizada y de carácter positivo para la sociedad. De otra, porque se considera que la atenuación, el tratamiento a favor del responsable penal debía ampararse en un sentimiento que afiance la convivencia. Por el contrario, algún sector doctrinal ha entendido que, al tratarse de una atenuación de carácter subjetivo no era posible entrar en la eticidad de la conducta, siendo lo relevante que el responsable actuó con menor imputabilidad sin establecer un juicio sobre los móviles de su

actuación. A ello ha de añadirse que desde la consideración del derecho penal como instrumento de control social formalizado, no procede entrar en la valoración de la concurrencia de normas morales en el caso concreto.

La exigencia de una cierta acomodación de la causa del estado pasional con el ordenamiento alcanza mayor relevancia si la examinamos en cada caso concreto y en relación con el tipo penal objeto de la sentencia. Desde esta perspectiva resulta patente que no cabría admitir la atenuación en un delito de violencia familiar por una situación alegada de "stress" derivado de la situación de separación conyugal, pues sería contrario al ordenamiento jurídico. Los ejemplos sería varios atendiendo a los hechos delictivos y situaciones generadores del estado pasional.

Ahora bien, señalado lo anterior, resulta también preciso que el actuar pasional no contradiga la conciencia jurídica y los principios básicos de convivencia, expresados en la Constitución como valores de la convivencia social.

Un último criterio de diferenciación es de carácter temporal, la exigencia de proximidad en el tiempo. Es este un requisito jurisprudencial nacido de un criterio empírico. En la medida en que el transcurso del tiempo permite racionalizar las situación pasional, la jurisprudencia ha exigido una cierta cercanía temporal entre la causa o estímulo desencadenante y la reacción pasional, haciendo desaparecer todo vestigio de venganza que comprometa la perturbación atenuadora.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, ni el hecho probado refiere un presupuesto fáctico de la atenuación, ni las periciales designadas permiten acreditar un error en el hecho probado, pues lo que el recurrente señala es que "presentaba una escasa tolerancia a la frustración, subyaciendo problemas de celos con ideación celotípica de la realidad", de los que no es posible una alteración de las condiciones de imputabilidad basadas en una situación que contradice principios básicos de la convivencia». (F. J. 8º)

ATENUANTES. Confesión: se aprecia.

Recurso: Casación nº 1494/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 246/2011 de fecha 14/04/2011

«Comparecencia que tuvo lugar, por tanto, antes de que las diligencias policiales se dirigieran contra el mismo, reconociendo ya en su primera declaración ante el instructor y haber sido el único autor de la agresión utilizando un palo, declaración que ratificó en el acto del juicio oral, tal es así que la sentencia de instancia considera probada su conducta en base o entre otras pruebas, su propia declaración reconociendo esencialmente los hechos.

Por ello procede estimar concurrente la atenuante referencia. En este sentido conviene aclarar que no es adecuado considerar que la confesión pierde todo efecto atenuante simplemente porque junto con la admisión del hecho se alegan circunstancias que atenúan la responsabilidad o que, incluso, la excluyen. En efecto en las SSTS. 6.3.92, 11.12.92, 21.3.94, 6.120.98 esta Sala ya señaló: “que no es necesario para apreciar la veracidad de la confesión que exista una coincidencia total entre lo manifestado y lo ocurrido, dado que si el acusado admite el hecho típico, pero no reconoce haber obrado sin causas que excluyan la responsabilidad, se dará uno de los casos en los que -probado que no concurrió la atenuante 21.3- la veracidad no sería total, pero, de todos modos, suficiente para apreciar la atenuante. Hay también otras razones: la compensación positiva de la culpabilidad por el hecho, fundamento de esta atenuante, es independiente de que el autor, luego de confesar la realización del hecho, pretenda ejercer un derecho de defensa (artículo 24.2 CE). El valor atenuante surge, por lo tanto, de la confesión y no de la renuncia a defenderse, toda vez que el ejercicio de un derecho fundamental no puede tener efectos negativos sobre el que lo ejerce por el hecho mismo de su ejercicio”». (F. J. 9º)

ATENUANTES. Dilaciones indebidas (LO 5/2010).

Recurso: Casación nº 748/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 85/2011 de fecha 07/02/2011

«Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6ª las dilaciones indebidas en los siguientes términos: “La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante». (F. J. 16º)

ATENUANTES. Dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). Doctrina general.

Recurso: Casación nº 11321/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 739/2011 de fecha 14/07/2011

«...el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, 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 no precisamente a quien reclama. 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 Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio, “no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)”.

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS nº 1497/2002, de 23 septiembre, “en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza”. Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que

pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto “dilación indebida” es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTS. 654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS. 1.7.2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009).

Asimismo las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el tribunal aprecia la atenuante y la motivación que ofrezca el tribunal debe resultar suficiente (STS. 17.3.2009).

En cuanto a las dilaciones indebidas para su aplicación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3 y 17.3.2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS. 31.3.2009 precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar “mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria”». (F. J. 4º)

ATENUANTES. Dilaciones indebidas. Ha de tratarse de un retraso “extraordinario”.

Recurso: Casación nº 1397/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 184/2011 de fecha 17/03/2011

«2.- Es en efecto, es constante la doctrina de este Tribunal sobre el carácter indeterminado del concepto dilaciones indebidas y, por ello, la afirmación de que ha de estarse a las circunstancias de cada caso.

En la reciente Sentencia de este Tribunal nº 1158/10 de 16 de Diciembre resolviendo el recurso: 685/2010 dijimos: “...La jurisprudencia ha venido estableciendo, y así se ha reflejado en la Ley Orgánica 5/2010 que modifica el Código Penal de 1995, que el transcurso del tiempo, como dato meramente empírico a describir, debe ser susceptible de ser calificado de extraordinario, lo que quiere decir algo más que contrario a la norma. Debe tratarse de algo que no sucede de ordinario por lo que no es común. Ciertamente una tal interpretación puede suponer un cierto reduccionismo sobre interpretaciones más acordes a la dimensión constitucional de la garantía o de la establecida en textos internacionales como al Convención europea sobre derechos. Desde esa perspectiva la concurrencia de deficiencias estructurales que expliquen las tardanzas no alcanza a justificar el incumplimiento estatal de dispensar tutela judicial en plazo razonable.

Pero quizás no sea indiferente que, cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la disminución de la pena imponible, las exigencias vayan más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.

Además la tardanza debe poder tildarse de indebida. Palabra que debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo.

De manera muy concreta, entre esas circunstancias deberá valorarse cual ha sido, no solo el comportamiento del poder jurisdiccional, sino el comportamiento del propio acusado. Provocando las dilaciones. O valorando si, desde la lealtad procesal, la complaciente pasividad del acusado ante la paralización de la tramitación le deslegitima para invocar aquélla a los efectos de la atenuación de la pena.

Y en la Sentencia nº 1124/10 de 23 de Diciembre, resolviendo el recurso nº 1402/2010 dijimos: Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

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

ATENUANTES. Reparación del daño: como atenuante muy cualificada.

Recurso: Casación nº 10833/2010 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1137/2010 de fecha 22/12/2010

«Es muy cierto que los daños de naturaleza moral derivados de agresiones graves a bienes personalísimos, no son económicamente evaluables, a diferencia con los que afectan únicamente al patrimonio, en los cuales los perjuicios ocasionados son más fáciles de cuantificar. Pero ello no empequeñece que uno de los medios para satisfacer el "pretium doloris" sea la compensación económica a la víctima, y así lo ha declarado esta Sala respecto de delitos contra la libertad sexual, la libertad deambulatoria y la seguridad de las personas, siempre y cuando la reparación económica sea cuantitativamente significativa y admitida de alguna manera por el perjudicado o víctima del delito, como aquí aconteció al haberse retirado la acusación particular del proceso una vez recibida mucho antes del Juicio Oral las cantidades reclamadas por daños y perjuicios». (F. J. 8º)

ATENUANTES. Reparación del daño: reconocimiento de hechos.

Recurso: Casación nº 1869/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 203/2011 de fecha 22/03/2011

«...la atenuante de análoga significación al hecho de la reparación parcial de 120.000 euros de la cuota defraudada.

La impugnación tiene una base fáctica en el hecho probado "el acusado hizo un depósito de 120.000 euros en el Juzgado de lo penal nº 11 de Madrid, el 14.11.2006 sin hacer reconocimiento de su responsabilidad penal".

La estimación es procedente. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 702/2010, de 9 de julio. En la jurisprudencia de esta Sala se aprecian, al abordar la justificación o fundamentación de la atenuante de reparación del daño dos líneas interpretativas, según se recuerda en las SSTS 809/2007, de 11 de octubre, y 1323/2009, de 30 de diciembre. De una parte, atendiendo a sus fines de política criminal se configura como una atenuante " ex post facto ", que no hace derivar la aminoración 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. El elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica pues 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. 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 del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas en general, lo que no excluye a la Hacienda pública, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación 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 (SSTS 285/2003, de 28-2; 774/2005, de 2-6; y 128/2010, de 17-2). De otra parte, se destaca 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 se centra en estimar la reparación del daño como una forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico, del cual se alejó cometiendo el delito. Esta rectificación del hecho y manifestación de acatamiento de la norma, puede consistir en una reparación total o parcial, real o simbólica, de los efectos del delito. Lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Ese "actus contrarius" es contemplado como una compensación de la culpabilidad por el hecho cometido (SSTS 625/2001, de 9-4; 1237/2003, de 3-10; y 78/2004, de 31-1). Se requiere del autor un esfuerzo superior al jurídicamente exigible que pueda operar como una atenuación del reproche de culpabilidad (STS 44/2008, de 5-2). En esta segunda perspectiva parece ponderarse 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. 21.5ª del C. Penal no lo exija». (F. J. 6º)

AUTORÍA. Coautoría: dominio funcional del hecho.

Recurso: Casación nº 1604/2010
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 1180/2010 de fecha 22/12/2010

«En efecto, la coautoría por condominio funcional del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de ésta (elemento subjetivo). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal.

(...)

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

Pues bien, al descender al caso concreto que nos ocupa se aprecia que el acusado no sólo decidió ejecutar el hecho conjuntamente con el otro recurrente y los menores (elemento subjetivo de la coautoría), sino que además intervino de forma activa en la fase de ejecución del mismo (elemento objetivo). De una parte, apoyando con su presencia la agresión ejecutada por el menor con el bate de béisbol sobre la cabeza de la víctima, de modo que el agresor sabía que contaba con la ayuda y la colaboración relevante del recurrente en el caso de que no acertara en sus primeros golpes con el contundente instrumento que empleaba. Y, de otro lado, interviniendo activamente en una segunda fase de la agresión cuando la víctima cayó inconsciente en el suelo debido a la acción del menor, instante en que el acusado, que se mantenía a la expectativa, propinó patadas al sujeto que se hallaba inerte sobre el pavimento.

Por consiguiente, aun siendo cierto que los golpes más determinantes los propinó el menor que inició la agresión con el bate de béisbol, la existencia de un plan conjunto previo en el que intervino el recurrente, su control y supervisión de la acción cuando el menor agredía con el bate a la víctima, y su intervención en la segunda secuencia de los hechos constatan su coautoría. De modo que aunque no propinara los golpes que, al parecer, conllevaron mayor riesgo para la vida del denunciante, sí han de serle también atribuidos al procesado, de acuerdo con el principio de imputación recíproca, que lo hace responsable de la totalidad del suceso y no sólo de la parte asumida en la ejecución del plan con arreglo a la distribución de funciones.

Resulta, pues, patente que el acusado es coautor de la tentativa de homicidio». (F. J. 1º)

AUTORÍA. Complicidad omisiva.

Recurso: Casación nº 1411/2009

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 797/2010 de fecha 16/09/2010

«Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado (cfr. STS 314/2010, 7 de abril).

La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre). De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante (cfr. SSTS 19/1998, 12 de enero, 67/1998, 19 de enero, 221/2003, 14 de febrero).

(...)

En palabras de la STS 185/2005, 21 de febrero, el mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal. (...) De concebirse la complicidad con tal amplitud que cualquier actividad, por irrelevante que fuere, siempre que se lleve a cabo por quien conoce la perpetración del delito, resultase identificable con esta forma de participación punible, acabaríamos encontrándonos no sólo con una indeseable hipertrofia de la categoría y con el incumplimiento del principio de legalidad, por ampliación indebida de los términos del precepto penal que la define, sino, lo que es más grave, con la pérdida de la referencia del verdadero fundamento punitivo de la figura del cómplice, que no es otro que el expuesto por la denominada «doctrina del favorecimiento», que encuentra justificación a esta forma de participación y a su castigo en el incremento del riesgo, la intensidad y mayor peligro de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal tipificadora de la infracción, que la ayuda accesoria del cómplice añade a la conducta llevada a cabo por el autor principal. Es por ello, en consecuencia, por lo que se hace preciso y resulta indispensable, en todo caso, analizar en qué forma la conducta atribuida al sujeto «cooperó» realmente a la ejecución del delito, con eficacia

incluso de mero favorecimiento y vinculación de causalidad con la agresión antijurídica realizada por el autor.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser estimado, con la obligada absolución de la condena impuesta como cómplice de un delito de apropiación indebida y consiguiente innecesariedad de examinar el resto de los motivos relacionados con ese título de imputación, incluido el motivo octavo –referido a la responsabilidad civil, apoyado por el Ministerio Fiscal–, en la medida en que no ha sido formalizado por Christine M., también condenada como cómplice, no puede ser ahora analizado». (F. J. 17º)

AUTORÍA. Distinción entre comisión activa y comisión por omisión.

Recurso: Casación nº 10403/2010 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 954/2010 de fecha 03/11/2010

«...la distinción entre comisión activa y comisión por omisión puede plantear diversos problemas, partiendo de que las consecuencias de tal diferenciación en materia de responsabilidad no son siempre evidentes por cuanto si se llega a la conclusión de que, en lugar de una comisión activa, se trata de una omisión constitutiva de comisión por omisión, no habría diferencias de responsabilidad relevantes. Sin embargo, aún reconociendo lo anterior, es obvio que la distinción conlleva importantes repercusiones dogmáticas: así, a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en uno u otro caso.

En la doctrina hay discusión acerca de cuál ha de ser el criterio de distinción entre comisión y omisión cuando ambas formas de realización típica se muestran aparentemente enlazadas. Un amplio sector se inclina por el criterio del "punto central del reproche" (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit), es decir, en otras palabras, por la prevalencia de aquella forma de realización típica que, en el caso, resulte más grave. El sector dominante, en cambio, dilucida si una conducta es constitutiva de omisión o de comisión, atendiendo, en principio, al criterio de la causalidad, más concretamente, a si la conducta del sujeto ha causado o no el resultado típico. Según ello, se trataría de determinar si la producción del resultado se debe a su causación por parte del sujeto (génesis activa del riesgo de lesión del bien jurídico) o a un riesgo generado fuera del ámbito organizativo de ese sujeto. En ese caso, el que al sujeto que no ha controlado ese riesgo se le impute una omisión pura o la comisión por omisión del hecho correspondiente dependería de que existiera o no un compromiso previo de contener el curso lesivo.

Con todo, el que, sobre la base de la constatación de la causalidad, se aprecie la existencia de una comisión no quiere decir que no quepa advertir también que la conducta del sujeto es constitutiva de una omisión. En realidad, en la mayoría de los casos pueden detectarse las bases tanto de una

comisión como de una omisión. Por ello, en estos casos, más que decidir si estamos ante una u otra forma de realización típica, se tratará de decidir cual de ellas prevalece.

Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico.

Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejercitó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurrendo ambos -como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso.

Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquella, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica.

En el caso presente –como con acierto precisa la sentencia de instancia- la conducta de este recurrente no fue solo omisiva, su comisión por omisión, dada su condición de garante, sino también activa al participar directamente en la dinámica comitiva, firmaba los contratos y recibía el dinero, sabiendo que no se iban a entregar los bienes adquiridos, daba explicaciones y excusas a sabiendas de que eran falsas por repetirse continuamente, sin que al efecto tomara aptitud alguna y siendo consciente del dinero que movía la empresa en la cuenta bancaria que estaba a su nombre, no resulta creíble su afirmación de que no recibió ningún beneficio, así como que permitiera que el dinero se lo quedase Domingo, ni diera explicaciones sobre el paradero del dinero». (F. J. 7º)

COMPETENCIA. Audiencia y Juzgado de lo Penal.

Recurso: Casación nº 1072/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1084/2010 de fecha 09/12/2010

«Esta Sala ha dicho (Cfr. STS 661/2009, de 18 de junio) “que la competencia de la Audiencia se extiende a conocer de los delitos que se le atribuyen y puede conocer, enjuiciar y fallar sobre los mismos cualesquiera

que sea la pena que resulte de las calificaciones definitivas e, incluso, sobre las faltas incidentales.

Y que incluso, le corresponde a la Audiencia, velar porque la calificación, sea correcta a efectos de la conformidad, como dispone el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que exista ningún obstáculo para que, sí las partes deciden calificar correctamente y la pena es igual o inferior a cinco años de prisión, sea la Audiencia la que dicte sentencia de conformidad, resultando absolutamente disfuncional que remitiese la causa al juzgado para que siguiese este trámite abriendo la posibilidad de que éste actuase de forma distinta.

Y, si el Juez de lo Penal, por imperativo del artículo 788.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está obligado a dar por terminado el juicio y remitirlo a la Audiencia Provincial cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de su competencia, como es lógico, no está prevista la decisión inversa que suponga el envío de la causa, hacia el órgano inferior, renunciando a juzgar un caso para el que ya ha declarado su competencia que no puede verse afectada por incidencias, vicisitudes, cambios de calificación y penas, cuando es obvio que incluso tiene competencia para conocer de las faltas incidentales que se deriven en la tramitación de la causa y del juicio oral.”

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. El problema de la continencia de la causa en relación al jurado.

Recurso: Casación nº 902/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1116/2010 de fecha 22/12/2010

«...Esta Sala, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, acordó en el Pleno no Jurisdiccional de 5 de Octubre de 1999 que:

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

Este Acuerdo mantiene al día de hoy toda su vigencia y en modo alguno ha quedado modificado o afectado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de Febrero del presente año que abordó los temas de conexidad delictiva en relación al Tribunal del Jurado.

Como ya apuntaba el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Septiembre de 2009 son muy numerosas las sentencias de esta Sala que han venido manteniendo el Acuerdo del Pleno indicado, que por lo expuesto

debe ser mantenido toda vez que queda fuera de toda duda que los hechos deben ser enjuiciados conjuntamente no pudiéndose romper la continencia de la causa.

Por todo lo expuesto, procede el rechazo del motivo». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. Jurado vs. Audiencia Provincial (“Caso Fago”). Irretroactividad de los acuerdos no jurisdiccionales.

Recurso: Casación nº 10118/2010 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 854/2010 de fecha 29/09/2010

«V- En este estado la situación que se planteaba a esta Sala, ante la formalización del primer motivo de casación, era la de determinar si dicho acuerdo de 20 de enero, completado el 23 de Febrero, tenía o no aplicación retroactiva, pues de una u otra solución iba a depender la suerte del motivo. Por ello se adoptó la decisión de llevar el tema a un Pleno no Jurisdiccional a fin de conocer la decisión de los Magistrados. El sentido del Acuerdo, adoptado por la mayoría muy significativa de los asistentes al Pleno no Jurisdiccional --15 a favor y 2 en contra--, el día 20 de Julio fue el siguiente:

"Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad".

El valor de éste, y en general, de todos los acuerdos adoptados en los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala, fue concretado, a su vez, en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de Julio 2006, según el cual:

"Los acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes".

Realmente no podía ser de otra manera porque caso contrario resultaría ineficaz e inútil tales acuerdos. Pues bien, en acatamiento a lo anterior, hay que resolver la denuncia casacional en el sentido adverso a lo interesado por el recurrente.

Según el Pleno no Jurisdiccional de 20 de Enero de 2010, los Acuerdos de la Sala no tienen vigencia retroactiva, sino que solo se proyecta hacia los actos procesales posteriores a la fecha del acuerdo.

En el presente caso, la resolución que acordó la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento Sumario, y la propia sentencia recurrida lo fue con anterioridad al Pleno no Jurisdiccional de 20 de Enero de 2010. Baste recordar que la sentencia es de 4 de Diciembre de 2009, y de

conformidad con lo decidido en el Pleno indicado de 20 Julio, debe estimarse correcta la decisión del Tribunal sentenciador.

Como conclusión de todo lo razonado, procede la desestimación del motivo vista la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Procede la desestimación del motivo». (F. J. 2º)

COMPETENCIA. Jurisdicción española (art. 23 LOPJ).

Recurso: Casación nº 2655/2009

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 934/2010 de fecha 21/10/2010

«5.- El derecho internacional ha configurado, como un crimen internacional, el tráfico ilegal de personas con fines de explotación o cualquier otro. Como ya dijimos en la sentencia anterior, el Derecho interno español cuenta con las medidas necesarias para la eficacia de los pactos internacionales, en lo que atañe al Derecho Penal y en lo referente a la extensión de su jurisdicción.

El BOE Nº 295 de 10/12/2003 publicó el INSTRUMENTO de veintiuno de febrero de dos mil dos por el que se ratifica el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, cuyo Protocolo firmó en Palermo el Plenipotenciario de España el día 13 de diciembre de 2000.

En el artículo primero del mismo se establece que el Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención. Y se añade que las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

6.- En lo que ahora interesa debemos destacar que en el apartado 3 del mismo artículo primero se establece que: Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Por otra parte en el art. 6 se asume por el Estado la obligación de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material: a) El tráfico ilícito de migrantes.

Y en el art. 8 como medida contra el tráfico ilícito de migrantes por mar se autoriza, en su apartado 7 a que todo Estado Parte, que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque

sin nacionalidad, pueda visitar y registrar el buque. Lo que puede considerarse reiteración de la previsión del art. 110 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, dada la equiparación efectuada en su apartado 5.

7.- Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

Entre esas medidas se encuentra la prevista en el art. 5 de la Convención. aplicable por la remisión antes citada del art. 1 del Protocolo, por la que se reitera la obligación de penalizar, mediante la correspondiente tipificación de la conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a). Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b). Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

8.- En su art. 11.2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

9.- Y, finalmente, con más precisión en el art. 15.2 se establece que, con el debido respeto a la soberanía de los demás Estados, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: ...c) El delito: ...i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado. (F. J. 1º)

COMPETENCIA. Principio de especialidad. Artículos de previo pronunciamiento (art. 666.5º LECrim). Convenio Europeo de extradición.

Recurso: Casación nº 11251/2010 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 381/2011 de fecha 10/05/2011

«Invocando el art. 852 Lecrim en relación con el art. 5,4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24,2 CE) en relación con el art. 666,5º Lecrim. El argumento es que se habría procedido indebidamente contra los que recurren, al enjuiciarlos y condenarlos por el delito de tenencia de componentes de aparatos explosivos, cuando sucede que este delito no fue incluido en la orden de detención europea ni en el auto

de la Corte de Apelación de Versalles. El argumento es que, con ello, resulta infringido el principio de especialidad, del art. 24 de la Ley 3/2003 y el art. 14 del Convenio Europeo de Extradición.

A este modo de discurrir, la sala de instancia, en el segundo de los fundamentos de derecho opone que lo que realmente debe regir en la materia es el contenido de la denuncia de 25 de septiembre de 2008, de la Fiscalía de la República Francesa ante el Tribunal de Gran Instancia de París, donde aparecía recogida la existencia de un temporizador y un detonador, entre los objetos incautados a los que ahora recurren. Denuncia completada mediante escrito del siguiente 29 del mismo mes en la que, con reiteración de lo anterior, se remite el procedimiento en su totalidad.

La sala explica, además, que siendo cierto que la orden de detención no hizo referencia concreta a los elementos citados, ni siquiera en ese momento inicial de las actuaciones hubo la menor duda de que la causa en ciernes versaba sobre la globalidad de la conducta en la que los ahora recurrentes fueron sorprendidos y su implicación en actividades terroristas, a tenor de todos los elementos de convicción aprehendidos en el momento de su captura, incluidos el temporizador y el detonador.

Por otra parte, asimismo desde esos primeros momentos —ya desde el 25 de septiembre de 2008, cuando la detención es del día anterior— fue claro, obviamente también para los interesados, que la respuesta del Estado francés a la autoridad judicial española iba a concretarse en la transmisión del proceso en su totalidad. O lo que es igual en una cesión incondicionada de la potestad jurisdiccional para el caso. Y así las cosas, lo producido fue la investidura de los tribunales españoles en la plenitud del conocimiento.

En consecuencia, no puede hablarse ni de extralimitación por parte de la jurisdicción española, ni de indefensión de los acusados, que supieron desde el principio de la causa que esta se transmitiría en su integridad, según constaba ya en la comunicación de la Fiscalía del Tribunal de Gran Instancia de París, de 25 de septiembre de 2008 (folio 13).

El principio de especialidad (art. 24 de la Ley 3/2003), como recuerda la STS 263/2010, de 19 de marzo, es garantía de respeto de la soberanía del país de la autoridad judicial de ejecución; y, por lo expuesto y dado el modo de proceder de la autoridad judicial francesa, la de este Estado no ha sufrido menoscabo alguno. Como tampoco, ya se ha dicho, el derecho de defensa de los que ahora recurren. Y, así, el motivo no puede acogerse». (F.J. 1º)

COMPETENCIA. Validez de la decisión que la atribuye al órgano ante el que se abrió juicio oral.

Recurso: Casación nº 196/2011

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 700/2011 de fecha 28/06/2011

«En la medida en que el juicio oral está abierto ante un órgano judicial éste sólo puede terminar con una resolución del proceso en sentencia o resolución de similar eficacia. Este es el criterio tradicional de la Sala que, en ocasiones, lo ha argumentado desde el principio de "tempus regit actum" y es el criterio que cuenta con precedentes jurisprudenciales y legales. Los legales, como los derivados de la reforma del Código Penal, art. 604, delito de negativa a la prestación del servicio militar, que previó que la modificación de la consecuencia jurídica al delito, que determinaba un distinto órgano de enjuiciar, y, expresamente dispuso el mantenimiento de las causas abiertas, con Auto de apertura del juicio oral, en el órgano que lo hubiera dictado, impidiendo la derivación hacia otro órgano judicial, como el Juzgado de lo Penal. De la misma manera ha actuado esta Sala respecto a supuestos de competencia objetiva respecto de los delitos de falsificación de moneda, cuando el objeto de la falsificación eran tarjetas de crédito, asimilados a la falsificación de moneda. En este supuesto, el criterio competencial ha sido el de mantener el enjuiciamiento en los tribunales o juzgados que hubieran acordado la apertura del juicio oral.

Admitiendo que la decisión que se adopta en el supuesto competencial carece de una norma específica en que apoyarla y la bondad de los criterios competenciales en favor de uno u otro órgano, el adoptado, el mantenimiento de la competencia del órgano que hubiera acordado la apertura del juicio oral, es un criterio que otorga mayor seguridad y tiene antecedentes legales y jurisprudenciales para proporcionar seguridad en la resolución de la competencia planteada». (F. J. Único)

CONSPIRACIÓN. Suficiencia del acuerdo de voluntades.

Recurso: Casación nº 10736/2010 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1075/2010 de fecha 02/12/2010

«2) Mientras que por lo que se atañe a la calificación de la conducta de Marta Esperanza como conspiración para la comisión de un delito de detención ilegal (art. 168 CP), ha de ponerse de relieve la coincidencia del relato contenido en los hechos probados de la Sentencia recurrida, cuando dice que "...la acusada Marta Esperanza se concertó con los acusados John J., Edgar M. y el también acusado Jorge Xavier Q. Q., mayor de edad y sin antecedentes penales, para proceder al secuestro de M. del Rocío A. A.", con la definición del acto preparatorio punible denominado conspiración que nos ofrece el artículo 17 del texto penal, a saber, que "La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo."

Cuestión distinta sería la relativa a la posibilidad de castigo de quien actuó como "conspirador" cuando la ejecución del delito objeto del concierto efectivamente se lleva a cabo por otros de los que intervinieron en el proceso "conspirativo".

En este punto resulta sumamente esclarecedora la STS de 24 de Marzo de 1998 al afirmar:

“Consta que el recurrente se concertó con otras personas para la ejecución, tanto del robo como de la muerte que consideraban necesaria para encubrir el mismo, resolviendo ejecutarlos y planteando que sería el propio acusado quien conduciría el vehículo al lugar del crimen, no llegando a participar materialmente por el hecho de su detención, pero existiendo ya el acuerdo firme de voluntades entre todos ellos para llevarlo a efecto”.

Por lo que se confirmó la condena por conspiración para los delitos de asesinato y robo contra quien no llegó a tomar parte en la ejecución de los mismos, posteriormente llevada a cabo.

Al igual que también hizo la STS de 5 de Mayo de aquel mismo año, respecto de quien se concertó con otros para traer a España una importante cantidad de drogas y no participó posteriormente en la ejecución de ese delito por haber sido expulsado del grupo». (F. J. 7º)

COSTAS PROCESALES. Doctrina general.

Recurso: Casación nº 10852/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 135/2011 de fecha 15/03/2011

«...la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

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

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

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

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

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS. 464/2007 de 30.5, 717/2007 de 17.9, 750/2008 de 12.11).

Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en

juicio) porque las impone la Ley (art. 123 CP.), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 CP.). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita (SSTS. 1784/2000 de 20.1, 1845/2000 de 5.12, 560/2002 de 28.3, 1571/2003 de 25.11)». (F. J. 4º)

COSTAS PROCESALES. Imposición de costas de la acusación particular. No procede: omisión por el Juzgado de la entrega del dinero consignado por los acusados.

Recurso: Casación nº 147/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 843/2010 de fecha 27/09/2010

«...alega la defensa infracción de ley por haberse vulnerado el art. 123 del C. Penal. La razón es que se le habrían impuesto indebidamente las costas de la acusación particular, puesto que los acusados consignaron en el juzgado a los dos meses de la incoación de la causa la cantidad de 10.500 euros, tal como se recoge en la propia sentencia, con el fin específico de que les fuera entregada a los perjudicados por los hechos delictivos. Esta consignación, afirman los recurrentes, excluía ya del proceso la personación de la entidad aseguradora, que no se habría personado como acusación particular si el Juzgado le hubiera hecho entrega de la cantidad en que se había subrogado. Tal omisión habría determinado, por consiguiente, que la entidad M. prosiguiera como parte procesal y que se le impusieran a los acusados unas costas que ellos hicieron todo lo posible por evitar con su acción de anticipar el abono del perjuicio.

La parte recurrente tiene razón en su impugnación. En la causa consta que consignó una cantidad muy superior a la que finalmente se le asignó a la entidad aseguradora que se subrogó en la posición de los perjudicados por haberles abonado el importe de los desperfectos. La suma consignada alcanzó los 10.500 euros y la cantidad que reclamó la entidad M. S. G., S.A., fue la de 5.347,92 euros, a la que, obviamente, que podía hacerse frente con la cantidad consignada, toda vez que el importe de la otra indemnización concedida en sentencia se cuantificó en 2.449,91 euros.

Si se pondera que los recurrentes especificaron en el momento de la consignación el destino de la suma consignada y que, además, con motivo de presentar el escrito de calificación provisional volvieron a insistir en que se entregara a la entidad aseguradora con cargo a la consignación la cantidad que reclamaba, sólo cabe concluir que la intervención en el proceso de la acusadora particular, M. S. G., S.A., se debió a la omisión del trámite procesal de la entrega del dinero a la aseguradora por parte del juzgado y no a la previa conducta delictiva de los acusados. En efecto, éstos ya habían compensado al

inicio del proceso con su consignación, que además sirvió de sustento para aplicar la atenuante muy cualificada de reparación del daño, los perjuicios irrogados a las víctimas e, indirectamente, a la entidad aseguradora que abonó los desperfectos.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de impugnación». (F. J. 2º)

COSTAS PROCESALES. No pueden ser impuestas al responsable civil subsidiario.

Recurso: Casación nº 10782/2010 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1074/2010 de fecha 21/12/2010

«El Abogado del Estado interpone un primer motivo por infracción de ley por estimar que se le han impuesto indebidamente las costas de la acusación particular en defecto de los acusados.

1.- Señala que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas sólo pueden ser impuestas a los acusados o bien al querellante particular o al actor civil, nunca al responsable civil subsidiario.

2.- Este motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal, ya que del tenor literal del artículo 123 del Código Penal las costas en principio deben ser impuestas al criminalmente responsable de un delito. En su caso, pueden ser imputadas al querellante o al actor civil. Como responsable civil solo se puede responder de los daños y perjuicios directos ocasionados por los hechos delictivos y de forma subsidiaria cuando concurren todos los elementos necesarios para declarar esta responsabilidad civil subsidiaria como se verá en los motivos siguientes, y nunca al pago de las costas. El responsable civil subsidiario no ha acudido al proceso de forma voluntaria, sino de manera forzosa al solicitar alguna de las partes la declaración exclusiva de su responsabilidad civil». (F. J. 6º)

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Delito de abuso en el ejercicio de sus funciones (solicitud sexual por parte de funcionario de prisiones).

Recurso: Casación nº 305/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1002/2010 de fecha 10/11/2010

«1.- El acusado, funcionario de prisiones, fue denunciado por varias internas que le acusaban de haberles formulado solicitudes de carácter sexual. Es condenado por un solo hecho y absuelto por otros, lo que da lugar al recurso de una acusación particular que se considera afectada por la

absolución. Discrepa de la argumentación de la Sala en el fundamento de derecho segundo, en él expresa su conclusión sobre las dudas que alberga respecto a si el acusado le ha formulado una petición "inequívoca" de contenido sexual.

2.- El hecho probado que refleja la convicción de la Sala sentenciadora debe servirnos de guía para abordar la cuestión. Después de describir la situación de la recurrente en el Centro Penitenciario, afirma que: "Begoña acudió al despacho y en la conversación mantenida con Mariano éste se dirigió a la interna con expresiones como que "cada vez que me miras a los ojos me fundo en tu mirada", "desde que te has arreglado la boca tienes hecha la boca para besar", "te doy un 70% como mujer y no por tu inteligencia" y "que si quería y no se tenía por tonta podía tener privilegios y salir antes como habían hecho con otras mujeres. Entrando en su juego". La recurrente le pregunto si le estaba pidiendo que hiciese de chivata contestándole el acusado "que ella sabía por donde iba". Begoña sintió que se le estaba insinuando.

(...)

4.- La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2º del Código Penal castiga al funcionario de Instituciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda. Los elementos del tipo penal, que es un delito especial propio, que sólo pueden cometer los funcionarios de prisiones respecto de las personas sometidas a su guarda, está plenamente acreditados, por lo que no procede ninguna discusión o debate sobre este punto.

(...)

6.- El contenido de la solicitud, que ya hemos destacado, es de naturaleza inequívocamente sexual y como es evidente al acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad.

7.- Las referencias explícitas al impacto que le producían sus ojos y que tenía una boca para besar, van seguidas de un inequívoco propósito de solicitar sus favores sexuales, conminándola con amenazas que, si siempre son intolerables mucho más para un funcionario de prisiones respecto de las personas de las que tiene encomendada su custodia. El reproche penal y social deben ser incuestionables, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables

conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y su marido». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Falta del elemento normativo.

Recurso: Casación nº 2182/2010

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 261/2011 de fecha 14/04/2011

«...ocurre que de los hechos probados no forma parte la precisa descripción del área afectada y tampoco el dato del incumplimiento del plan de recuperación. Así, sólo figura la existencia misma de la cantera y que esta, en el lugar de su emplazamiento, produjo la desaparición de los hábitats forestales, una alteración de la dinámica hidrológica superficial y la inducción de fenómenos de erosión, lo que, en realidad, no añade nada a la simple afirmación de la existencia de la misma como tal, puesto que los reseñados son los efectos inmediatos propios de cualquier explotación de esa índole, incluidas las autorizadas.

Así las cosas, lo que resulta de los hechos probados tiene una coherente traducción normativa en las consideraciones de la Audiencia, en el tercero de los fundamentos de derecho. Allí se explica —habría que decir que no son ajenas a ello las deficiencias del marco legal en época del arranque de los hechos— por qué no cabe apreciar la concurrencia de una específica vulneración de normas medioambientales en sentido estricto y precisamente en el del art. 325 Cpenal. Virtualmente inexistentes en el momento de la instalación de la cantera, pues el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961, miraba a tutelar la salud de las poblaciones, pero en ausencia de una consideración global de los recursos naturales. Y la Ley del Suelo (T. R. aprobado por R. Decreto 1346/1976, de 9 de abril) declara como propio objeto de regulación “la ordenación urbanística”. Lo que hace que deba entenderse correcta la conclusión de la sala de instancia en el sentido de que la calificación de los terrenos en aquel momento desatendida lo era a efectos más bien urbanísticos que ecológicos, según lo demostraría la calificación del terreno ocupado por la cantera como rústico de uso extractivo, en un entorno rústico forestal protegido. Algo que tiene confirmación en las distintas actuaciones administrativas de las que existe constancia en los hechos, y se han relacionado antes.

Por eso, la conclusión que se impone es que, de una parte, habría faltado en todo caso el elemento normativo del tipo penal cuya aplicación se reclama por el recurrente. Y, de otra, que incluso en el supuesto de adoptar la misma perspectiva en que este se sitúa, e incluso, de dar por cierta la concurrencia del mismo, la deficiente información de los efectos de la actividad contemplada, que se recoge en los hechos probados impediría formar criterio sobre su alcance real. Buena prueba de ello es que el propio recurrente admite la necesidad de acudir con ese fin a los fundamentos de derecho. Una vez, en fin, que, además, el tribunal sentenciador hace ver en la

sentencia (folio 18) los otros efectos de la cantera (emisiones, ruido y vibraciones), a tenor de lo que consta en la causa, tampoco habrían rebasado los límites reglamentarios». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Infidelidad en la custodia de documentos.

**Recurso: Casación nº 2253/2010
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater
Sentencia: nº 125/2011 de fecha 28/02/2011**

«En el supuesto de la sustracción del documento, que en el presente caso es el paso previo a la destrucción que los documentos habrían sufrido junto con el resto del contenido del contenedor de la basura, es necesaria una consideración especial. En efecto, aquí deben ser aplicadas las mismas reglas elaboradas por la doctrina para el delito de hurto, que también consiste en una sustracción (de una cosa mueble). La única diferencia que existe entre la sustracción del art. 413 y la del art. 234 CP no se refiere a la acción, sino al autor de la acción, que en el caso del primero de los delitos debe ser un funcionario que tenga a su cargo la custodia de los documentos. Por lo tanto, la sustracción de los documentos se consuma cuando la cosa es sacada del ámbito de custodia de su titular y se constituye sobre ella un nuevo ámbito de custodia del autor. Consecuentemente, en el presente caso el delito está consumado, dado que el acusado sacó los documentos del ámbito de custodia en el que se encontraban, el Juzgado, y constituyó sobre ellos, en forma contraria al deber que le incumbía, su propio ámbito de custodia, lo que le permitió decidir sobre el destino a darles.

En tanto el texto legal se refiere expresamente a la "sustracción", esta solución diferenciada de la aplicación de las reglas de la tentativa respecto de las diversas acciones del tipo del art. 413 CP, no puede ofrecer ninguna duda, dado que la propia ley admite que quien tiene un deber especial de custodia puede cometer el delito de infidelidad en la custodia de documentos». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. Interpretación del artículo 173 CP.

**Recurso: Casación nº 10755/2010 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 20/2011 de fecha 27/01/2011**

«1. La jurisprudencia, aún habiendo reconocido las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 del Código Penal (STS nº 2101/2001), ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor infrinja a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o

moral". (STS nº 1061/2009, de 26 de octubre). Como elementos de este delito se han señalado (STS nº 233/2009, de 3 de marzo): "a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito".

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad. En este sentido el TC ha señalado en la STC nº 120/1990, de 27 de junio, que el artículo 15 de la Constitución garantiza "el derecho a la integridad física y moral. Mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular".

La jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir. Alguna sentencia, como la 2101/2001, antes citada y mencionada por la recurrente en el motivo, descarta la aplicación del artículo 173 al entender que se trataba de hechos que suponían solamente una mayor gravedad de otros hechos constitutivos de otros delitos, a los que se debería aplicar la correspondiente agravación, con las debidas repercusiones en la individualización de la pena. Es decir, que un atentado contra la integridad moral cometido durante la ejecución de otro delito, no debería pensarse separadamente sino considerarse como agravación del delito principal.

Pero, tal como recuerda la STS nº 137/2008, de 18 de febrero, "En la sentencia núm. 38/2007 ya dijimos: "..La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos"». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. No concurren los elementos necesarios.

Recurso: Casación nº 2314/2010

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 159/2011 de fecha 28/02/2011

«Subsidiariamente, defiende la recurrente la aplicación del tipo menos grave de atentado a la integridad moral, previsto en el art. 175 CP.

Ciertamente, se trata de un delito en el que la ofensa se produce por el prevalimiento del cargo de funcionario, y la defraudación de la confianza y expectativas depositadas por la sociedad. Pero, claro está, siempre que se den los elementos integrantes de tal infracción penal.

Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal.

De modo que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), que reprobó como degradante las llamadas cinco técnicas utilizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad en el Ulster con los detenidos del IRA a los que simultáneamente se les mantenía encapuchados, situados frente a una pared, sometidos a ruidos monótonos y continuos, sin consentirles dormir y finalmente restringiéndoles severamente la dieta alimenticia.- Sentencias de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), de 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), de 7 de julio de 1989 (caso Soering), de 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros) y de 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc-, el Tribunal Constitucional ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución (torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente". De análogo modo se expresan, también, las SSTC 137/90 y 57/94.

De acuerdo con lo expuesto, la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque

Ciertamente, la descripción típica esta formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva, con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad"... menoscabando gravemente su integridad moral...", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos ello nos reenvía a la práctica

jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna (Cfr STS-2-2005, nº 213/2005),

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes (Cfr STS 294/2003 de 16 de abril):

a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.

b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.

c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona - víctima.

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

Como se recoge en la STS 824/2003 de 5 de julio, se trata de un tipo residual que recoge en la STS 824/2003 de 5 de julio, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620.2º - vejación injusta-.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad esta la cuestión de si se exige una continuidad en la acción, es decir, si bastará una sola y aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, esto es una actitud.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha puesto el acento- de acuerdo con el tipo, en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En este sentido, la STS 489/2003 de 2 abril, y las en ella citadas, se refieren a que "... Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones.

La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada.. si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico..."

En el supuesto que nos ocupa no puede apreciarse, conforme al factum de la sentencia de instancia, que se diera un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, ni que el comportamiento fuera degradante o humillante, con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-victima. Como señaló la sentencia de instancia (F.J. segundo, in fine) "solo hubo una actuación policial de reducción que se produjo de forma inmediata, rápida y espontánea". Y el padecimiento físico que pudo soportar el detenido, sólo fue debido a "una extralimitación en el uso de la reducción e inmovilización del mismo que- no se olvide- se hallaba preso de una gran agresividad y alteración"». (F. J. 6º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Adaptación de las penas a la LO 5/2010. Inaplicación del nuevo subtipo atenuado.

Recurso: Casación nº 10944/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 280/2011 de fecha 12/04/2011

«Se queja, dentro de este motivo, de la falta de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena impuesta. Consciente de la correspondencia de la conducta declarada probada con la redacción típica del art. 368 del Código penal y la correspondencia de la pena impuesta con los márgenes de penalidad previstos para el tipo penal, concluye su queja afirmando que la reforma del Código penal, operada por la LO 5/2010, al prever una penalidad más reducida al tipo penal y prever un tipo atenuado en el párrafo segundo del art. 368, entiende que concurre en la causa elementos para posibilitar este tipo atenuado para asegurar la observancia del principio de proporcionalidad.

Son dos extremos sobre los que hemos de pronunciarnos. En primer lugar sobre la adaptación de las penas a las modificaciones operadas por la LO 5/2010 para este tipo penal, lo que, como antes se sugirió realizaremos para todos los recurrente porque la sentencia no es firme y puede ser adaptada a la nueva previsión penológica del Código penal.

En segundo término, la posibilidad de aplicar a este recurrente el tipo atenuado del art. 368 del Código penal. Este tipo penal, como el recurrente señala, ha sido incorporado a la tipicidad del delito, como consecuencia jurídica, a instancia de esta sala que quiso asegurar la proporcionalidad del delito y su pena, atendiendo a las distintas posibilidades de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, la especial gravedad, la notoria importancia, el tipo básico, y un tipo atenuado para permitir que las conductas de tráfico de drogas, cuando por las circunstancias personal o por la escasa gravedad del hecho, revelen un menor merecimiento de pena, posibilitando esas concretas situaciones una reducción de la pena. En desarrollo de esa previsión penológica, y pese a su escaso recorrido temporal desde su promulgación, esta Sala ha atendido a situaciones que pueden ser objeto de la novedosa previsión legislativa en atención, sobre todo, a situaciones de delincuencia funcional, esto es, a supuestos en los que el autor de un hecho delictivo comercia con sustancias tóxicas para subvenir a sus propias

necesidades de consumo. También es de aplicación a supuestos en los que los hechos, y la prueba, refleja una menor culpabilidad en la acción, a manera de criterio específico de individualización de la pena, para superar la gravosa previsión de penalidad a supuestos de escasa entidad y aquellos en que atendiendo a las circunstancias personales del autor se refleje una menor culpabilidad.

No es este el supuesto del recurrente en el que realiza una conducta, ni episódica, ni de escasa entidad en la comercialización de las sustancias tóxicas, y del hecho probado no resulta ninguna característica que refleje una menor culpabilidad en la realización de la conducta». (F. J. 23º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del nuevo subtipo del art. 368, inciso 2º CP.

**Recurso: Casación nº 2275/2010
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 242/2011 de fecha 06/04/2011**

«Así, se modifica el artículo 368, que queda redactado como sigue: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.»

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así en la regla 6ª del artículo 66.1 se dispone que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho; en el delito de lesiones, el apartado segundo del artículo 147 contiene también un subtipo atenuado en el que se dispone que no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido; el apartado cuarto del artículo 153, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena

inferior en grado; el apartado sexto del artículo 171 que regula las amenazas en relación a la violencia de género dispone que no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, se dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores; el artículo 318, apartado sexto (ahora quinto por Ley Orgánica 5/2010) dispone que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada; el artículo 565, en el delito de tenencia ilícita de armas, establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los mencionados subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (Cfr. Sentencia 233/2003, de 21 de febrero); las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo. 20 CP (Cfr. Sentencia 233/2003 de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos.(Cfr. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como

consecuencia de esta regla 6ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (Cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio; cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a la personales del acusado. En el caso presente, se trata de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de esa escasa cantidad de sustancia (0,20 gramos y 0,24 gramos con pureza respectiva de 28,25% y 27,23%) y con una invocada –aunque no probada- adicción a sustancias estupefacientes, y a supuestos como el presente pretende dar soporte el tipo atenuado que examinados, atendiendo a una menos intensa gravedad en la culpabilidad que encaje en esa escasa entidad del hecho y en sus circunstancias personales a las que se refiere el párrafo 2 del art. 368, lo que determinará una reducción de la penalidad». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Aplicación del nuevo tipo privilegiado introducido por LO 5/2010. Doctrina jurisprudencial analógica.

Recurso: Casación nº 2556/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 448/2011 de fecha 19/05/2011

«No debe acabar aquí nuestro control casacional, ya que, en vigor la reforma de la L.O. 5/2010 del Cpenal, que ha introducido un tipo privilegiado en materia de tráfico de drogas, --el art. 368-2º-- procede, también en este caso, y de oficio aplicar retroactivamente la legislación en vigor dado su carácter más beneficioso para el recurrente como viene haciendo esta Sala en casos semejantes al enjuiciado, precisamente, a la vista de que concurren las circunstancias que justifican esta aplicación discrecional del tipo.

Establece el art. 368-2º Cpenal que:

"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causan grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos".

En general y con la STS 374/2011, la aplicación jurisprudencial que viene efectuándose de este tipo privilegiado, desde la doble perspectiva contemplada en el tipo: escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable, se ha traducido en supuestos que se refieran a "venta al menudeo", es decir, el último eslabón de la red clandestina de venta, efectuado normalmente por drogodelinquentes, es decir, por persona que financia su toxicomanía con la venta de papelinas, requisito este último que no puede estimarse de concurrencia inexcusable.

En tal sentido se pueden citar las siguientes resoluciones de esta Sala que han aplicado este tipo privilegiado.

STS 32/2011, primera que aplicó el tipo privilegiado. De la misma, retenemos el siguiente párrafo contenido en el penúltimo párrafo del f.jdco. tercero en el caso de "...ofrecimiento en venta por el condenado a funcionarios policiales de paisano de sustancias estupefacientes, en concreto, se le ocupó en posesión de 0'650 gramos de cocaína con una concentración del 14'4 % y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina, diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente tenía destinadas a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56'94 euros....".

Se dice en la sentencia que se está en presencia de un vendedor de papelinas que constituye el último eslabón de la venta al menudeo siendo adicto al consumo de drogas, considerándose que esta situación encaja en el tipo privilegiado, teniendo en cuenta la escasa gravedad del hecho y la menor culpabilidad del sujeto.

STS 51/2011, de 11 de Febrero, en el caso de la ocupación de cinco papelinas de heroína con un peso total de 1'8 gramos con valor económico no establecido y por persona emigrante que se dedicaba a la venta al menudeo, y por lo tanto situado en el último eslabón de la cadena existiendo duda sobre su condición de consumidor.

STS 168/2011, de 22 de Marzo, en este caso se trataba según el factum de una mujer, Marina, conocida por Paola que trabajaba en un club de alterne y que facilitaba a los clientes que acudían al mismo, y le demandaban, cocaína. Según el relato en el registro de su taquilla se le encontraron 28 papelinas con un peso total de 11'346 gramos de cocaína con una concentración del 24'8% y un valor en el mercado de 899'93 euros y 10 euros. Dicha sustancia la tenía para su entrega a los clientes.

Ya en la fundamentación, al resolver el motivo séptimo del recurso de la insinuada Marina se razona que la petición de la recurrente de que se le aplicase el tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal "...es razonable y lo apoya el Fiscal. En la hipótesis concernida, aunque nos enfrentemos, a a un acto aislado de tráfico, sino a múltiples actos, no impide considerar el hecho de escasa gravedad por tratarse de venta al menudeo, llevado a cabo por persona adicta y en el marco de una relación de prostitución, cuyas condiciones de trabajo vienen impuestas por la disciplina de los encargados del local....".

En consecuencia se estimó este motivo y se le impuso la pena de un año de prisión y seis meses y multa de 600 euros, frente a la condena de tres años de prisión que se le impuso en la instancia.

STS 241/2011, de 11 de Abril, en el caso de vendedor de una sola papelina de cocaína sin ocupársele más substancias, siendo el sujeto extranjero, en situación irregular en España.

STS 242/2011, de 6 de Abril, en el caso de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último eslabón de venta al menudeo con una invocada --pero no probada-- adicción a sustancias estupefacientes.

STS 298/2001, de 19 de Abril, en el caso de venta de una papelina de cocaína de 0'51 gramos y concentración del 49'93%, por importe de 30 euros.

STS 337/2011, de 18 de Abril, en el caso de la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0'090 gramos y una concentración del 85'5 %, con un valor en el mercado de 13'07 gramos. (F. J. 3º)

Pues bien, en el presente caso se está en presencia de una única venta de una papelina de cocaína de 0'421 gramos con una concentración del 17'50 % lo que da un neto de cocaína de 73 miligramos, cantidad que si bien está por encima del umbral a partir del cual no cabe la aplicación del principio de insignificancia --véanse Plenos no Jurisdiccionales de esta Sala de 24 de Enero de 2003 y 5 de Febrero de 2005--, es claro que se está ante una venta "al menudeo", de escasa gravedad, por lo que es claro que concurre la menor antijuridicidad de la acción pues no de otra forma debe calificarse la referencia a la "escasa entidad del hecho" a que se refiere el párrafo 2º del art. 368 Cpenal.

Por lo que se refiere a "las circunstancias personales del culpable", que es el segundo criterio al que se refiere el tipo privilegiado, es claro que por tal debe entenderse una menor culpabilidad de la acción delictiva, pudiéndose considerar como supuestos que acreditarían tal menor culpabilidad los supuestos de marginalidad, los de traficantes al menudeo que financian su propia adicción con la venta de pequeñas cantidades y, en general cualquier dato que no pueda dar lugar a la aplicación de circunstancias de atenuación ex art. 21 Cpenal.

En el presente caso, en relación a las circunstancias personales solo aparece en la sentencia la condición de extranjero pero sin que conste ningún dato más. En tal situación, estimamos que es suficiente con la menor antijuridicidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que no es precisa que concurren de forma conjunta la menor antijuridicidad y la menor culpabilidad, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro.

Al respecto hay que recordar que el tipo privilegiado tiene una vocación de aplicación más generalizada y no excepcional, excepcionalidad que, por cierto, aparecía en el texto del Proyecto de Ley y que ha desaparecido en el texto legal, aún dentro de su aplicación discrecional y por tanto motivada.

Procede, de oficio, la aplicación de este tipo privilegiado y en consecuencia aplicar la pena que el mismo establece lo que se fijarán en la segunda sentencia». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 368.2 CP: concepto de “escasa entidad”

Recurso: Casación nº 11271/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 345/2011 de fecha 28/04/2011

«...es cierto que el nuevo precepto –nada ajeno en su inspiración al criterio proclamado por esta misma Sala en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el día 25 de octubre de 2005- otorga al órgano decisorio una facultad discrecional que le autoriza a degradar la pena. Sin embargo, como decíamos en la STS 33/2011, 26 de enero, esa facultad tiene carácter reglado, en la medida en que su corrección se asocia a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo (“...la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable”) y, por tanto, es susceptible de impugnación casacional. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurren en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. De lo que se trata, en fin, es que la motivación del proceso de individualización de la pena se ajuste a los parámetros constitucionales que esta Sala viene exigiendo para colmar el derecho constitucional a una resolución motivada de forma razonable (art. 24.1 de la CE). (F. J. 2º)

3.- No es fácil, sin embargo, delimitar conforme a reglas de vocación generalizada el contenido material de lo que por escasa entidad del hecho deba entenderse. En la búsqueda de criterios orientadores, conviene recordar que la entidad del hecho es empleada en otros preceptos como criterio de atenuación. Así, por ejemplo, el art. 242.2 del CP, al regular el delito de robo con violencia, autoriza la degradación de la pena impuesta en atención “...a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las

restantes circunstancias del hecho". En el delito de incendio previsto en el art. 351 del CP, la "menor entidad del peligro causado" también actúa como criterio de atenuación y los delitos contra la seguridad del tráfico conocen esa rebaja de la pena en un grado atendiendo "...a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho" (art. 385 ter). En otras ocasiones, la entidad del perjuicio es presupuesto para la definición de un tipo agravado. Así acontece, por ejemplo, con el delito de estafa (cfr. art. 250.4 CP).

Nótese que el art. 368 del CP, no se refiere a la menor entidad, sino a la escasa entidad de los hechos ejecutados. Y mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo escaso, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de excepcionalidad. Su origen etimológico -de la voz latina "excarpsus"- evidencia su propia limitación, su escasa relevancia, en fin, su singularidad cuantitativa y cualitativa». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.2º: pertenencia a una organización. Tripulación de un barco.

Recurso: Casación nº 10072/2010 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 773/2010 de fecha 15/09/2010

«5. En nuestro caso, el "factum", simplemente habla de una tripulación y un capitán de nacionalidad griega, y de un ciudadano italiano que utilizó nombre falso para comprar la embarcación en la que se cargó la droga. Igualmente, que se manifestó oficialmente haber salido el buque de Róterdam con destino a Split (Croacia), y que navegó bajo bandera finlandesa, aunque se sospechó en un determinado momento que podría ser su bandera croata, lo que también se descartó.

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico tercero (fº 27), añade otras consideraciones que, si bien pueden ser muy apropiadas respecto del coprocesado Luca M., en cuanto que "siendo de profesión panadero, es ilógico deducir que la compra del barco y la falsificación de la carta de identidad para los trámites de la transmisión del mismo, constituyendo una sociedad denominada Rosso L., sea una actividad sustentada con medios propios, por lo que se infiere la posible conexión con una organización delictiva de carácter permanente, dada la elevada inversión y el futuro proyecto de trabajo ofrecido a Martino R. de contable", resultan insuficientes con respecto a los simples miembros de la tripulación, ahora recurrentes, cuya participación en una trama organizada se dice que "viene determinada por el hecho de que ellos se conocían entre sí, tal como manifestaron en las actuaciones, siendo personas que trabajan en la actividad marítima... desde hace tiempo y son conocedores de la actividad desarrollada, sin haber percibido sus salarios muchos de ellos, que se desplazan, hasta Róterdam desde Grecia, y reembarcan en un carguero, al

que le cambian el destino hasta las proximidades de Madeira, en donde hacen escala para aprovisionarse de agua potable, y sin que ninguno de ellos manifestar nada a las autoridades portuarias portuguesas...".

Eran marineros, se conocían entre sí, algunos no cobraron por anticipado, siéndole cambiado, en ruta, el destino al barco en que trabajaban. Como se ve, su profesión, nacionalidad común y conocimiento entre sí, no parece que sean elementos suficientes para deducir su integración en "la organización", de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente exigidos. Tampoco puede ser atribuible a los meros tripulantes el cambio de rumbo en la travesía, que si es imputable a alguien ha de serlo respecto del armador que iba a bordo, y respecto del capitán de la embarcación, ninguno de cuyos miembros de su tripulación consta que le hubiera tenido que sustituir en momento alguno en tal función.

En consecuencia, las alegaciones han de ser parcialmente aceptadas. No obstante, es de aplicación al caso la teoría de la pena justificada, dado que el error de calificación no guarda relación de causalidad con el fallo y, por lo tanto, no puede entenderse que se ha infringido una ley penal (Cfr. STS de 31-7-2009, nº 881/2009). En efecto, la estimación de este motivo no puede traducirse en una disminución de la penas que se impusieron, pues, por efecto del art. 369.1.6ª, aún cuando se elimine la circunstancia específica de agravación 2ª del mismo precepto, la pena impuesta de 10 años de prisión, se encuentra dentro de la mitad inferior de la pena completa que abarca, desde los 9 años y un día, a los 13 años y 6 meses, no mereciendo tampoco modificación la multa igualmente impuesta». (F. J. 5º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Art. 369.1.4º CP: establecimiento abierto al público.

Recurso: Casación nº 1397/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 184/2011 de fecha 17/03/2011

«3.- No obstante, aún prescindiendo de tal advertencia sobre el alcance del hecho probado, ha de recordarse, como atinadamente hace la recurrente, la doctrina que hemos venido estableciendo en relación con la descripción típica de la infracción agravada del artículo 369.1.4 del Código Penal que el motivo cuestiona.

Sirve como recapitulación la recordada en la Sentencia de esta Sala nº 589/10 de 24 de Junio, resolviendo el Recurso: nº 62/2010 en la que dijimos: en relación con este subtipo agravado hay un cuerpo de doctrina que sintetizan las SSTS. 329/2003 de 10.3 y 987/2004 de 13.9 , en los siguientes términos:

a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la ratio legis de la

agravación (S.T.S. 15/12/99); b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad, estribando la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona". "Es la facilidad de ocultar (o dificultad de descubrir) -insiste en este punto la S.T.S. nº 1.234 de 13 de junio de 2001 - el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local..... dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios del Pub o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anonimato que supone para dichos compradores (y quizás vendedores al por mayor) de traficar con la mercancía de esa forma subrepticia".

Es por ello que recuerda, la STS. 1090/2003 de 21.7, en algunas sentencias se ha señalado que el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma. Así, en la sentencia 211/2000 de 17.7 , se dice que "no deberá apreciarse la agravante específica cuando sólo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento del peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar". Y en la STS. 111/2004 de 29.1 que "por el hecho puntual y esporádico de que el dueño del Bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito".

En la Sentencia de 10 de junio de 2009 reiteramos: la aplicación del mismo exige y supone que se ponga la infraestructura del local al servicio, de forma relevante, del ilícito tráfico, o dicho de otra manera, que el local actúe como plataforma para el tráfico, por ello, la aplicación del subtipo supone la acreditación de una pluralidad de ventas, excluyéndose cuando solo existe alguna venta episódica que tiene como escenario, pero no plataforma, el bar o establecimiento público. SSTS de 5 de Abril de 2001, 502/2003, 1328/2002 ó 928/2007, entre otras». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Cadena de custodia.

Recurso: Casación nº 10415/2011 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 776/2011 de fecha 20/07/2011

«1) El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS. 6/2010 de 27.1 “es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la “mismidad” de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye.

Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la corrección jurídica de la cadena de custodia.

Lo hallado debe ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito y con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. El art. 318 LECrim. previene que “los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”. Para el caso de decomiso de drogas y estupefacientes, el art. 3 Ley 17/67, de 8/4, ordena que “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes” y en sentido la consulta 2/86 de la Fiscalía General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo – vigencia de la norma recordada por STS. 6.7.90-. en cuanto a la relevancia de los protocolos científicos (art. 788 LECrim.) en el momento de la recogida y custodia de la pieza de convicción que haya de analizarse, en la orden de 8.11.96, se señalan las normas de preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

Ahora bien existe la presunción de lo recabado por el juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación.

Por ello en STS. 4.6.20010 hemos dicho que la irregularidad de la “cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de

defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

Respecto de la incomparecencia en el plenario de los agentes que custodiaron la droga en dependencias policiales depositada en una caja fuerte cerrada con llave, hemos señalado en STS. 629/2011 de 23.6 que apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Comiso del dinero. No procede.

Recurso: Casación nº 10467/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 385/2011 de fecha 05/05/2011

«Como ya expresamos en nuestra STS 831/2007, 5 de octubre, 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.

En el presente caso, como apunta el Fiscal, no existe prueba suficiente –de ahí que el motivo habría obtenido un tratamiento más adecuado en el marco de la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia- para afirmar la procedencia ilícita del metálico aprehendido en el momento de la detención. La sentencia no menciona su intervención en operaciones anteriores, el recurrente tiene un negocio que justifica de forma sobrada la tenencia de cantidades de dinero como la ocupada; y la operación no alcanzó su objetivo final, de ahí que es más que probable que no hubiese recibido todavía la gratificación o beneficio económico derivado de su intervención». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Compatibilidad entre el art. 368.2 CP y el 369 CP.

Recurso: Casación nº 11181/2010 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 344/2011 de fecha 28/04/2011

«Una interpretación sistemática, ligada también a los antecedentes de la reforma y a su tramitación parlamentaria, autoriza la idea de que el párrafo segundo del art. 368 del CP no sería excluible, con carácter general, en todos y cada uno de los supuestos agravados a que se refiere el art. 369 del CP. Conviene reparar en que el nuevo apartado establece su propia regla de exclusión. Y de acuerdo con ésta, sólo la pertenencia a una organización delictiva –art. 369 bis-, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o los supuestos de extrema gravedad –art. 370- determinarían la exclusión del precepto. Sin embargo, la ausencia de obstáculos aplicativos a los supuestos agravados no mencionados en la regla excluyente, no debe hacer perder de vista la idea de excepcionalidad que ha de presidir la determinación del alcance del art. 368 párrafo segundo. Y es que la escasa entidad a que se refiere el art. 368 párrafo 2º, parece frontalmente incompatible, por ejemplo, con la notoria importancia sancionada como tipo agravado en el art. 369.5 del CP. Carecería de sentido construir un tipo agravado a partir de la notoria afectación del bien jurídico para autorizar, al mismo tiempo, la degradación de la pena en atención a la escasa entidad del hecho». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de buque. Extrema gravedad.

Recurso: Casación nº 10035/2010 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 801/2010 de fecha 23/09/2010

«Y en cuanto la utilización de embarcación, en el caso no consta más que su eslora de 15 metros, es decir, su longitud de proa a popa, pero ningún otro dato o característica, como si tiene cubierta, casco rígido, su estado, camarotes, plantas, peso, potencia, capacidad de carga, dotación de cocina, su estado y capacidad para navegar.

(...)

Sentencias de esta Sala, como las núm. 577/2008, de 1 de diciembre, y de 4-6-2010, nº 501/2010, reflejando los requisitos que aquélla establece, acordes con lo convenido en el Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, agrupan como notas propia del "buque" a los efectos jurídico-penales que examinamos, que:

a) Es una embarcación que tiene cubierta (definida ésta por la Real Academia española como "cada uno de los pisos de un navío situados a diferente altura y especialmente el superior"); cuenta con medios de

propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.

b) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.

c) Es una embarcación que se usa como medio específico de "transporte" de la sustancia estupefaciente.

d) Es una embarcación apta para culminar con mayor facilidad el transporte de la mercancía ilícita, mediante la realización de una travesía de cierta entidad.

En nuestro caso, elementales conocimientos teóricos y prácticos náuticos, a los que no se puede ser ajeno, revelan que un velero de la eslora descrita en el factum, salvo que se trate de un barco especialmente destinado a regatas costeras de élite, con singladuras que sólo duran horas, donde se sacrifica toda comodidad en aras de la velocidad (America's Cup, por ejemplo), dispone de camarotes, cocina y WC; y, siempre, de pañoles, tambuchos o de espacios para alojar velas, cabullería, y demás piezas de la jarcia fija o de labor, de recambio o respeto, así como de depósitos de agua y de combustible y alojamientos de las anclas y del motor o motores principales o auxiliares, y del reglamentario equipamiento de salvamento.

Y recordemos que, en relación con el primer motivo de Nico S., ya dijimos que la embarcación que nos ocupa no es un simple velero deportivo, sino de un motovelero, de sólido casco de acero, dotado, como elemento propulsor, no sólo de velamen, sino también de un motor, con una potencia de 81 Kw, según su registro oficial (fº 5351), cuyo funcionamiento se constata cuando informa la tripulación de presa, que esta a punto de llegar tal embarcación por sus medios, a motor, y a escasa velocidad por el estado de la mar, a la Base Naval de Marín.

Así pues, evocando el acuerdo de pleno de este tribunal, de 25 de noviembre de 2008, hay que afirmar que el medio empleado fue un velero con propulsión también a motor, con la capacidad de carga precisa para desplazar una mercancía de las características dichas y hacerlo a través del Atlántico con eficacia». (F. J. 10º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Concepto de organización criminal.

Recurso: Casación nº 10976/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 293/2011 de fecha 14/04/2011

«1. La jurisprudencia, luego de advertir que no puede confundirse la organización a que se refiere el artículo 369 del Código Penal con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presentes rasgos comunes, (STS nº 759/2003 y STS nº 65/2006), ha señalado

de forma sintética los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido (STS nº 222/2006, entre otras), aunque cabe la organización de carácter transitorio, como señalaba la literalidad del precepto vigente con anterioridad a la LO 5/2010, siempre que se aprecien los elementos propios de la organización delictiva. Igualmente, ha precisado que la agravación no debe ser aplicada a todos los casos en los que concurren varias personas para la ejecución de un plan de cierta complejidad, insistiendo en que lo decisivo es, precisamente, la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal".

Igualmente se ha señalado que lo que se trata de perseguir, en realidad, sancionando con una pena de mayor intensidad, es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena.

También se ha considerado que cuando la operación ilícita de tráfico de drogas se refiere a una cantidad de importancia o reviste una cierta complejidad, los hechos no podrían ejecutarse sin una mínima estructura, pues es evidente la necesidad de unos contactos para la compraventa y la posibilidad de posterior difusión que no están al alcance de cualquier persona individualmente considerada, así como la disposición de medios para ocultar la droga. No puede afirmarse con carácter general que, en estos casos, o en aquellos en los que la cantidad de droga sea de notoria importancia, deba apreciarse necesariamente la pertenencia a una organización, lo que revela que es precisa la concurrencia de otros requisitos referidos más directa y concretamente a la empresa criminal como conjunto organizado.

Además, en la actualidad, una vez en vigor la reforma operada en el Código Penal por la citada Ley orgánica 5/2010, el artículo 570 bis, dentro del Capítulo VI, De las organizaciones y grupos criminales, dentro del Título XXII, Delitos contra el orden público, considera organización criminal la agrupación de más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas y funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas». (F. J. 7º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Desembarco de hachís. Complicidad: se rechaza.

Recurso: Casación nº 2348/2010
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 419/2011 de fecha 10/05/2011

«En el primero de los motivos, de manera subsidiaria, para el caso de que no se estimen los motivos que pretenden la absolución del recurrente, se denuncia vulneración del artículo 29 del Código Penal por no limitar la responsabilidad penal del recurrente al título de mera complicidad.

Conviene al respecto recordar lo que hemos dicho en nuestra Sentencia 66/2011 de 14 de febrero: "Como dijimos en nuestra Sentencia de 5 de Julio del 2010 resolviendo el recurso: 2677/2009 el tipo penal no tipifica como acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de tóxicos, solamente los actos de producción y cultivo, sino cualquiera de tráfico o cualquier otro modo de lograr el favorecimiento de aquel consumo.La dificultad surge porque modalidades de intervención , cuya exclusión no impediría el delito contra la salud pública, tal como es tipificado en el artículo 368 del Código Penal, son subsumibles en el comportamiento que este tipifica como autónoma. Incluso cabe sostener tal subsunción para intervenciones consistentes en actos de otros fácilmente asequibles para el autor material.Respecto al momento en que esa contribución se presta, lo relevante es más aquél en que esa contribución es comprometida que el de la prestación misma. Precisamente porque ese compromiso puede conferir a la intervención, cuando no la condición de coautoría, al menos la esencialidad y trascendencia de la cooperación necesaria . En ese sentido cobra relevancia la doctrina jurisprudencial que remite a la coautoría los casos de promesa convenida de participar en la recepción en territorio español de la droga remitida desde el extranjero. (Véase la amplia cita de precedentes hecha por la Sentencia de este Tribunal del día 12 de Abril del 2010 (PROV. 2010, 162417) resolviendo el recurso: 11276/2009: SS. 27.9.93, 23.2.94, 5.5.94, 9.6.94, 23.12.94, 20.4.96, 23.4.96, 21.6.99, 19.9.2000, 15.11.2000, 28.1.2001, 3.12.2001, 29.9.2002, 20.5.2003, 28.10.2006, 5.12.2007, 29.9.2009). Y la S. 1594/99 de 11 de noviembre).

Es desde esta perspectiva que debe entenderse que, en el caso de la Sentencia del día 23 de Marzo del 2010, resolviendo el recurso 11173/2009, no tanto se excluyera la tentativa por el momento de intervención del recurrente cuanto por estimar que la contribución de éste se valoró esencial, lo que le erige en verdadero autor, ya que el hecho de: que no conocieran ni intervinieran en todas las complejas operaciones que tuvieron por fin el traer la cocaína a España, es solo consecuencia de su especial cometido asignado en todo el operativo, siendo en todo caso esencial su aporte que quedó ensamblado y en el resto de actuaciones de los demás integrantes de la red.

Pues bien, pese a que el recurrente hace protesta de respetar el hecho probado, es lo cierto que el mismo comienza precisamente proclamando que el recurrente, y otros acusados, "se concertaron por medio de la coordinación de M. T. para descargar, custodiar y, posteriormente, transportar el alijo de hachís que sería llevado por terceras personas.

Por ello la conducta del recurrente se aleja de la situación diseñada en el motivo circunscrita a una limitada participación en la acción de descarga de la droga alijada.

En consecuencia el motivo se rechaza». (F. J. 6º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Envíos internacionales. Consumación del delito y tentativa. Posesión mediata.

**Recurso: Casación nº 10978/2010 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 119/2011 de fecha 01/03/2011**

«Excepcionalmente, se ha admitido la imperfección en el supuesto de actos de tráfico verificados por el adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa civil de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse (SSTS. de 4.2.85, 25.5.86, 27.2.90, 4.6.90, 27.6.91, 11.11.92, 24.5.96 y 21.6 . 99).

Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte, es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS. 2108/93 de 27.9; 383/94 de 23.2; 947/94 de 5.5; 226/94 de 9.6; 2228/94 de 23.12; 315/96 de 20.4; 357/96 de 23.4; 931/98 de 8.7; y 1000/99 de 21.6).

Según la STS1594/99 de 11.11, en envíos de droga, el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto.

En la STS 1567/94 de 12.9, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico y consecuentemente el tipo del art. 344 del CP de 1973.

Según se afirma en la STS de 12-2-97, el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración, que facilita la comisión del delito, y en la de 21-6-97 se razona que el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido.

Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento

territorial de la droga -mediante su transporte- o posesorio, -mediante la transmisión-, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario.

Y recuerda la STS de 1-7-2002, nº 1265/2002, que "hay que tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal es un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada, por haber adelantado el legislador las barreras de la protección penal, dada la especial gravedad de este tipo de conductas y el peligro que suponen para un bien tan eminente como lo es la salud de las personas. De ahí que reiteradamente se haya dicho que no es menester la posesión material de este tipo de sustancias para que deban entenderse consumados este tipo de delitos, destacándose incluso que los grandes traficantes de la misma rara vez son descubiertos en posesión de las sustancias con las que ilícitamente trafican, lo que no es obstáculo para que se les considere penalmente responsables, en concepto de autores, de tales delitos".

Por lo demás, no hay que olvidar que el tipo penal descrito en el art. 368 -entre otros verbos nucleares- considera típicas las conductas consistentes en "promover", "favorecer" y "facilitar" el consumo ilegal de este tipo de sustancias; conductas éstas que, de modo indudable, pueden atribuirse al hoy recurrente». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Escasa entidad de los hechos: aplicación del nuevo subtipo atenuado.

Recurso: Casación nº 2233/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 200/2011 de fecha 30/03/2011

«El art. 376 exige dos elementos esenciales y acumulativos:

a) que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas.

b) que haya colaborado activamente con la autoridad o sus agentes, de alguno de los siguientes modos, éstos sí, alternativos:

1) impedir la producción del delito.

2) obtener pruebas decisivas para la identificación y captura de otros responsables.

3) impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Así pues, concurriendo una de éstas tres opciones con la prevista en el apartado a), el precepto podría ser aplicado.

Pero como bien apunta el Fiscal falta el primer elemento constituido por el abandono voluntario de las actividades delictivas, pues la afirmación del fundamento jurídico 2º de que "tras ser detenido decide abandonar sus actividades delictivas y cooperar con la policía.....", no aparece en ninguna de las dos declaraciones sumariales, la hecha ante la policía o la realizada ante el juzgado, ambas a presencia de letrado.

A su vez la afirmación de que el policía no conoce que se dedique a otras actividades delictivas, no constituye por sí misma prueba suficiente, ya que esos comportamientos no se producen de forma ostentosa, sino absolutamente subrepticia. Ello puede haber sido la causa (debilidad probatoria) para que el tribunal no incorpore ese dato a los hechos probados. Consiguientemente faltaría el primero de los condicionamientos legales (véase S.T.S. 1238/2006 de 4 de diciembre).

Pero además, como ha exigido esta Sala (v.g. 953/2006 de 10 de octubre y 738/2009 de 8 de julio) es preciso relacionar, si no en el factum, sí en la fundamentación jurídica, los actos concretos de colaboración, su relevancia y eficacia, a efectos de valorar su real aportación a las investigaciones policiales.

De acuerdo con lo depuesto por el policía, el acusado después de ser sorprendido in fraganti, traficando con drogas, se convirtió en un confidente de la misma, lo que no autoriza, por ese sólo hecho, a aplicar el art. 376 C.Penal». (F. J. 1º.2)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Extrema gravedad: delimitación de los conceptos de "Jefe", "Administrador" y "Encargado" (art. 370.2, LO 5/20109).

**Recurso: Casación nº 10626/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 312/2011 de fecha 29/04/2011**

«Como hemos recordado en STS. 628/2010 de 1.7, el fundamento de esta agravación descansa en el hecho de que va a recaer sobre personas cuya actividad en el momento del tráfico es menor, puesto que a mayor riesgo de la actividad delictiva, más alejados se encontrarán los verdaderos cerebros de la operación y de ahí que resulte difícil la detención de los mismos. Según la doctrina por "jefe" debe entenderse a la persona que da ordenes a los otros miembros de la organización; "administrador" es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización; y "encargado" es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo.

Ciertamente se destacan los problemas de prueba con los que se van a encontrar los tribunales para comprobar y acreditar si una persona tiene o

no verdadera capacidad de ordenar a otros dentro de la organización a efectos de la aplicación de esta agravante. Ello llevará en muchos casos a afirmar la importancia de la prueba indiciaria ya que normalmente no será posible acreditar a través de prueba directa cuál es la estructura interna de la banda, los medios concretos con los que cuenta, las conexiones entre sus miembros, el cometido de cada sujeto o la jerarquización del grupo.

La STS. 340/2001 de 30.7, al tratar de la aplicación de esta circunstancia señala: “que si bien es cierto que el tipo penal no requiere que la jefatura esté constituida por una sola persona, sino puede serlo por varias en distribución horizontal de cometidos, no todos los partícipes deben ser incluidos en tal agravación, sino únicamente aquellos que por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tengan capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán sucesivamente ampliadas y cumplidas por los distintos niveles de atribución en las tareas organizativas. Naturalmente, una interpretación lógica y coherente de la norma impedirá que todos los citados niveles adquieran a efectos de punibilidad la condición de “jefatura” en la organización, sino únicamente aquellas personas que estén ocupando los niveles más altos en el entramado criminal”.

En cuanto a sus efectos, en estos casos no se puede olvidar que los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación ya tendrán elevada la pena un grado, dado que necesariamente concurrirá la agravante del art. 369.1.2, ya que difícilmente podrá hablarse de jefes... si previamente no existe la organización dedicada a la ilícita actividad, por tanto el arbitrio judicial debe jugar un papel muy importante a la hora de individualizar la pena.

En el caso presente la sentencia impugnada aplica a Marcos Antonio ese nivel superior del entramado organizativo, al ser el más caracterizado o significado en el control y dirección de la operación y así en el factum se describe que es él quien comienza a preparar esa operación de introducir la cocaína que luego se ocupara en el S., función que es propia del que toma la iniciativa y organiza la operación y cómo se desplaza en el primer viaje a Colombia para mantener el primer contacto con los suministradores de la droga, a lo que añade la reunión en la Cafetería C. el 19.1.2006, el control del viaje que realiza el acusado Teodoro a Sudamérica y el innumerable número de llamadas telefónicas que desarrolla que evidencian que era la persona que dirigía o tenía una superior posición que el resto de los acusados.

El motivo, por lo expuesto, se desestima». (F. J. 16º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Inaplicación del nuevo subtipo atenuado.

Recurso: Casación nº 11095/2010 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 533/2011 de fecha 06/06/2011

«La Disposición Transitoria Tercera de la LO 5/2010 dispone que, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observará, una vez transcurrido el período de vacatio, para el caso de que estuviera sustanciándose un recurso de casación, un traslado a las partes para que se adapte, si lo estiman procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, si resultaran más beneficiosos.

El párrafo segundo del art. 368 del C. penal permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero (de tres a seis años de privación de libertad, en el caso de drogas que causen grave daño a la salud, como es la cocaína), atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor. Se trata, por tanto, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que queda vinculado a la concurrencia de los dos parámetros relacionados, es decir, la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor, respectivamente. Dos elementos interpretativos que se tienen que dar conjuntamente, ya que otra de las características de este subtipo atenuado es la utilización de la conjunción "y" en lugar "o".

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, entendemos que no procede aplicar este subtipo atenuado. Vender drogas y sustancias psicotrópicas nocivas para la salud, como es la cocaína, en dos viviendas particulares abandonadas que estaban la mayor parte del día abiertas, ocasionando graves trastornos a los demás habitantes del inmueble y vecindario, en cantidad que rebasa la dosis mínima psicoactiva de 50 miligramos que se considera para autoconsumo, por varias personas que actúan asociadas y ofreciendo el producto a cambio de dinero, no es un supuesto que encuadre en el art. 368.2 del C. penal.

El recurrente alega para su aplicación el hecho exclusivo de su adicción a la heroína, pero esa circunstancia ya fue tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para rebajarle la pena como circunstancia de atenuación.

Obsérvese que son numerosas las ventas efectuadas, lo que induce en la antijuridicidad de la acción, y por consiguiente, en no poderse considerar un hecho de escasa relevancia en el bien jurídico protegido. Así, el 27 de mayo de 2009 Miguel M. P. adquirió ocho papelinas de cocaína con un peso global de 0,296 gramos y 8,3 % de pureza. El 28 de mayo sobre las 19.30 horas José G. M. adquirió una papelina de cocaína de 0,062 gramos de peso y 10,9% de pureza. El mismo día sobre las 20.00 horas Fernando B. R. compró dos papelinas de cocaína de 0,09 gramos de peso global y 10,9% de pureza. El 2 de junio de 2009 sobre las 18.00 horas Juan Carlos G. E. adquirió dos papelinas de cocaína de 0,084 gramos de peso global y 11,3% de pureza. El 17 de junio de 2009, sobre las 13,00 horas adquirió una papelina de cocaína de 0,043 gramos de peso con un 13,1% de pureza. Finalmente el 19 de junio de 2009, sobre las 20.00 horas Ismael G. J. adquirió una papelina de cocaína de 0,038 gramos con un 5,2% de pureza.

Aparte de ello los días 9 y 18 de junio de 2009 Alonso G. R. había abastecido con envoltorios de cocaína a Trinidad C. para la realización de actos de tráfico.

En la diligencia de entrada y registro de tales ventas conjuntas de los acusados, fueron halladas veintidós papelinas de cocaína con un peso global de 2,781 gramos y 7,3% de pureza, una papelina de cocaína de 0,177 gramos con un 5,7% de pureza, así como dos comprimidos de Trankimazin. También se hallaron jeringuillas así como una balanza de precisión. Igualmente le fueron intervenidos 395 euros en billete de diferente cuantía.

De manera que la multitud de ventas, y la participación consorcial entre Alonso y el ahora recurrente, impiden que con este entramado criminal pueda aplicarse el postulado subtipo atenuado previsto en el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Interpretación del concepto “organización” a la luz del nuevo art. 369 bis CP (LO 5/2010).

Recurso: Casación nº 10504/2010 P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 181/2011 de fecha 15/03/2011

«Tras la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, un delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, concurriendo las agravantes específicas de organización y cantidad de notoria importancia, así como la de extrema gravedad, estaría castigado con una pena de nueve años a doce años y multa del tanto al cuádruplo exclusivamente por el hecho de que se hubiese realizado por quienes pertenecieran a una organización, como se dispone en el nuevo artículo 369 bis del Código Penal y por concurrir extrema gravedad, la pena privativa de libertad prevista en el artículo 368, de tres a seis años, se podría agravar hasta la superior en dos grados, es decir que podría extenderse de seis años y un día a trece años y seis meses.

El Tribunal de instancia, en relación a la extrema gravedad entendió que sólo procedía la pena superior en un grado, por lo que con arreglo al artículo 368 reformado la pena se extendería de seis años y un día a nueve años, sin embargo, de aplicarse la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, lo sería en relación a todos los artículos reformados y no se podría olvidar la pena cuando se perteneciese a una organización, a la que se ha hecho antes referencia, que extendería la pena privativa de libertad de nueve a doce años.

Ciertamente, la agravante de organización que estaba prevista, antes de su reforma por LO 5/2010, como apartado 2º del artículo 369 pasa a integrarse en un nuevo artículo 369 bis cuyo párrafo primero dispone lo siguiente: «Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor

de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos”». (F. J. 3º R. de D. M. R. M)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Menor entidad. Aplicación pese a reincidencia.

Recurso: Casación nº 1825/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 103/2011 de fecha 17/02/2011

«En el presente caso, en el plano objetivo, la escasa entidad del hecho se hace presente en el factum. Se trata de un acto de venta ocasional, limitado al intercambio de dos papelinas valoradas en 20 euros con una composición, sobre todo una de ellas, de limitada significación cualitativa. Se colma así uno de los presupuestos exigidos por el Art. 368 del CP. Desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (cfr. arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del art. 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior.

En definitiva, la concurrencia de la agravante de reincidencia supondrá un dato de carácter personal que no podrá ser orillado en la ponderación de la aplicabilidad de la regla de atenuación. Pero su constatación, por sí sola, no implicará un obstáculo para valorar si, pese a ese historial delictivo, concurren otras circunstancias que puedan justificar la reducción de la pena ligada al tipo básico. Y en el presente supuesto, la dependencia histórica respecto de opiáceos –hecho descrito por la sentencia recurrida en el FJ 5º de la sentencia cuestionada que, sin embargo, no da por acreditada la influencia que ese hecho pudo haber tenido en la imputabilidad del acusado- y la edad del recurrente –próxima a los 70 años de edad, son elementos de juicio que aconsejan la rebaja prevista en el art. 368 párrafo 2º del CP». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. No cabe tentativa respecto a los subtipos agravados.

Recurso: Casación nº 10754/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 845/2010 de fecha 07/10/2010

«Pero en el caso de autos no se produce este problema, incluso admitiendo desde el punto de vista probatorio que el sujeto pretendiera introducir la droga en la cárcel, la delimitación de la cualificativa del nº 8 del art. 369 C.P. en su actual redacción exige que "las conductas de tráfico de drogas tengan lugar en establecimientos penitenciarios.... o en sus proximidades", y es obvio que aunque el sujeto en un momento u otro tuviera en su mente el propósito de introducirlas el hecho delictivo básico no se desarrolló en el interior de la cárcel ni en sus proximidades. Por ello, el principio de legalidad impediría la apreciación de tal cualificativa.

3. Pero independientemente de lo dicho existe un problema dogmático o conceptual que no permitiría la estimación de una cualificativa no cumplida en todos sus pormenores o aspectos descritos en la norma. No es posible hablar de "tentativa de circunstancias atenuantes o agravantes", idea trasladable a las denominadas circunstancias específicas, que realmente constituyen complementos típicos que integran o configuran, en conjunción con un delito básico, subtipos agravados o privilegiados.

No puede hablarse de tentativa de circunstancia o de cualificación, como principio de ejecución del hecho y por tanto comienzo de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, porque las circunstancias y las cualificaciones creadoras de subtipos, en sí mismas consideradas no protegen autónomamente ningún bien jurídico a diferencia de los tipos delictivos básicos. Para poder estimar una cualificación o atenuación (circunstancias y complementos típicos) es preciso que la previsión del legislador se dé de un modo completo. Cumplida en su integridad (requisito sine qua non) la circunstancia cualificadora, generadora de un subtipo, que se une a un tipo básico para formar un subtipo, estará en grado de tentativa o de consumación según lo esté el delito básico al que se adscribe». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Notoria importancia: adaptación de las penas a la LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 11182/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 285/2011 de fecha 20/04/2011

«La pena impuesta en la sentencia recurrida ha sido de 9 años y 1 día prisión, pena que excedería de la máxima imponible con arreglo a la nueva redacción del tipo penal, por lo que es necesario efectuar una nueva individualización penológica, teniendo en cuenta que no estamos ante una operación puramente aritmética y que como hemos dicho en reciente STS.

129/2011 de 10.3, el marco penológico que se recogía antes de la reforma era manifiestamente desproporcionado, por lo que era lógico buscar en la mayoría de los casos que no tuviesen un aditamento especial que justificase una agravación, los mínimos legales. En la regulación actual esa falta de proporcionalidad ha sido corregida por el legislador en un marco penológico más adecuado que permite una mayor libertad al juzgador en la fijación del quantum penológico. Por ello valorando la cantidad de la cocaína intervenida, se considera adecuada y proporcionada la de 7 años prisión con igual multa, al no haberse modificado dicha pena pecuniaria». (F. J. 12º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nueva individualización de las penas.

Recurso: Casación nº 1251/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 522/2011 de fecha 01/06/2011

«...con arreglo a lo expuesto, el motivo habría de ser desestimado, no obstante la revisión de penalidades que el legislador de 2010 ha efectuado en los delitos contra la salud pública obliga conforme a la Disposición Transitoria 3ª a una nueva individualización por aplicación de la ley penal posterior más beneficiosa. Conviene advertir que eso no sería posible si la sentencia fuese ya firme en el momento de entrada en vigor de la reforma a la vista de los discutibles condicionantes establecidos en la disposición transitoria segunda: la pena impuesta -cinco años y seis meses- sería también imponible con arreglo a la nueva legislación y, por tanto, no sería factible legalmente su revisión. La nueva penalidad se mueve entre tres y seis años. Y cinco años y seis meses es pena también imponible con arreglo al nuevo marco legal.

No existiendo sentencia firme, bien por no haber sido los hechos todavía objeto de enjuiciamiento (disposición transitoria primera), bien por estar pendiente un recurso (disposición transitoria tercera), hay que aplicar sin limitaciones ni condicionantes la nueva legislación.

El recurrente, evacuando el traslado que le fue conferido al amparo de la Disposición Transitoria Tercera, apartado c) de la LO.5/2010 de 23 de junio, invocando el principio de proporcionalidad, instó que, para el caso de no ser absuelto, la aplicación mínima del tipo legal, atendiendo a la ausencia total de antecedentes penales, y a que la cantidad de droga no alcanza ni lejanamente la fijada como de especial gravedad, y su condición de consumidor.

Por su parte, el Ministerio Fiscal entendió que, lejos de la realización exacta de una regla de tres que determine la nueva pena, habrá que reiniciar la operación con los nuevos parámetros dosimétricos, aunque teniendo en cuenta los criterios plasmados en la sentencia y como referente último el principio de proporcionalidad (art 4 CP), y así en la segunda sentencia que se dicte deberá imponerse la pena de cinco años, manteniéndose la pena de multa, que no conllevaría responsabilidad personal subsidiaria por impago, salvo que se impusiera una pena privativa de libertad inferior a la reclamada.

Consecuentemente, la petición de revisión deberá ser atendida teniendo en cuenta los valores manejados en la sentencia de instancia, determinándose el alcance de las penas a imponer en segunda sentencia». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Nuevo subtipo atenuado (Art. 368.2 CP). Doctrina legal.

Recurso: Casación nº 2632/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 551/2011 de fecha 15/06/2011

«Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor — que nos reconduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la "menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse

como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa “y”, en lugar de la disyuntiva “o” Desde luego, la utilización de a conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la “escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor”, realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Posesión mediata.

Recurso: Casación nº 1416/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 465/2011 de fecha 31/05/2011

«La posesión se ha dicho por esta Sala Segunda, es un concepto esencialmente jurídico; no obstante ser un elemento normativo en el tipo del art. 368 CP. cabría preguntarse si el legislador lo utiliza en sentido vulgar o es necesaria su integración acudiendo al Código Civil (arts. 430 y ss.). La cuestión no es en último extremo tan trascendente, desde el momento en que el Código civil opera con varios conceptos de posesión o, si se prefiere, con un concepto amplio y elástico.

La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código civil para, en esta serie de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible; de esta manera se ha significado que puede ejercerse por la misma persona que tiene la cosa o disfruta el derecho o por otra en su nombre, y que se adquiere por la ocupación de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a nuestra voluntad; de donde se sigue que no es necesaria la tenencia material de la droga, porque la entrega de la cosa ofrece en nuestro derecho expresiones plurales, muchas de ellas simbólicas, y todas ellas con cabida en el delito; por ello, la posesión puede ser directa e inmediata, puede ser actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído, - la droga-, esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente -dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga-; quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente y sí la tenga, para ella, otra, que sería la figura del llamado “servidor de la posesión” (así entre otras muchas SSTs. 12.1.96, 30.7.97 y 13.12.98, 3.2.2009).

En esa posesión mediata, indirecta o a distancia, sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el art. 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, telex, correos electrónicos u otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación, esto es, quienes conciertan la compraventa y obtienen los mayores beneficios, cuidando de no tener ningún contacto material con la mercancía, pero siendo sin embargo quienes deciden sobre ella, ordenando unos los envíos y organizando otros la recogida y posterior transporte y distribución (SSTs. 1309/2003 de 3.10, 545/2010 de 15.6)». (F. J. 6º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Reducción de pena.

**Recurso: Casación nº 11073/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 61011 de fecha 17/02/2011**

«...en el caso actual el art. 368 CP. en la redacción dada por LO. 5/2010 de 25.6, ha reducido la penalidad del tipo básico en el supuesto de sustancias o productos que causan grave daño a la salud que de 3 a 9 años, ha pasado a 3 a 6 años prisión. El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública de estas sustancias concurriendo la agravante de notoria importancia (art. 369.1.6), precepto éste que establece, a su vez, la pena superior en grado a la señalada en el art. 368, lo que determinaría una

penalidad en la actual regulación de 6 años y 1 día a 9 años (en la anterior era de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses) conforme lo dispuesto en el art. 70.1 CP.

La pena impuesta en la sentencia de instancia fue de 9 años y 1 día de prisión, pena que, por lo expuesto, excedería de la imponible con arreglo a la nueva redacción del tipo penal, y que suponía, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, el límite mínimo de la mitad inferior, es procedente, por ello, acomodar la pena imponible a estos parámetros, esto es el mínimo de la mitad inferior del actual art. 369, 6 años y 1 día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56.1.2 CP. manteniendo la multa impuesta de 91.112,84 E». (F. J. 9º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Responsabilidad personal: convivencia.

**Recurso: Casación nº 1416/2010
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 465/2011 de fecha 31/05/2011**

«Es cierto que entre los principios fundamentales ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional 131/87 ha sostenido que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad". De la vigencia de este principio se derivan exigencias para la interpretación de la Ley Penal. En particular se impone al interprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, ello es lo que ocurre indudablemente en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas (tenencia de armas, art. 563 CP, de cosas provenientes de delitos, art. 298 a) y de drogas, art. 368). En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el art. 368 CP. el acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre, hijo o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por si sola la realización del tipo penal.

Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda Pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas.

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencian la convivencia familiar con el autor respecto de la coautoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser fundamento válido de la coautoría de la tenencia.

En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios. En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP, no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía de exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente, art. 416 LECrim., o incluso de la prohibición de encubrir, art. 454 CP, que ha dispuesto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar (SSTS. 4.12.91, 4.4.2000, 4.2.2002), que dice textualmente: "el conocimiento de la futura comisión del delito por quien según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena pro el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una "activa participación" en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción da lugar a una omisión de actuar, que solo sería relevante en el caso que el omitente fuera garante".

En relación con este extremo hemos dicho en STS. 443/2010 de 19.5, que el derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante. Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría.

Con razón ha señalado la doctrina que ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el derecho moderno. La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más

allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por si solo para fundar la autoría", insistiéndose en la STS. 94/2006 de 10.2, en que no puede fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito». (F. J. 10º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Revisión de pena. Criterios de individualización.

Recurso: Casación nº 10413/2011 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 634/2011 de fecha 22/06/2011

«En el caso examinado, al no constar estas circunstancias ni favorables ni desfavorables del acusado, el Tribunal tuvo en cuenta la gravedad del hecho manifestada en la cantidad de cocaína objeto del delito, que ascendía a 713,71 gramos de sustancia pura, es decir, muy cerca de los 750 gramos a partir de los cuales se aplicaría la agravante específica de "notoria importancia". El Tribunal a quo condenó al acusado a una pena de siete años de prisión, cuando la establecida por la Ley en el anterior art. 368, podría llegar hasta los nueve años de privación de libertad.

Es obvio, por consiguiente, que a pesar de que la cantidad de cocaína se acercaba a la notoria importancia, el Tribunal no tuvo en cuenta esta circunstancia para imponer la pena en el límite máximo del tipo básico aplicado (9 años), pudiendo haberlo hecho dada la proximidad de la sustancia al subtipo agravado citado, que imponía la pena de 9 a 13 años y 6 meses, sino que, buscando la proporcionalidad de la sanción en relación con la pena entonces asignada al delito y la objetiva gravedad del hecho, fijó la misma en solo un año por encima de la mitad de la horquilla marcada por la Ley.

Hemos dicho reiteradamente que al proceder a controlar las revisiones penológicas efectuadas por los órganos jurisdiccionales en aplicación de la L.O. 5/2010, en esa operación revisoria deben mantenerse los mismos criterios de individualización que se manejaron por el Juez o Tribunal sentenciador al imponer la pena posteriormente objeto de revisión.

Por ello, no existe razón para que en trance de revisión se imponga la pena en su límite máximo dentro del marco penológico actualmente vigente, por lo que consideramos proporcional que la misma se fije definitivamente en cinco años de prisión, entre otros motivos porque si se mantuviera la de 6 años, el Tribunal se habría quedado sin margen de maniobra para agravar la sanción en el caso de haber concurrido una o varias circunstancias agravantes, como impone el citado art. 66 C.P.

El motivo debe ser estimado, anulada la resolución y fijando definitivamente la pena objeto de revisión en cinco años de prisión». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP).
Análisis del "arbitrio judicial".**

Recurso: Casación nº 10158/2011 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 542/2011 de fecha 14/06/2011

«Desde la referida perspectiva favorable a la consideración de la nueva Ley a situaciones ya enjuiciadas y no ejecutadas, resulta de sumo interés distinguir las diferentes hipótesis que pueden presentarse en nuestro Código en orden al ejercicio del arbitrio, que debe quedar excluido frente a la taxatividad. No es posible revisar una sentencia, si las nuevas penas a imponer son fruto exclusivo del arbitrio judicial.

Sin pretensiones dogmáticas ni de exhaustividad, bien pronto vienen a la mente situaciones diferentes en orden al ejercicio del arbitrio judicial, contempladas en los tipos penales:

1) un arbitrio judicial puro y simple, como puede ser, dentro de los delitos de tráfico de drogas, la opción penológica del art. 370 C.P. que permite a Tribunal sentenciador, sin más, imponer la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368. Lógicamente sería preceptiva en uno y potestativa en dos.

2) un segundo supuesto de arbitrio normado en el que la pena anudada a la descripción típica de la conducta establecida en el precepto depende de la observación de unos criterios o pautas que necesariamente deben respetarse. Suelen ser de carácter genérico y se hallan previstas para individualizar la pena dentro de un marco dosimétrico concreto. Tales serían las expresiones: "atendidas las circunstancias del hecho o del culpable" u otras similares.

3) por último, podemos hallar supuestos de subtipos atenuados o agravados y dentro de éstos de imperativa aplicación o de aplicación optativa.

No es fácil dogmáticamente definir o delimitar los contornos de lo que debemos entender por subtipos; baste decir que de los diferentes modos de configuración de las conductas típicas en los subtipos, siempre se añade a la infracción criminal básica un complemento tipológico que origina un nuevo marco punitivo, en atención a la relevante incidencia operada en la consideración valorativa del nuevo hecho complementario (delito circunstanciado, según una sector doctrinal).

En línea con una interpretación benévola de la ley en beneficio del reo, el ejercicio del arbitrio, como contrapunto al concepto de taxatividad debiera alcanzar a los supuestos referidos en el primero y segundo caso, pero no al tercero. (F. J. 4º)

Descendiendo a la hipótesis concernida el simple arbitrio judicial se produciría, si en el mismo párrafo en que se contiene la descripción del tipo delictivo se estableciera, por ejemplo, la facultad de reducir la pena en un grado "al arbitrio del tribunal".

Sin embargo se crea un párrafo diferente que configura un hecho derivado del tipo básico y para cuya aplicación se exigen tres elementos típicos de naturaleza normativa:

1) que en el hecho enjuiciado no concorra ninguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370 C.P. De concurrir alguna de ellas la facultad lenitiva conferida al tribunal desaparecería.

2) escasa entidad del hecho, esto es, levedad del mismo, desde cualquier perspectiva objetiva (modos de ejecución, potencialidad lesiva del bien jurídico, repetitividad del hecho, etc.).

3) circunstancias personales del culpable, donde pueden computarse su particular individualidad (drogadicto, reincidente o primario, etc.).

Concurriendo estas circunstancias, es preciso, de modo semejante a las previsiones de los arts. 148 y 242.4 C.P. por mencionar subtipos agravados o privilegiados de frecuente comisión, valorar el hecho y concurriendo sus exigencias legales, habría que motivar o razonar por qué se decide o no la aplicación de la cualificación o atenuación.

Junto a los subtipos de aplicación optativa, como son los reseñados, aparecen en el Código otros de estimación imperativa, como sería el caso de la notoria importancia de la droga objeto del delito (art. 369-5 C.P.), por poner un ejemplo próximo.

Mas, el hecho de que el tribunal pueda optar por aplicar o no el tipo privilegiado, no elimina su consideración de subtipo atenuado y por ende el carácter de entidad delictiva diferente, cuya aplicación antes de la reforma no era posible.

Por lo expuesto esta Sala llega a la conclusión de que el art. 368 p. 2 no es una simple facultad opcional de rebajar la pena dentro de un marco penológico concreto, sino una nueva entidad tipológica, con su propia penalidad, cuya aplicación demanda la concurrencia de una serie de circunstancias, aunque en última instancia y de modo razonado (art. 9-3 y 24-1º C.E.) pueda rechazar su aplicación el tribunal. No es el ejercicio del arbitrio previsto en un tipo penal, en orden a la elección de una pena mayor o menor, sino la aplicación opcional de un subtipo privilegiado.

Constituye una razón práctica más para instar la revisión, aunque reconozcamos el poco rigor dogmático, el agravio comparativo que se produciría (art. 14 C.E.) entre sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, separadas en el tiempo por unos días, sin que la celeridad o lentitud

procedimental pueda atribuirse a las partes o al órgano jurisdiccional. Aquellos procesos pendientes de dictar sentencia en esta Sala, ha permitido a las partes invocar la aplicación del art. 368 p. 2 C.P. y lo ha hecho con profusión, siempre que concurrieran los presupuestos normativos, y no sólo esto, sino que ha sido el propio Fiscal el que lo ha interesado en abundantes ocasiones. Unos días de diferencia en situaciones materialmente idénticas puede conducir a decisiones diversas o contradictorias. La única nota diferenciativa sería de naturaleza procesal: haber recaído sentencia firme. Esa circunstancia obliga a limitar la revisión de las sentencias, como la aquí planteada, a los hechos, datos o circunstancias contenidas en la propia sentencia (que ya es cosa juzgada) y a la posibilidad de contradicción de las partes. En nuestro caso se dió traslado al acusado y al Mº Fiscal antes de producirse la revisión.

Por todo lo expuesto el motivo debe rechazarse, ya que al no atacar el Fiscal la procedencia o no desde el punto de vista fáctico o jurídico de la aplicación del art. 368-2º, y apareciendo cumplidos sus requisitos según razona y motiva la Audiencia de Vizcaya, la decisión adoptada es correcta, procediendo la desestimación del recurso, sin hacer expresa imposición de costas». (F. J. 5º)

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP).
Doctrina**

Recurso: Casación nº 2594/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 833/2011 de fecha 15/07/2011

«Concluye la defensa su recurso con la solicitud de aplicación del párrafo segundo del art. 368 del CP.

Es cierto que el nuevo precepto –nada ajeno en su inspiración al criterio proclamado por esta misma Sala en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el día 25 de octubre de 2005- otorga al órgano decisorio una facultad discrecional que le autoriza a degradar la pena. Sin embargo, como decíamos en la STS 33/2011, 26 de enero, esa facultad tiene carácter reglado, en la medida en que su corrección se asocia a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo (“...la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable”) y, por tanto, es susceptible de impugnación casacional. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurren en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. De lo que se trata, en fin, es que la motivación del proceso de individualización de la pena se ajuste a los parámetros constitucionales que esta Sala viene exigiendo para colmar el derecho constitucional a una resolución motivada de forma razonable (art. 24.1 de la CE).

El precepto que autoriza la rebaja de la pena -como se deduce de su propia lectura y de la utilización de la conjunción copulativa “y”- asocia aquélla a la concurrencia acumulativa de la menor entidad del hecho y de ciertas circunstancias personales que hagan aconsejable la reducción. Una interpretación sistemática, ligada también a los antecedentes de la reforma y a su tramitación parlamentaria, autoriza la idea de que el párrafo segundo del art. 368 del CP no sería excluible, con carácter general, en todos y cada uno de los supuestos agravados a que se refiere el art. 369 del CP. Conviene reparar en que el nuevo apartado establece su propia regla de exclusión. Y de acuerdo con ésta, sólo la pertenencia a una organización delictiva –art. 369 bis-, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o los supuestos de extrema gravedad –art. 370- determinarían la exclusión del precepto. Sin embargo, la ausencia de obstáculos aplicativos a los supuestos agravados no mencionados en la regla excluyente, no debe hacer perder de vista la idea de excepcionalidad que ha de presidir la determinación del alcance del art. 368 párrafo segundo. Y es que la escasa entidad a que se refiere el art. 368 párrafo 2º, parece frontalmente incompatible, por ejemplo, con la notoria importancia sancionada como tipo agravado en el art. 369.5 del CP. Carecería de sentido construir un tipo agravado a partir de la notoria afectación del bien jurídico para autorizar, al mismo tiempo, la degradación de la pena en atención a la escasa entidad del hecho.

Apuntábamos en la STS 345/2011, 28 de abril, que no es fácil delimitar conforme a reglas de vocación generalizada el contenido material de lo que por escasa entidad del hecho deba entenderse. En la búsqueda de criterios orientadores, conviene recordar que la entidad del hecho es empleada en otros preceptos como criterio de atenuación. Así, por ejemplo, el art. 242.2 del CP, al regular el delito de robo con violencia, autoriza la degradación de la pena impuesta en atención “...a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho”. En el delito de incendio previsto en el art. 351 del CP, la “menor entidad del peligro causado” también actúa como criterio de atenuación y los delitos contra la seguridad del tráfico conocen esa rebaja de la pena en un grado atendiendo “...a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho” (art. 385 ter). En otras ocasiones, la entidad del perjuicio es presupuesto para la definición de un tipo agravado. Así acontece, por ejemplo, con el delito de estafa (cfr. art. 250.4 CP).

Nótese que el art. 368 del CP, no se refiere a la menor entidad, sino a la escasa entidad de los hechos ejecutados. Y mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo escaso, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de excepcionalidad. De hecho, su origen etimológico -de la voz latina “excarpsus”- evidencia su propia limitación, su escasa relevancia, en fin, su singularidad cuantitativa y cualitativa.

Sea como fuere, sólo el examen del caso concreto, de las singularidades que definan la acción típica, disminuyendo la intensidad del injusto, y de las circunstancias personales que puedan debilitar el juicio de reprochabilidad, podría justificar la atenuación». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (Art. 368.2 CP). Doctrina. Se aprecia.

**Recurso: Casación nº 10469/2011 P
Ponente: Sr. Jorge Barreiro
Sentencia: nº 766/2011 de fecha 05/07/2011**

«2. Para resolver la cuestión suscitada por la defensa del recurrente ha de partirse de la premisa asumida por esta Sala en numerosas resoluciones dictadas en los últimos meses en las que ha considerado que el nuevo párrafo segundo del art. 368 del C. Penal integra un subtipo atenuado o privilegiado, en cuanto posibilita la reducción la pena en un grado en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (SSTS 241/2011, de 11-4; 312/2011, de 29-4; 327/2011, de 1-4; 347/2011, de 30-3; 413/2011, de 11-5; y 397/2011, de 24-5, entre otras).

Al estimar que se trata de un subtipo atenuado en el que, además, se permite imponer la pena inferior en grado en el caso de que se den los supuestos que contempla la nueva norma (“escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable”), parece razonable aplicar el subtipo con efecto retroactivo cuando concurren los requisitos que prevé el precepto.

Ciertamente, se trata de una modalidad atenuada del párrafo primero del art. 368 del C. Penal que se basa en unos supuestos fácticos muy abiertos y dúctiles, pero ello también sucede con otros subtipos atenuados sin que pese a ello se dejen de considerar como tales. Y así, a modo de ejemplo, pueden citarse, entre otros, el previsto en el art. 242.4 del C. Penal, precepto que permite imponer la pena inferior en grado en el delito de robo con violencia o intimidación en atención a menor entidad de estas y valorando también las restantes circunstancias del hecho. Como puede apreciarse, también en ese caso el legislador establece un subtipo atenuado con una base fáctica muy abierta y con un campo semántico sembrado de indefinición y ambigüedad.

Y lo mismo puede decirse del delito de incendio previsto en el art. 351 del C. Penal, precepto que permite reducir la pena en un grado atendiendo a la menor entidad del peligro causado y a las demás circunstancias del hecho. También aquí se propicia una reducción importante de la pena (el mínimo del tipo básico, cifrado en diez años de prisión, se puede reducir en cinco años de prisión) con arreglo a unos criterios notablemente inespecíficos y laxos.

La jurisprudencia anteriormente reseñada (SSTS 241/2011, de 11-4; 312/2011, de 29-4; 327/2011, de 1-4; 347/2011, de 30-3; 413/2011, de 11-5; y 397/2011, de 24-5, entre otras) subraya que el párrafo segundo del art. 368 del

C. Penal permite al juzgador aplicar la pena inferior en grado con arreglo a un criterio que ha de considerarse de discrecionalidad reglada. De modo que se ha afirmado por la Sala que si se dan los supuestos previstos por el legislador la atenuación ha de aplicarse de forma imperativa también en los casos de revisión de sentencias firmes, sin que para ello sea un obstáculo la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010, ya que se trata de operar con un nuevo subtipo atenuado (SSTS 354/2011, de 6 de mayo; y 542/2011, de 1-6).

3. Llegados a este punto, y vista la posibilidad de aplicar el párrafo segundo del art. 368 con carácter retroactivo, es el momento ya de dilucidar si procede aplicarlo en el presente caso a tenor del contenido y del fin de la nueva norma.

Pues bien, con respecto a los antecedentes del precepto conviene no olvidar que ya en el anterior Código Penal, con ocasión de la reforma del art. 344 por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, se facultó a los Tribunales, en su párrafo tercero, para imponer la pena inferior o superior en un grado atendidas las circunstancias del culpable y del hecho. Esta redacción, como puede comprobarse, es muy semejante a la de la reforma actual de 2010, si bien en aquel precepto la facultad concedida a los jueces tenía la doble posibilidad de atenuar o de agravar la pena, según procediera en el caso concreto. En la reforma del C. Penal de 25 de junio de 1983 se suprimió esa facultad que se otorgaba al juzgador.

El nuevo subtipo atenuado responde —como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley— a la preocupación del legislador por "acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 C. Penal".

En el Anteproyecto de Código Penal de 2006, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. El informe del CGPJ señaló que esa posibilidad "venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de escasa importancia, o las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta —singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga—".

El proyecto definitivo de reforma del Código Penal de 2010 que se introdujo en el Congreso excluía en el párrafo segundo del art. 368 la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 C. Penal, pero una última

enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 del C. Penal.

También en lo que respecta a las vicisitudes históricas del nuevo precepto, conviene subrayar que el Proyecto de Ley Orgánica preveía que la norma solo se habría de aplicar con carácter excepcional y ocasional, excepcionalidad que fue después suprimida en el curso de los trámites parlamentarios, toda vez que había sido muy criticada por la doctrina, tanto por la indefinición de los parámetros que habrían de marcar el grado de excepcionalidad como por la restricción que implicaba en la innovación legislativa.

4. La redacción definitiva del precepto centra la atenuación en dos criterios: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, criterios que coinciden prácticamente con los que acoge el art. 66.1.6ª del C. Penal.

En recientes sentencias de esta Sala (32/2011, de 25-1; 242/2011, de 6-4; 292/2011, de 12-4; y 380/2011, de 19-5, entre otras) se argumenta sobre tales criterios que las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo 21 CP (Sentencia 233/2003 de 21 de febrero); los jueces han de imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos; la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Las circunstancias personales del delincuente —prosигuen diciendo las sentencias reseñadas— son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización punitiva. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de la regla 6ª del art. 66.1, sino de las restantes reglas (Cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa

menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente; cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Sentencia 927/2004, de 14 de julio)». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (art. 368.2 CP). Inaplicación por falta de datos.

Recurso: Casación nº 2669/2010
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 768/2011 de fecha 08/07/2011

«El artículo 368 del Código Penal ha sido objeto de nueva redacción por la LO 5/2010 introduciendo un subtipo atenuado, precepto por ello más favorable que el vigente al tiempo de los hechos.

Dicho subtipo exige que el hecho sea de "escasa entidad" y que así proceda atendiendo a "las circunstancias personales del culpable". Lo que, por un lado, implica que el riesgo para la salud pública -bien jurídico protegido- sea menor del ordinario y, por otro, que el sujeto muestre una escasa dedicación a los actos de tráfico, que pueda inferirse por aquellas circunstancias personales.

La sentencia de instancia no da cuenta de tales circunstancias personales, salvo que no constan antecedentes, lo que ya valora para la individualización de la pena. Y, pese a la poca cuantiosa droga intervenida, la descripción del hecho probado permite colegir que más allá del acto concreto, el acusado venía reiterando los actos de venta de droga. Así deriva del lugar y hora, a las 2.10 horas de la madrugada en proximidades de una discoteca. También de la iniciativa de ofrecer la venta a personas que desconocía y que resultaron ser agentes policiales. Y también de la disposición en múltiples continentes de la droga intervenida». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado (Art. 368.2 CP). Se aprecia en la venta de una papelina de cocaína.

Recurso: Casación nº 2002/2010
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 552/2011 de fecha 09/06/2011

«...el acusado entregó a Javier Q.N. a cambio de 20 euros una papelina conteniendo 0,107 gramos de cocaína con una riqueza en principio activo del 82,7 por ciento. (F. J. 1º)

El párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, en su nueva redacción tras la reforma operada por la LO 5/2010, prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias del culpable. En el caso, es relevante que la cantidad de droga incautada no es excesiva y no consta ningún dato que impida apreciar una menor entidad en el hecho. En consecuencia, se impondrá la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 40 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos días». (F. J. 4º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Subtipo atenuado: doctrina.

Recurso: Casación nº 10716/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 746/2011 de fecha 11/07/2011

«En la primera Sentencia de esta Sala que dictó doctrina sobre este tipo atenuado, que es la 32/2011, de 25 de enero, ya expusimos que en un Pleno no jurisdiccional celebrado el día 25 de octubre de 2005, acatando el mandato del artículo 117 de la Constitución, tomó como Acuerdo la conveniencia de que por el legislador se modificara la redacción del artículo 368 del Código Penal en el sentido de reducir la pena cuando se trate de cantidades módicas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y como alternativa se proponía añadir un segundo párrafo a dicho precepto con el siguiente texto: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Esta propuesta alternativa fue acogida en el Proyecto de Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 15 de enero de 2007 y definitivamente ha sido incorporada por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en cuyo Preámbulo se dice que en materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas y, entre ellos, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

Así, se modifica el artículo 368, que queda redactado como sigue: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias

o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos."

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370."

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (cfr. Sentencia 233/2003, de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado (circunstancias personales) y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos (cfr. SSTS 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); y en segundo lugar, las circunstancias personales del delincuente, aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo).

En concreto en relación al delito de tráfico de drogas, cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (fr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio), en función de la antijuridicidad del hecho, como primer factor a considerar, pues si el hecho no es de menor "entidad", las circunstancias personales no podrán ser ya evaluadas para la aplicación del aludido subtipo atenuado. De manera que el subtipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 del C. penal ha sido concebido para casos en los que por la mínima cantidad transmitida, aun colmando las exigencias de la antijuridicidad material, la venta de cantidades insignificantes con fines de autofinanciación, la marginalidad del acusado, su poca inserción en el medio social, y en suma, actividades de tráfico de menor relevancia o entidad. La

citada STS 32/2011 también se refiere a supuestos de vendedores de papelinas, que constituyen el último eslabón en la venta al menudeo, cuando posean escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padezcan drogodependencia por su adicción a tales sustancias. En suma, a casos como los referidos, pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menos intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo que determinará una reducción de pena.

La STS 716/2011, de fecha 7 de julio, citando a las números 354/2011, de 6 de mayo, y 482/2011, permite llevar a cabo en la revisión de las sentencias firmes la operación de determinación acerca de si procede la aplicación del segundo párrafo del art. 368 del Código Penal, pues al señalar la ley que “podrán imponer la pena inferior en grado”, no quiere decir que puedan o no imponerla, sino que, constatado el supuesto de hecho a cuya presencia la ley condiciona ese efecto, deberán hacerlo de manera inexcusable, a tenor de lo que en la sentencia se hubiera declarado probado».
(F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Supuesto de inaplicación del nuevo subtipo atenuado (art. 368.2 CP).

Recurso: Casación nº 1936/2010

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 347/2011 de fecha 30/03/2011

«Esta Sala tiene declarado que se produce menor relevancia del hecho, “ad exemplum” cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004); cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004).

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, no puede atenderse a la menor intensidad de la culpabilidad del sujeto, teniendo en cuenta tanto la reiteración de los actos de venta descritos en el factum, lo que evidencia una actividad reiterada, como la indiscutida concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Por otro lado, no se ha acreditado la presencia de circunstancias atenuatorias de la responsabilidad, que se hallen en íntima relación con los actos enjuiciados, tales como el carácter de adicto

a las sustancias objeto de venta, que viniere a sustentar, siquiera tangencialmente, la comisión de los hechos a fin de procurarse medios con que atender dicha dependencia.

Descartadas pues las bases que permiten la aplicación del subtipo atenuado, hemos de detenernos a continuación en la petición subsidiaria relativa a la concreta conminación penal.

La propia Sala de instancia justifica en el pronunciamiento relativo a la individualización de la pena (FJ 4º) que sin perjuicio del indiscutido límite mínimo de la mitad superior, como consecuencia de la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia (cfr. art. 66.1.3º CP), la conducta enjuiciada, en atención a la escasa cantidad de droga objeto de tráfico, es merecedora de la imposición de la pena en dicho límite.

Dado el actual marco penológico que oscila de los tres años y un día a los seis años de privación de libertad, procede la imposición de la pena privativa de libertad de cuatro años y seis meses de prisión.

El motivo, con este alcance, debe ser estimado». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tentativa.

Recurso: Casación nº 2509/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 867/2011 de fecha 20/07/2011

«2. Este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6; 598/2008, de 3-10; 895/2008, de 16-12; 5/2009, de 8-1; 954/2009, de 30-9; 960/2009, de 16-10; 1047/2009, de 4-11; 1155/2009, de 19-11; y 191/2010, de 9-2, y las que en ellas se citan, en los siguientes apartados:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la

sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada». (F. J. 3º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: buque.

Recurso: Casación nº 487/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 981/2010 de fecha 16/11/2010

«...no parece que embarcaciones como lanchas motoras, semirrigidas o zodiacs puedan ser consideradas buques a tales efectos, porque no puedan ser consideradas como tales desde un punto de vista gramatical y no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad, sin perjuicio de que el uso de estas embarcaciones pueda dar lugar (en su caso, a la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad en atención a la cantidad de sustancia incautada).

Criterio éste que ha sido aceptado en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de noviembre de 2.008, que adoptó el acuerdo de que: "a los efectos del Art. 370.3 CP. no cabe considerar que toda embarcación es un buque. Lo será aquella embarcación que reúna una serie de elementos constructivos -cubierta- con cierta capacidad de carga e idónea para realizar

travesías marítimas o fluviales, de entidad, excluyéndose expresamente las lanchas motoras, semirrigidas o zodiacs".

El motivo debe ser desestimado». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: establecimiento abierto al público.

Recurso: Casación nº 11021/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 296/2011 de fecha 18/04/2011

«1. La jurisprudencia ha señalado, STS nº 1238/2009, entre otras, que el “escenario en el que se comete el delito sólo puede ser tomado en consideración para fundamentar la aplicación de un tipo agravado cuando, por sus circunstancias, añade una mayor intensidad del injusto”, lo cual tiene lugar cuando se aprovecha clandestinamente las facilidades de comunicación con terceros que supone un establecimiento de esa clase para la realización de actos de tráfico de drogas. Igualmente, se ha exigido una cierta estabilidad en las acciones de tráfico, lo que excluye los supuestos de actos aislados (STS nº 1124/2009). Así, se decía en la STS nº 889/2008, de 17 de diciembre, citada por la STS nº 746/2009, que “El fundamento de esta agravación se encuentra (...) en el incremento del peligro para el bien jurídico, en cuanto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico. No es ajena a esta consideración la exclusión de actos puramente esporádicos y aislados en los que no se aprecian las razones agravatorias que se acaban de expresar, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico”». (F. J. 2º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tipo agravado: introducción en territorio nacional, eliminado por LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 1206/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 79/2011 de fecha 15/02/2011

«En cuanto al supuesto agravado de "introducción de la sustancia en territorio nacional", circunstancia 10ª del art 369.1 CP, la reforma, operada en el CP por la LO.10/95, de 23 de noviembre, ha supuesto la eliminación de este supuesto específico de agravación, de forma tal que, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera, resultando la nueva norma más favorable, será aplicable al caso aunque los hechos hubieren sido cometidos -como es nuestro caso- con anterioridad a su entrada en vigor .

Como, consecuencia de ello, y según vimos en relación con el cuarto motivo de B. y séptimo de P. B., el supuesto de “extrema gravedad” del párrafo segundo del art 370 CP, vigente antes de la reforma, en cuanto tomaba en consideración tres de las circunstancias previstas en el art 369.1 CP, que en nuestro caso eran la 2ª, “organización la 6ª”, “notoria importancia”, y la 10ª, “introducción en territorio nacional”, suprimida esta última, ya no será aplicable». (F. J. 16º)

DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Tráfico internacional de drogas. Abordaje de pesquero sospechoso con autorización judicial.

Recurso: Casación nº 10988/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 544/2011 de fecha 07/06/2011

«2. En lo que respecta a la autorización judicial para el abordaje del pesquero sospechoso, constan en la causa, tal como se recoge en la sentencia, las resoluciones judiciales que lo acordaron. La competencia de los órganos jurisdiccionales españoles resulta del artículo 23.4.f de la LOPJ, en consonancia con las normas internacionales relativas a la persecución de los delitos de tráfico de drogas.

En cuanto al abordaje, deben tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por España por Instrumento de 20 de diciembre de 1996. Luego de establecer en el artículo 108 la obligación de todos los Estados en la cooperación para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales, regula en el artículo 110 el derecho de visita que se reconoce a los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 de la Convención, siempre que haya motivo razonable para sospechar que el buque, entre otros casos que cita, no tenga nacionalidad. Dispone el referido precepto lo siguiente: "Artículo 110. Derecho de visita. 1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentra en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: a) Se dedica a la piratería; b) Se dedica a la trata de esclavos; c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109 ; d) No tiene nacionalidad; o e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbore un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón. 2. En los casos previstos en el párrafo 1, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las

consideraciones posibles. 3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido. 4. Estas disposiciones se aplicarán, «mutatis mutandis», a las aeronaves militares. 5. Estas disposiciones se aplicarán también a cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno".

De todo ello se desprende que la patrullera española, disponiendo de la autorización judicial para el abordaje, basada en las sospechas fundadas y en su competencia extraterritorial, una vez que se comprobó que la nave carecía de pabellón y que, por lo tanto, no podía ser identificada adecuadamente, y que, por lo tanto, existían serias sospechas de que carecía de nacionalidad, pudo abordarla para realizar las comprobaciones necesarias. Una vez a bordo de la embarcación, fue evidente el transporte de droga, lo que, desde la consideración de la flagrancia, justificó el resto de la actuación realizada». (F. J. 17º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. Inmigración clandestina.

Recurso: Casación nº 1768/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 153/2011 de fecha 25/02/2011

«El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el artículo 318 bis del Código Penal requiere en primer lugar que el extranjero carezca de autorización para entrar o residir en España, pues sólo en este caso puede hablarse de tráfico ilegal y que la inmigración sea clandestina, es decir realizada al margen de los controles administrativos o mediante fraude a las autoridades competentes, que actúan con un conocimiento erróneo causado por engaño; y es oportuno traer a colación, por su carácter clarificador del concepto de «entrada clandestina e ilegal en España», el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, en el que se resolvió que: «El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina». Acuerdo que es seguido por la jurisprudencia de esta Sala, como son exponentes las Sentencias 308/2010, de 18 de marzo y 284/2006, de 6 de marzo, en las que se declara que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que 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 llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Y en el tipo subjetivo, el dolo debe abarcar el conocimiento de que la conducta se dirige a las finalidades expresadas de promoción, favorecimiento o facilitación de entrada a España de forma fraudulenta o ilegal.

Así las cosas, la subsunción típica realizada por el Tribunal de instancia es perfectamente correcta ya que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos, a los que se ha hecho mención, que caracterizan esta figura delictiva, ya que la recurrente tenía pleno conocimiento de que estaba facilitando la inmigración clandestina de ciudadanas extranjeras». (F. J. 2º)

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.
Supresión del subtipo agravado del art. 318 bis 2 CP.**

**Recurso: Casación nº 2686/2010
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 790/2011 de fecha 27/06/2011**

«3.- Finalmente el motivo debe parcialmente estimarse como consecuencia de la reforma introducida por la LO 5/2010, que ha modificado el art. 318 bis, suprimiendo el subtipo de su apartado 2, que desde la reforma de la LO 11/2003 agravaba la pena cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas. Previsión legal que ha sido trasladada al delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis donde el fin de explotación sexual se integra, no como subtipo agravado respecto de otro básico, sino como elemento de éste junto con otras exigencias típica que no son del caso examinar por ser ese delito ajeno al objeto de este proceso.

La eliminación del referido subtipo agravado del art. 318 bis deja como único apreciable el básico de su apartado 1, a partir de cuya penalidad de cuatro a ocho años de prisión debe hacerse la reducción de pena en un grado, prevista en el último párrafo (sexto en su anterior redacción y quinto en la vigente), que la Audiencia Provincial ha aplicado a estos dos acusados. La pena imponible de prisión es entonces, de conformidad con el art 70 del Código Penal, la de dos años a cuatro años menos un día». (F. J. 1º.3)

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.
Tipo básico.**

**Recurso: Casación nº 2686/2010
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 790/2011 de fecha 27/06/2011**

«...el tipo básico del art. 318 bis es delito de mera actividad que se consume con la mera actuación de promoción, favorecimiento o facilitación aunque el desplazamiento no llegue a realizarse (SS 10 de julio de 2006, 21 de junio de 2007), por lo que mal puede situarse en la esfera de los actos preparatorios el acto de financiar, adelantando el dinero necesario, el viaje

hasta España, de personas que incluso llegaron a entrar en el territorio español para el ejercicio de la prostitución. Sostienen también los recurrentes que no tenían el conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no respondía a la realidad de la estancia y de que se burlaban los requisitos necesarios para ella. El argumento no es estimable: ningún dato objetivo permite apoyar semejante error de tipo, pues siendo la entrada en territorio español ilegal tanto cuando se pasa clandestinamente la frontera como cuando se utilizan fórmulas para obtener la autorización que oculta la verdadera actividad que se persigue en el territorio español, disimulando el verdadero propósito de una estancia permanente para el ejercicio de la prostitución, es obvio que ni la ilegítima entrada ni la eficacia del acto propio para conseguirla, puede ser ignorada por el propietario de un club de prostitución que financia la inmigración ilegal de las mujeres que van a ejercer esa actividad». (F. J. 1º)

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. Inmigración ilegal. Explotación sexual: nueva regulación LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 1905/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 196/2011 de fecha 23/03/2011

«3.- Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2º del art. 318 bis CP, por el que han sido condenados la recurrente y su compañero, viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo el epígrafe de “La trata de seres humanos”. Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.

Tales circunstancias -reiteramos- no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, “se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada”.

Por ello, no pudiendo ser aplicado el apartado 2 del art. 318 bis CP, procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1º del mismo artículo -que continúa vigente- y que castiga “al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...”.

Piénsese que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que 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 llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Esa doctrina ha entendido que 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 finés 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 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 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 afecte a más de una persona para ser típica; aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1, sí determina que, aunque sean varias las personas afectadas, estemos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal”.

3.- Por tanto, -como ya vimos en relación con el motivo equivalente del otro recurrente- eliminado el subtipo de “explotación sexual” 318, bis.2 el de la realización “con ánimo de lucro” (318 bis. 3) recuperaría su autonomía y eficacia, si no fuera porque la cuestión, alegada finalmente en el trámite de adecuación a la reforma del CP por la LO 5/2010, no ha podido ser debatida y contestada oportunamente por los recurrentes. Lo cual nos lleva a estimar que tal propuesta conculcaría el principio de prohibición de la reformatio in peius, tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional.

Consecuentemente, no pudiéndose estimar la solicitud absolutoria de la recurrente, solamente de modo parcial, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia». (F. J. 4º)

DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Conducta omisiva.

Recurso: Casación nº 2185/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 730/2011 de fecha 12/07/2011

«2. Es difícil hablar de pruebas contundentes para acreditar un hecho negativo. El delito de abandono de menores, aunque la situación delictiva se pueda originar excepcionalmente por algún acto positivo, la conducta castigada posee una naturaleza claramente omisiva, consistente en no

proporcionar al menor, cuya guarda o custodia tiene alguno confiada, los cuidados necesarios e indispensables. Por tanto sería preciso acreditar:

a) que tales cuidados no se prestaron.

b) que quien estaba obligado a prestarlos tenía pleno conocimiento de que el menor los necesitaba.

c) posibilidad efectiva de prestarlos, en este caso, acudiendo a los servicios médicos, para detectar y corregir una situación alarmante, que podía afectar seriamente a la salud del menor». (F. J. 2º)

DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. Supuesto de condena por delito de abandono de menor (art. 229 CP) que se sustituye por delito de incumplimiento de deberes familiares

Recurso: Casación nº 2185/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 730/2011 de fecha 12/07/2011

«El Fiscal en un sustancioso y fundamentado dictamen, que en sus líneas generales, asume esta Sala, considera que los hechos declarados probados debieron incardinarse en el art. 226 C.P. donde se describe el abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de los deberes legales de asistencia, al no producirse un quebrantamiento absoluto del deber de custodia ni ruptura de la situación fáctica en la que se halla el menor bajo la vigilancia y cuidado de un pariente. La jurisprudencia de esta Sala es cierto, como apunta el tribunal de origen, que ha equiparado a la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona, sin el apoyo o la protección de quien tiene la obligación de dársela, equivalente al abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo. El abandono, por tanto, también debe alcanzar a situaciones que sin ser del abandono propiamente dicho provoquen una situación de desatención por incumplimiento de los deberes de protección, esto es, cuando un menor o incapaz no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo esta cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación extrema de desamparo y desprotección.

3. Esta Sala entiende que el factum no describe un "abandono", sino un ejercicio inadecuado de los deberes de patria potestad o guarda del menor.

En realidad el art. 229 C.P. castiga la situación de peligro creada para un menor por la cesación o abandono de su custodia por parte de las personas encargadas de ello o, en otros términos, por la ruptura de los vínculos que unen al menor e incapaz con su entorno habitual.

El art. 226 C.P. hace referencia a una desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda. En nuestro caso

consistió en la consciente omisión de no llevar al menor a recibir los correspondientes cuidados médicos que pudiese precisar o, al menos, a verificar si los necesitaba ante su comportamiento llamativamente anómalo y sobre el cual habían sido informados.

La delimitación conceptual del alcance tipológico de los arts. 226 y 229 C.P. queda analizado de forma minuciosa en la sentencia de esta Sala número 559 de 27 de mayo de 2009, citada por el Fiscal, cuya doctrina debe reafirmarse en esta ocasión dada la gran similitud, si no identidad, de las situaciones contempladas.

El delito por el que se condena precisa de un mayor grado de antijuricidad o intensidad del ataque al bien jurídico protegido, que en el fondo es coincidente en un injusto típico y en el otro. Un dato relevante, particularmente influyente en la determinación de la acentuada gravedad de la conducta del art. 229, la impone desde una interpretación lógica y sistemática el art. 230 C.P. en el que se tipifica el abandono temporal del menor, lo que conduce a considerar que el abandono del art. 229 es un abandono definitivo, permanente, indefinido, o en general de mayor riesgo o peligro, que la simple dejación pasajera del menor por razón de alguna circunstancia concurrente en el hecho». (F. J. 3º)

DELITO DE ACUSACIÓN Y DENUNCIA FALSA (art. 456 CP). Concorre el tipo penal aun cuando se trate de la personación en un proceso penal ya iniciado.

Recurso: Casación nº 607/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 254/2011 de fecha 29/03/2011

«El artículo 456 del Código Penal vigente –apuntábamos en nuestra STS 1193/2010, 24 de febrero- sanciona a quien imputare a alguna persona hechos que de ser ciertos constituirían infracción penal si lo hiciere con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio por la verdad ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. La redacción del artículo 325 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, año 1994, era similar, no conteniendo el inciso relativo al temerario desprecio por la verdad. Jurisprudencia y doctrina han señalado generalmente que el bien jurídico protegido en este delito es doble: de un lado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se perjudica al verse en la precisión de llevar a cabo actuaciones procesales penales basadas en hechos cuya falsedad consta desde el inicio a quien los pone en su conocimiento; y de otro el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos, que se ve afectado negativamente al aparecer como imputado en una causa penal. En el primer aspecto, la Justicia no solo sufre los efectos negativos de un esfuerzo injustificado, sino que también puede verse perjudicada en su prestigio en cuanto llega al conocimiento público que el Poder del Estado en ese ámbito ha sido engañado e incluso conducido a tomar decisiones, aunque sean provisionales, que al basarse en hechos falsos, resultan injustas. En el segundo aspecto, la LECrim solo autoriza al

Juez a rechazar una querella, dejando a un lado el supuesto de incompetencia, en el caso de que los hechos no sean constitutivos de delito, artículo 313. De forma similar, el artículo 269 dispone que, formalizada la denuncia, el Juez o funcionario a quien se hiciere mandará proceder a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. Por imperativo del artículo 118 de la misma Ley, la admisión de una querella o denuncia debe ponerse en conocimiento inmediato de los querellados o denunciados al efecto de que puedan comenzar el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Desde ese momento, la posición procesal que ocupan es la de imputado, al no existir en nuestro derecho procesal una posición intermedia entre la imputación de parte, que atribuiría la posibilidad de defenderse con arreglo a la Constitución y a la ley, y la imputación judicial, que implica un grado mayor de sujeción al proceso.

El tipo objetivo requiere que sean falsos los hechos atribuidos al denunciado o querellado, sin que a esos efectos tenga trascendencia la valoración jurídica que el querellante o denunciante pueda hacer de los mismos. Lo que se sanciona penalmente no es una errónea calificación de parte, sino la imputación de hechos falsos. Sería, pues, irrelevante la inexistencia de una calificación jurídica, lo que ordinariamente ocurre, por otra parte, cuando se trata de una denuncia. Tampoco es decisivo el lugar que ocupen en sus escritos, pues lo que importa es que se trate de hechos y que sean conocidamente falsos por quien los imputa. En segundo lugar, es necesario que, de ser ciertos, los hechos imputados fueran constitutivos de infracción penal. Y además, es preciso que la imputación se haga ante funcionario judicial o administrativo que deba proceder a su averiguación. Estas dos exigencias, aun siendo diferentes, tienen relación directa con los bienes jurídicos protegidos, que precisamente se ven afectados cuando ese funcionario, en atención a la forma en que le son comunicados los hechos falsos que no autoriza a rechazar de plano su naturaleza delictiva, se ve en la obligación de proceder a su averiguación, y, por lo tanto, de abrir unas actuaciones o un procedimiento que, precisamente, causa la afectación negativa del bien jurídico, en los dos aspectos antes relacionados. En este sentido, lo que resulta relevante es que los hechos, tal como son presentados, tengan suficiente apariencia delictiva como para que no sea pertinente el rechazo de la querella o de la denuncia. Es decir, no se trata de que al final del proceso pudiera establecerse o negarse su carácter delictivo, sino que lo que importa es que, en el momento en que se realiza la imputación falsa, su contenido obligue a admitirla a trámite e imponga la comprobación de los hechos denunciados como paso necesario para su valoración jurídica. Esto no impide excluir la existencia del delito del artículo 456 cuando posteriormente pueda afirmarse, sin duda alguna, y siempre en una valoración del contenido de la denuncia o querella, que el procedimiento nunca debiera haberse incoado.

El tipo subjetivo exige que el autor conozca la falsedad de la imputación. De ahí las referencias a la inveracidad subjetiva. No basta, pues, con la falsedad de los hechos que se imputan sino que es preciso que quien

hace la imputación tenga la conciencia de que esos hechos no se corresponden con la realidad.

En definitiva, el art. 456.2 del CP acoge una condición objetiva de perseguibilidad, a saber, la existencia de un auto de sobreseimiento o archivo, pues el legislador quiere que la mentira de la imputación sea proclamada por un Juez. Pero el tipo, en modo alguno, impone una determinada extensión de las actuaciones jurisdiccionales en cuyo ámbito ha de producirse la resolución de cierre.

C) La defensa participa de la idea de que no puede afirmarse el delito, en términos de imputación objetiva, toda vez que el proceso penal –y, con él, la ofensa al bien jurídico- ya se había iniciado con anterioridad, en virtud de la denuncia interpuesta por Gloria Á. ante la Fiscalía General del Estado.

Tampoco este razonamiento puede ser compartido.

No ha habido una errónea aplicación del art. 456 del CP. Éste castiga a los que “...con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación”.

La acción se colma, pues, con la falsa atribución, a sabiendas, de responsabilidad por la comisión de una infracción penal ante cualquier funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a la averiguación del hecho denunciado. De suerte que, todo aquel que verifica esa adjudicación falsaria de responsabilidades penales, ya sea denunciando el hecho, ya interponiendo querrela, ya personándose como acusador particular en un proceso iniciado, colma la acción típica. Todavía en el tipo objetivo, desde la perspectiva del resultado, la preexistencia de un proceso penal en marcha no es obstáculo para la comisión del delito. Como venimos razonando, es perfectamente posible imputar falsamente a otra persona la comisión o la participación en un hecho delictivo mediante un acto de personación que, por definición, implica un proceso penal ya incoado. En efecto, ese ejercicio de la acción penal, a sabiendas de la manifiesta falsedad de los hechos sobre los que se apoya, da lugar a nuevas actuaciones procesales –en el presente caso, el acto de personación fue acompañado de la petición de diligencias-, hace pervivir sin justificación un procedimiento, menoscaba la honorabilidad de los injustamente imputados y, precisamente por ello, intensifica la ofensa al bien jurídico tutelado. En estrictos términos de imputación objetiva, no existiría obstáculo conceptual alguno para la imputación de los daños subsiguientes, que suponen una previa acción dañosa cuyos efectos se intensifican por una acción con incuestionable capacidad lesiva del bien jurídico tutelado». (F. J. 12º)

DELITO DE ASESINATO. Tentativa y comisión por omisión.

Recurso: Casación nº 11166/2010 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 379/2011 de fecha 19/05/2011

«La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad.

Ahora bien, debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola con "su omisión" el peligro que hasta entonces estaba conjurado o sea inexistente, es decir, lo crea, o, si ya existía un peligro, pero controlado la propia omisión, al descontrolarlo, aumenta el peligro de modo determinante de la lesión pero en los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por si solo, no hay comisión por omisión.

No obstante, la distinción entre comisión activa y comisión por omisión puede plantear diversos problemas, partiendo de que las consecuencias de tal diferenciación en materia de responsabilidad no son siempre evidentes por cuanto si se llega a la conclusión de que, en lugar de una comisión activa, se trata de una omisión constitutiva de comisión por omisión, no habría diferencias de responsabilidad relevantes. Sin embargo, aún reconociendo lo anterior, es obvio que la distinción conlleva importantes repercusiones dogmáticas: así, a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de

protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en uno u otro caso.

En la doctrina hay discusión acerca de cuál ha de ser el criterio de distinción entre comisión y omisión cuando ambas formas de realización típica se muestran aparentemente enlazadas. Un amplio sector se inclina por el criterio del "punto central del reproche" (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit), es decir, en otras palabras, por la prevalencia de aquella forma de realización típica que, en el caso, resulte más grave. El sector dominante, en cambio, dilucida si una conducta es constitutiva de comisión activa o de omisión, atendiendo, en principio, al criterio de la causalidad, más concretamente, a si la conducta del sujeto ha causado o no el resultado típico. Según ello, se trataría de determinar si la producción del resultado se debe a su causación por parte del sujeto (génesis activa del riesgo de lesión del bien jurídico) o a un riesgo generado fuera del ámbito organizativo de ese sujeto. En ese caso, el que al sujeto que no ha controlado ese riesgo se le impute una omisión pura o la comisión por omisión del hecho correspondiente dependería de que existiera o no un compromiso previo de contener el curso lesivo.

Con todo, el que, sobre la base de la constatación de la causalidad, se aprecie la existencia de una comisión no quiere decir que no quepa advertir también que la conducta del sujeto es constitutiva de una omisión. En realidad, en la mayoría de los casos pueden detectarse las bases tanto de una comisión como de una omisión. Por ello, en estos casos, más que decidir si estamos ante una u otra forma de realización típica, se tratará de decidir cual de ellas prevalece.

Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico.

Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejercitó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurriendo ambos -como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso.

Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquella, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica». (F. J. 3º)

DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Asociación que difunde y promueve ideología skinheads/nacional socialista.

Recurso: Casación nº 2033/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 372/2011 de fecha 15/05/2011

«Ciertamente, el art 515.5º CP proclama que “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: Las que promuevan la discriminación, el odio, la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello”.

Efectúa, por tanto, el texto una doble alusión, con carácter alternativo, a los verbos activos promover e incitar. Doctrinalmente se ha señalado que el primer término tendría un sentido más genérico que abarcaría todo tipo de comportamientos propiciadores de la discriminación, mientras que la incitación tendría un contenido más específico debiéndose referir a un destinatario personal a quien se tratara de motivar o determinar. No obstante, también se entiende que la exigencia de un destinatario de la incitación no tiene por qué concretarse en una o diversas personas individualizables, sino que basta con que el mensaje se difunda ante una colectividad difusa de personas a través de cualquier medio de comunicación de masas. Por otra parte, no se considera exigible que la promoción o incitación sean actividades sean actividades “programáticas” de la asociación, en tanto que como persona jurídica, conforme su objeto social. Si es cierto que no pueden resultar relevantes las actividades “ocasionales” de la sociedad o de sus miembros que se desvíen de tal objeto, también resulta razonable establecer que el art 515.5 CP exige un enjuiciamiento global de la actividad de la asociación en orden a determinar si ésta, en su actuación práctica contradice lo que puedan teóricamente declarar unos estatutos o normas fundacionales internas, posiblemente dirigidas a enmascarar sus verdaderos fines y objetivos.

La sentencia de instancia declaró probado que “la Asociación “Bl. & H. España” confeccionaba y distribuía, mediante su venta una revista que pretendía ser bimensual y constituirse en el medio de difusión y promoción de la ideología Skinhead nacionalsocialista.

En el número 1, septiembre de 2000, en el artículo titulado “Derribar el sistema” que comenzaba por afirmar que tras la derrota de occidente en 1945 el sionismo había resultado victorioso“ se concluía con “ Ha llegado la hora de luchar por nuestros hogares, mujeres e hijos y por nuestro futuro. DERRIBAR EL SISTEMA; para que vuelva a brillar el sol en nuestra gran nación europea, y por que ni un solo aliento sionista entumezca nuestra

marcha triunfal. Para nuestra gran EUROPA SIEG HEIL! Jamás capitularemos”.

En el número 3, junio de 2001, un artículo titulado “inmigración programada” finaliza con “Esta tierra es nuestra por lo que defenderemos hasta el final nuestra cultura, estandarte de nuestra raza, ante esta destrucción programada por el sistema mantendremos el amor a la tierra y amor a la sangre que nos define. Queremos que nuestros hijos conozcan la tierra y la cultura que vio nacer a sus ancestros y los héroes y genios de su pueblo ¡14 Palabras!”.

En otro artículo “Lo Políticamente Correcto” se dice “Debemos ser tolerantes y solidarios (se nos vuelve a repetir) tras esto se encuentra su deseo de que permitamos la invasión criminal que ha visto nuestra Europa. Debemos ser tolerantes con los inmigrantes y ya decenas de millones se pasean por Europa quitándonos nuestros puestos de trabajo, degradando nuestras ideas y sometiendo toda clase de tropelías y actos delictivos, todo ante el desarme y la indefensión de nuestro pueblo...”, incluyendo una viñeta con un mapa de euroasia con una cruz celta y el dibujo de una familia de rasgos arios y la leyenda “imagínate que un extraño entrara en tu casa y atacara a tu familia. ¡¡ Nuestra casa es Europa!! ¡¡Nuestra familia la raza blanca!!”, finalizando con “Honor y gloria a nuestros caídos¡ ¡Sieg Heil!!”, y la inserción al lado de una cruz celta de “LA INMIGRACIÓN DESTRUYE TU FUTURO”.

En el número 4, octubre de 2001, un artículo titulado “Stop a la inmigración” finalizaba con: “¡cuántas violaciones robos y atracos debemos aguantar antes de que la sangre morisca corra hacia el sur otra vez?”.

En el nº 5, enero de 2002, en un artículo titulado AFGANISTAN se expone “USA cumpliendo el papel de espada de Sión, se presta a embarcarse en una nueva guerra... son pueblos racialmente diferentes consumidos por un odio y desprecio total hacia nuestra raza... Ante el terrorismo islámico, nuestra esperanza se debe fundamentar en que quizá occidente en general y Europa en particular vea en los millones de inmigrantes de religión musulmana algo más que pobre gente que necesita de la solidaridad europea, quizá empiecen a ver en ellos lo que realmente son, invasores miembros de unos pueblos y unas razas que odian y envidian al hombre europeo... pero lo mejor de nuestra sangre se lo han llevado criminales guerras civiles entre nuestras naciones hermanas a lo largo de siglos promovidas por intereses financieros sionistas”.

En el ejemplar correspondiente a julio de 2003, y en el editorial relativo a la inmigración se dice “todas nuestras ciudades están siendo invadidas, nuestro modo de vida y libertad totalmente ultrajados, ¿cuántas mafias barbarizadas han entrado en nuestra patria?”. En otro artículo “Ejército ¿Español?” al tratar de la presencia de inmigrantes en las Fuerzas Armadas se afirma “Quieren ayudar a los americanos a conseguir el dominio mundial... mediante los postulados que marquen los judíos desde Israel para el dominio de Sion”.

Al margen de lo expuesto, junto a crónicas de conciertos de música R.A.C. u Oi! y de las actividades realizadas por la asociación Bl. & H. España, críticas de diarios y de libros, vinculados a la ideología nacionalsocialista, al antisemitismo o al revisionismo del holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial, era habitual artículos laudatorios sobre Adolf Hitler, Rudolf Hess, u otros jefes del partido nacionalsocialista o personas vinculadas a la indicada ideología, como el belga Leon D., así como que al pie de los artículos figurasen las expresiones “Arriba Europa”, “Sieg Heil”, Heil Hitler”, “88” como equivalente de Heil Hitler por ser el número ocho el que corresponde a la letra H en el abecedario, o “14 palabras” en referencia a “Debemos asegurar la existencia de nuestro pueblo y un futuro para los niños blancos” en palabras de Ian Stuart que formarían parte del ideario Skinhead.”

Igualmente, el factum recogía que “en el desarrollo del núcleo básico del frente antisistema recogido en los estatutos, SKINHEAD NS BL. & H. ESPAÑA vino organizando desde el primer momento conciertos y distintos eventos en aras a obtener la divulgación de su ideología así como ingresos, procedentes de los entradas y de la venta de todo un <<merchandising>> vinculado con la asociación o a su imaginario nacionalsocialista, tales como toallas, cazadoras, sudaderas, camisetas, jarras de cerveza, carteras, etc. con el anagrama Blood & Honour España, la frase Heil Hitler, la imagen de Adolf Hitler o de Rudolf Hess, las llamadas 14 palabras o signos gráficos referentes a su ideología tales como runas, libros de contenido nacionalsocialista o que negaban el holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial, efectos todos ellos que también se distribuían a través de Internet o de los apartados de correos de los que disponía la asociación.

En los conciertos intervenían grupos de música Oi! y RAC, correspondiendo ésta última a Rock Against Communism (Rock Contra el Comunismo o Rock Anticomunista), corriente musical nacida al amparo de la formación política Nacional Front, que reunía a un amplio aspecto de nacional-socialista ingleses, caracterizándose las letras por incluir referencias a las ideologías nacionalsocialista, fascista y racista con explícita incitación a la violencia frente a los inmigrantes o a los judíos, vendiéndose igualmente discos con dicha música. Así el día 29 de enero de 2000, entre otros actos, se organizó un concierto en Madrid para la presentación de Bl. & H. Sección Española; el 21 de abril de 2001 en conmemoración de Adolf Hitler; los días 17, 18 y 19 de agosto de 2001 unas jornadas en la localidad de Candelada, Ávila, por el aniversario de la muerte de Rudolf Hess y a modo de homenaje, que se repitió en los años siguientes; en Febrero de 2002 un concierto en la discoteca “xxx” de Aranjuez, contratándose un autobús para el traslado de asistentes desde Zaragoza por Francisco Javier B. P.; en mayo de 2002 en Casarrubios del Monte, Toledo, suscribiendo el contrato de arrendamiento por Roberto L.; en junio de 2002 se organizó en Bustarviejo la celebración del solsticio de verano, realizando Roberto L. el pago del albergue utilizado para alojamiento de los asistentes.

La asociación organizó el día 12 de febrero de 2005 un concierto en la localidad de Talamanca de Jarama, en la discoteca “xxxx”, alquilada a tal fin

por Alberto C. encargándose junto con David Á., José María A., Daniel B. y Francisco José L. P. de acondicionar el local, mientras que Sergio F. P. y Jorge V. C. realizaban funciones de seguridad, y Sergio R. del traslado de los asistentes procedentes desde Zaragoza, en un autobús alquilado por Ignacio M. F. que junto con Francisco Javier B. asistieron también al concierto.

En el transcurso del concierto, al que acudieron del orden de trescientas personas superando ampliamente el aforo del local, se dieron gritos alusivos a la raza judía, tales como "seis millones de judíos mas a la cámara de gas" y al nacionalsocialismo, "Heil Hitler y Sieg Heil", cuyo saludo era utilizado entre los asistentes."

Por lo tanto, desde la perspectiva del pretendido error facti, que exige un respeto total y absoluto a los hechos declarados probados en la sentencia, el motivo resulta inviable, al deducirse en el factum que el fin de la organización era promover el odio, la discriminación y la violencia, entre otros, contra los inmigrantes y los judíos». (F. J. 4º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Acreditación por prueba indiciaria.

Recurso: Casación nº 10035/2010 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 801/2010 de fecha 23/09/2010

«Dicho lo anterior, tan sólo nos queda recordar cómo, precisamente para el enjuiciamiento de delitos de "blanqueo" de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaria, a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007, entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (así las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007, por ejemplo), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.

f) *La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.*

g) *La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas». (F. J. 18º)*

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Blanqueo por imprudencia.

Recurso: Casación nº 1251/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 522/2011 de fecha 01/06/2011

«La jurisprudencia tiene declarado, (STS 22-10-2009, nº 1025/2009; STS nº. 960/2008, que cita, a su vez la STS núm. 1034/2005), que el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su "ambigüedad e inespecificidad", y por contradecir el criterio de "taxatividad" de los tipos penales. A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito. La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan». (F. J. 4º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. Finalidad.

Recurso: Casación nº 10825/2009 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 1080/2010 de fecha 06/10/2010

«Con independencia de las divergencias con su traducción en el precepto penal, es claro que la finalidad ha de estar presente en todo acto de blanqueo. Incluyendo la adquisición, conversión o transmisión. En la Sentencia de 8 de abril de 2010, ya decíamos que: el comportamiento típico puede adoptar diversas modalidades: a) adquirir, convertir, transmitir un bien sabiendo de su origen en un delito grave, que es la modalidad típica de blanqueo por la que bienes en el mercado ilícito entran en el de lícito tráfico jurídico; b) realizar cualquiera tipo de acto que tenga alguna de las finalidades típicas consistentes en ocultar o encubrir aquel origen o -como modalidad de encubrimiento-, procurar que quien participó en la infracción no eluda las consecuencias de su responsabilidad penal respecto de dichos bienes.

No puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas. Político criminalmente disminuye el incentivo del comportamiento delictivo que sus autores no puedan disfrutar de lo ilícitamente obtenido logrando la apariencia de licitud que haga jurídicamente incuestionable dicho disfrute.

Desde luego los hechos probados no proclaman que la entrega de dinero que atribuye a la recurrente tuviera esa finalidad. Expresamente se proclama muy diversamente que el objetivo era lograr ciertos comportamientos de los otros tres coacusados.

Pero es que, aunque se entendiera que también de esa forma se introducía en el mercado dinero de ilícita procedencia, la especificidad del caso que juzgamos deriva de que esa entrega ya se erige en el comportamiento que se valora constitutivo de cohecho e inducción al falso testimonio». (F. J. 14º)

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL. Organización criminal.

Recurso: Casación nº 2004/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 151/2011 de fecha 10/03/2011

«1.- Se cuestiona ahora la existencia de elementos que sustenten la organización dedicada al blanqueo, conforme a las exigencias jurisprudenciales .

(...)

El concepto de organización supone, pues, en la doctrina de la Sala, la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural que haga imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas (Sentencia del Tribunal Supremo de 25-2-2004).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19-9-2002, precisó que en nuestro Código no se dice qué ha de entenderse por organización o asociación a los efectos de la concurrencia de esta agravación. Basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad, así las cosas todos los partícipes en el delito integrados en tal estructura "pertenezcan" incurrir en este subtipo agravado.

En definitiva el concepto de organización es relativamente indeterminado y su apreciación requiere, según la jurisprudencia, las siguientes notas:

a) Existencia de una pluralidad de personas;

b) distribución de cometidos entre ellas;

c) Estructura jerarquizada;

d) Plan predeterminado en cuyo desarrollo se actúa; e) dotación de medios asignados al fin delictivo;

y f) Estabilidad o vocación de constituidad.

(En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 31-10-03 y 2-2-05).

Debe tenerse en cuenta asimismo que, según dispone el art. 282 bis.4 LECrim. "...a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o mas personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes " (entre los que se encuentran los relativos al blanqueo de bienes del art. 301, según el apartado c) del art. 282 bis 4).

Por lo expuesto, y dado que todos los expresados requisitos concurren en el supuesto de autos, a tenor de las circunstancias expresadas en la secuencia fáctica, podemos afirmar que no se verifica en modo alguno la denunciada infracción de norma penal sustantiva, que ha sido rectamente aplicada por la Sala de instancia, con lo que el motivo debe decaer, falto de fundamento y viabilidad.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado». (F. J. 6º)

DELITO DE COACCIONES. Elementos.

Recurso: Casación nº 10755/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 20/2011 de fecha 27/01/2011

«1. Para la configuración del delito de coacciones ha señalado la jurisprudencia que es necesario (STS nº 539/2009, de 21 de mayo): 1º) una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2º) cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3º) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta (art. 620 C.P.); la STS 1181/97, de 3 de octubre, insiste en la intensidad de la violencia como nota diferencial; 4º) que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler; y 5º) una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente (SS.T.S. 1382/99, de 29 de septiembre; 1893/2001, de 23 de octubre; y 1367/2002, de 18 de julio). El cual (el agente del hecho) no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (SS.T.S. 1379/97, de 17 de noviembre; 427/2000, de 18 de marzo; y 131/2000, de 2 de febrero)». (F. J. 5º)

DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS. Caracteres.

Recurso: Casación nº 11052/2010 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 244/2011 de fecha 05/04/2011

«El delito de desórdenes públicos tiene una naturaleza tendencial y exige para su apreciación la finalidad de atentar contra la paz pública, elemento subjetivo del injusto que, a su vez, precisa de los siguientes requisitos:

a) El sujeto es plural.

b) La finalidad es la de alterar la paz pública, concepto que es más amplio que el del simple orden público, u orden en la calle, y que se conecta con el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana --SSTS 987/2009; 1321/1999 ó 1622/2001--. Este elemento constituye el elemento subjetivo del injusto del tipo penal.

Pues bien, la clara intención de ese sujeto plural en el que reconocidamente se integraban los recurrentes no era una simple algarada más o menos violenta, sino que el momento escogido proclamaba a todas luces esa finalidad más amplia de atemorizar a una colectividad de personas, precisamente la noche anterior al día de las Elecciones Generales, que

constituyen la manifestación más importante del Estado Democrático y de Derecho: aquél en el que los ciudadanos van a elegir a sus representantes, y con ello al Gobierno que les represente.

Pretender que es un acto preparatorio impune el hecho de: a) ir de madrugada, b) en grupo por la calle, c) provistos de artefactos explosivos e incendiarios, d) con un atuendo destinado a provocar la impunidad al llevar cubiertos los rostros y e) con la confesada intención de incendiar cajeros de banco, es una conclusión tan inadmisibles como alejada de toda razonabilidad, y solo podría ser exponente de un angelismo que bien pudiera calificarse de patológico.

Antes al contrario, tal acción es a todas luces no ya un acto preparatorio o neutro e indiferente, como se afirma en el recurso, sino que, cuando menos, se está en presencia de un inequívoco principio de ejecución, y decimos, cuando menos, porque la alteración se produjo efectivamente con el ataque al vehículo policial, con independencia de que en el mismo no conste que intervinieran los recurrentes, pero en todo caso éstos sí dieron comienzo a la ejecución del delito de desórdenes por parte de los recurrentes». (F. J. 2º)

DELITO DE DESORDENES PÚBLICOS. Concepto de “invasión” y ocupación de instalaciones aeroportuarias.

Recurso: Casación nº 1315/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1154/2010 de fecha 12/01/2011

«En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 557.1 del Código Penal. Sostiene que el lugar ocupado por los trabajadores no es un espacio público, pues tiene lugar en una zona restringida de tráfico de aeronaves; que no concurre el elemento objetivo integrado por la necesaria violencia necesaria para colmar el concepto de “invasión” contenido en el artículo 557.1; y que falta el elemento subjetivo consistente en atentar contra la paz social, ya que cuando se producen los hechos imputados, entre las 13,00 y las 14,00 horas, el tráfico aéreo se encuentra ya cerrado y han finalizado los desembarcos de emergencia; y además, no existe una situación de peligro para las personas o sus bienes.

1. En lo que se refiere a la consideración del lugar de los hechos como espacio público, es claro que no se trata de un recinto privado, aun cuando su utilización esté severamente restringida por razones de seguridad. De otro lado, la invasión de lugares privados, o de los que no lo son aunque su uso se restrinja intensamente, puede tener serias repercusiones en el orden público en función de las características de su utilización ordinaria y de las consecuencias de que tal uso sea interrumpido, por lo cual aquella condición no determina ineludiblemente la atipicidad de la conducta, que lo que exige es una alteración del orden público.

En el caso, es claro que la invasión de las pistas produjo como efecto directo la imposibilidad de utilización del aeropuerto y del tráfico aéreo durante todo el tiempo en que se mantuvo, lo cual repercutió de forma muy grave en las condiciones de normalidad de la convivencia en los aspectos relativos a los derechos de las personas al desplazamiento libre y ordenado por vía aérea. Y no solo alteró el orden, sino que al hacerlo de forma tan relevante y profunda, afectó de forma grave a la paz social.

2. En cuanto a la concurrencia de violencia, que exige una parte de la doctrina como parte integrante del concepto de “invasión” al que alude el tipo, debe señalarse, en primer lugar que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no todas las acepciones del término “invadir” implican el uso de la fuerza, pues al lado de “irrumper, entrar por la fuerza”, el DRAE recoge como segunda acepción “ocupar anormal o irregularmente un lugar”. En segundo lugar, que, así como las dos primeras conductas típicas (causar lesiones o producir daños) implican de alguna forma el uso de la fuerza o violencia, no ocurre lo mismo con la obstaculización de las vías públicas o de sus accesos, respecto de las cuales solo se exige la creación de peligro para sus usuarios, lo que se puede causar con o sin el empleo de fuerza o violencia, por lo que nada impide entender que la alteración del orden con la finalidad de afectar a la paz pública puede producirse mediante la invasión de instalaciones o edificios sin necesidad del empleo de una violencia específica.

En el caso, debe tenerse en cuenta que la invasión de las pistas, realizada por un alto número de personas que se negaron a abandonarlas tras los requerimientos policiales, fue acompañada de la colocación en aquellas, por quienes las invadían, de jardineras, carros, vehículos de Iberia, escaleras, garrafas de agua, tractores, furgonetas, etc., que no podían ser retiradas mientras se prolongara la invasión, y que suponen el ejercicio de una cierta fuerza sobre las cosas orientada a conseguir el objetivo final de la acción.

Lo que resulta de importancia en el tipo, es precisamente la relevancia de la alteración de las condiciones normales de convivencia, siempre que se produzca por medio de una de las conductas descritas en el precepto.

3. En cuanto al elemento subjetivo, se ha discutido si la noción de orden público es coincidente con la de paz pública. A pesar de su proximidad y de las dificultades para su distinción, ésta resulta obligatoria dada la redacción del tipo, pues carecería de sentido identificarlos de forma absoluta para entender que la conducta típica consistiría en alterar el orden o la paz públicos, con la finalidad de alterarlos. Para ello bastaría con el dolo, como conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sin necesidad de admitir una redacción redundante como la que resultaría de tal interpretación.

Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en

condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS nº 987/2009, de 13 de octubre, se decía que “Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia --STS 1321/1999--, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas --STS 1622/2001—”.

Parte de la doctrina entiende que esta finalidad de atentar contra la paz pública no es compatible con la existencia de otra finalidad que pudiera considerarse legítima. Otro sector doctrinal, al igual que la jurisprudencia mayoritaria, se inclina por entender que la concurrencia de una finalidad legítima, que por otra parte es habitual que exista en algunas clases de manifestaciones que suponen, al menos, una cierta alteración del orden, no impide la comisión del delito, al menos cuando sea evidente la existencia de posibilidades alternativas menos gravosas para la paz pública y cuando al mismo tiempo sea evidente que con la conducta se produce su alteración de forma grave al optar sus autores por procedimientos al margen de las reglas democráticas de convivencia.

En el caso, es claro que, teniendo en cuenta la importancia que en la sociedad moderna tiene el transporte aéreo de personas, los acusados no podían ignorar que, por más que inicialmente la cuestión se relacionara con un posible conflicto laboral, que de otro lado, aún no se había presentado realmente y que no llegó a concretarse, su conducta invadiendo las pistas o manteniéndose en ellas, provocaba, de forma inseparable a la acción, una gravísima alteración del orden en el funcionamiento normalizado del aeropuerto, que al impedir el uso correcto de las pistas impedía a su vez el aterrizaje y despegue de los aviones, así como el desembarco de pasajeros de los que ya habían tomado tierra, con los evidentes trastornos para los derechos de los viajeros al desplazamiento pacífico y ordenado, y para el mismo funcionamiento del transporte aéreo considerado globalmente.

Es evidente, también, que al alcance de los acusados, y de los demás que participaron en los hechos aun cuando no hayan sido identificados, existían otras alternativas para la reivindicación y defensa de sus derechos, entre ellas la huelga con respeto a las normas vigentes, sin que fuera necesario desarrollar una conducta con tan graves consecuencias para los derechos de terceras personas. El ejercicio de determinados derechos, como el derecho de reunión o el de manifestación, fundamentales en una sociedad democrática, pueden ocasionar inconvenientes y molestias a otros ciudadanos y es preciso realizar una labor de ponderación entre los derechos de unos y de otros, admitiendo un cierto grado de inconvenientes en aras a la calidad democrática de la sociedad y al respeto al contenido esencial de aquellos derechos.

Pero las molestias no son equiparables a otras situaciones en las que, mediante actos que implican alguna clase de violencia sobre cosas o sobre personas, se suprime la libertad de ejercicio de otros derechos por parte de terceros a través de una severa alteración del orden público.

La elección de tal forma de comportamiento, como la relatada en los hechos probados, implica la aceptación por parte de sus autores de las consecuencias evidentes, necesariamente unidas a aquel, en cuanto a la alteración del orden, de forma que debe concluirse que entre sus finalidades estaba también la afectación de la paz pública, entendida en la forma expuesta más arriba». (F. J. 4º)

DELITO DE DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN. Doctrina. Concorre en el caso.

Recurso: Casación nº 1241/2010

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1155/2010 de fecha 01/12/2010

«La sentencia condena a los acusados como autores de un delito relativo a la prostitución contemplado en el artículo 188.1, segundo inciso, C.P, que establece que incurrirá en la misma pena "el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma", es decir, lo que incrimina este inciso es lo que se ha denominado proxenetismo no coercitivo. Efectivamente, el primer inciso del precepto se refiere al empleo de violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, mientras que el aplicado se limita a igualar a estas conductas la explotación de la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la determinación del ámbito típico de esta figura introducida por la L.O. 11/03 resulta obligada "ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad", no facilitando esta tarea un criterio legislativo que asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos

otros que solo emplean el engaño, lo cual es más visible todavía cuando se identifica aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena (S.T.S. 445/08), lo que ha llevado a sentar como principio la idea de que "no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte al que la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión", exigiendo para ello las siguientes condiciones: a) que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad; b) quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución; c) la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo y d) la percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio. En realidad de lo que se trata es de constatar la existencia de un consentimiento viciado en la medida en que el sujeto activo se aprovecha directamente de las dificultades ajenas, lo que implica un vínculo de subordinación derivado de la situación de la víctima. De esta forma cabe incluir en la tipicidad del segundo inciso, cuando se den estas condiciones, el llamado proxenetismo no coercitivo, pero en principio quedarían fuera de la misma la denominada "tercería locativa" o el denominado "rufianismo", cuando existe una situación de igualdad y consentimiento abierto.

(...)

En el fundamento de derecho sexto, la Audiencia refiere la situación de necesidad o especial vulnerabilidad de las afectadas "debido a la precariedad de las condiciones de trabajo en su país o su retribución o de las circunstancias en las que se encontraban al llegar, no disponiendo de dinero ni de familia o personas conocidas que pudieran prestarles asistencia o socorro", además de la necesidad de saldar la deuda que Pedro les exigía. De lo anterior se desprende que existe una explotación directa, concurriendo una relación de subordinación, consecuencia todo ello de las circunstancias expresadas más arriba, concurriendo evidentemente un aprovechamiento de las debilidades ajenas en los términos expuestos más arriba». (F. J. 4º)

DELITO DE DIFUSIÓN DE IDEAS GENOCIDAS. No concurren los elementos típicos. No provocación o incitación por la mera edición o venta de libros o revistas.

Recurso: Casación nº 1172/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 259/2011 de fecha 12/04/2011

«1. Principalmente después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente tras la constatación de algunos de los hechos cometidos bajo el nazismo, se consideró necesaria la reacción de la Humanidad contra las ideas y las conductas genocidas. Lo ocurrido en la segunda mitad del Siglo XX, e incluso en la década ya consumida del siglo XXI, demuestra que la configuración de métodos, sistemas o medidas de reacción contra el peligro de que esas conductas se ejecuten nuevamente sigue siendo imprescindible. Y no solo desde proclamaciones más o menos contundentes, sino mediante políticas activas, bien de carácter positivo a través de la educación, formación e información; o incluso llegando a la sanción penal para los casos más graves. Todas ellas orientadas a evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos o de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana.

La consideración y la protección de la dignidad humana, que el artículo 10 de la Constitución considera fundamento del orden político y de la paz social, se constituye en la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan a los textos positivos las formulaciones de los derechos humanos. Aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de tales ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal, como ya se ha indicado, para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger.

Dado que una de las bases del genocidio se encuentra en criterios de minusvaloración o menosprecio de las personas por pertenecer a determinados grupos identificados por la posesión o la carencia de características que los diferencian, se hace igualmente preciso actuar contra cualquier clase de conductas o actitudes que impliquen actos de discriminación, entre ellas las consideradas como divulgación del discurso del odio, pudiendo entenderse por tal, como se dice en la STC 235/2007, aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

2. Junto a la protección del honor, al que se ha referido el Tribunal Constitucional en la STC nº 214/1991 y en la STC nº 176/1995, el Código Penal, en lo que aquí interesa, además de sancionar el delito de genocidio en el artículo 607.1, castiga la provocación al genocidio en el artículo 615; la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia en el artículo 510; y la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas, en el artículo 607.2.

El artículo 615 del Código Penal sanciona la provocación a la comisión del delito de genocidio, entre otros. La provocación viene definida en el artículo 18 como incitación directa a la comisión de un delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, lo cual exige, según la jurisprudencia (STS nº 791/1998, de 13 de noviembre) los siguientes elementos definidores, con cita de la Sentencia de esta Sala de 21 marzo 1986: “a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento”. Es necesaria, por lo tanto, una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca. En consecuencia, es preciso que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permita su identificación y su calificación como delito. Además, son precisos los elementos relativos a la publicidad.

El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Aún podría añadirse como argumento concurrente que, en la interpretación constitucional del artículo 607.2 a la que luego se aludirá, el Tribunal ha considerado como una de las modalidades de la conducta típica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio cuando impliquen una incitación indirecta a su comisión. De lo que resultaría que la incitación indirecta a la comisión del genocidio resultaría más levemente penada que la incitación, igualmente indirecta, a la ejecución de actos presididos por el odio, discriminatorios o violentos.

3. Como se ha dicho, los recurrentes se quejan de lo que consideran indebida aplicación del artículo 510. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos.

4. En tercer lugar, como un grado más, de gravedad inferior a las conductas típicas contenidas en los artículos 615 y 510, se sanciona en el artículo 607.2 la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que

justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de ese artículo, es decir, el delito de genocidio en cualquiera de sus distintas acciones.

Por difundir puede entenderse trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros. Puede hacerse públicamente o de forma privada. El tipo señala que la difusión puede realizarse por cualquier medio, lo que hace inexigible su carácter público, pero habrá de exigirse que, de todos modos, el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas, que puede ser también indeterminado.

Justificar algo supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. Desde otra perspectiva, se alcanzaría la justificación mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor, que resulta aceptable en función de los beneficios que finalmente reportaría. Cuando lo que se justifica es un genocidio, se niega al tiempo la existencia de razones procedentes de la consideración de la dignidad de las víctimas que impidiera tal justificación, lo que implica un juicio negativo, despreciativo y minusvalorador sobre las mismas. Mediante el menosprecio a éstas es igualmente posible presentar un escenario en el que las conductas genocidas quedaran justificadas. En definitiva, con este tipo de planteamientos, que pueden ser muy variados, se considera el genocidio, al menos, como un mal menor, aceptable en las circunstancias dadas. El Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007, FJ 7º, señala, como recoge la sentencia impugnada, que la justificación supone partir de una “cierta identificación con los autores”.

Lo que debe ser justificado, según el tipo, es el genocidio. Y este delito viene descrito en el artículo 607.1 como la ejecución de varias conductas concretas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El apartado 2 de ese artículo no se refiere, por lo tanto, a la difusión de ideas que justifiquen conductas discriminatorias, si no van acompañadas del propósito antes expuesto, propio del genocidio, y no se desarrollan, o se debieran desarrollar, mediante la ejecución de las conductas típicas del artículo 607.1 CP.

(...)

15. Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha

realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos.

Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal». (F. J. 1º)

DELITO DE EXTORSIÓN. Elemento subjetivo.

**Recurso: Casación nº 10755/2010 P
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 20/2011 de fecha 27/01/2011**

«1. El delito de extorsión requiere como elemento del tipo subjetivo la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La jurisprudencia ha entendido (entre otras STS nº 712/2005, de 8 de junio) que por ánimo de lucro debe entenderse “cualquier provecho o utilidad que pretenda obtener el sujeto activo de la infracción, tanto sea para sí mismo como para un tercero”». (F. J. 6º)

DELITO DE INCENDIO. Riesgo para las personas.

**Recurso: Casación nº 10293/2010 P
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 828/2010 de fecha 04/10/2010**

«Apoyándose, por un lado, en la nutrida doctrina jurisprudencial de esta Sala del T.S., y en los hechos declarados probados referentes a los resultados producidos por el incendio, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada sobre la concurrencia del componente típico cuestionado, no admite discusión.

En efecto, el fuego provocado por el agente debe ocasionar un peligro para la vida o la integridad física de las personas, debiendo reiterarse ahora una vez más que el delito de incendio del art. 351.1 C.P. "ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 de

octubre, "en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto 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 concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro". En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos.

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, resulta patente que la reclamación casacional no puede prosperar, y que la argumentación de la sentencia recurrida al excluir la aplicación del tipo atenuado, no admite reparo, puesto que aunque no hubo víctimas, no debe olvidarse que el tipo penal básico aplicado sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. Los posibles resultados lesivos o letales integran otras infracciones sancionables, en su caso, en concurso con el delito de incendio. La consumación del delito únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas. Ahora bien, en los casos en que la entidad del peligro sea menor, atendidas las demás circunstancias del hecho, se concede a los Jueces o Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a la prevista en el inciso primero del artículo citado que es lo que decidió el Tribunal a quo. La menor entidad tiene un alcance esencialmente objetivo y debe indagarse a la vista de las circunstancias presentes teniendo en cuenta singularmente la intensidad del riesgo de propagación y consiguiente peligro para la vida o integridad física de las personas, siendo ello consecuencia de los medios empleados para causarlo, lugar de aplicación de los mismos, incluso naturaleza de los materiales (STS de 27 de mayo de 2.009).

Como decíamos en nuestra sentencia de 27 de mayo de 2.004, entre otras muchas, "en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto 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 concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro (STS 7-10-2003). La configuración del delito de incendio como un delito de peligro permite la atenuación en función de la peligrosidad del incendio, de la intencionalidad de la extensión de un resultado previsible en definitiva, de la concreción de un peligro. El apartado final del art. 351 contempla una cláusula concreta de individualización para este delito. Como tal cláusula individualizadora el Tribunal puede emplearla para adecuar la responsabilidad penal a la situación real de peligro enjuiciada. Esta cláusula no es una facultad discrecional del Tribunal, sino sometida a los

presupuestos que la permiten, esto es, la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho y, por ello, necesitados de una específica motivación que permita el control casacional por esta Sala comprobando la utilización racional de la facultad (STS 26-12-2000)".

Es claro que en el caso presente la acción del acusado -ejecutada de modo consciente y deliberado- produjo un incendio de considerables dimensiones llegando las llamas hasta la tercera planta de los edificios "cuyos pisos y escaleras de inmediato se llenaron de humo", efecto éste, por lo general, más letal que el propio fuego, lo que obligó al abandono del edificio por parte de quienes allí residían, entre los que se encontraban personas de avanzada edad, con minusvalías y limitada movilidad. Esta situación no sólo generó un peligro hipotético, potencial o abstracto, sino concreto, definido y real a tenor de las circunstancias concurrentes.

La subsunción de los hechos en el art. 315.1 C.P., resulta, por consiguiente, acertada y correcta, por lo que la reclamación del recurrente a que se debió aplicar el apartado 2 de dicho precepto, no puede ser acogida, toda vez que en dicho apartado lo que el legislador contempla es la producción por el agente de un incendio que no haya generado riesgo alguno para la vida o la integridad física de las personas, circunstancia excluyente que de manera manifiesta y notoria no se da en el caso presente. Por ello también debe ser desestimado el motivo Quinto del recurso que es el que propugna la aplicación de dicho art. 351.2 C.P». (F. J. 5º)

DELITO DE MALTRATO HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR. Concepto de habitualidad. Caracteres.

**Recurso: Casación nº 10304/2011 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 765/2011 de fecha 19/07/2011**

«El Código Penal de 1995 en su art. 153 con el mismo buen propósito de la reforma de 1989 mantuvo la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Este artículo fue objeto de sucesivas reformas, Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del C.P. en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas; LO. 11/2003 de 29.9, que sin perjuicio de reconocer el alcance multidisciplinar que trate la violencia doméstica, que no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecte al desarrollo de la personalidad, a la propia

dignidad humana y a todos los derechos inherentes, justifica que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar haya pasado al Título VII del Código y ubicado en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173, dado que este delito desde una perspectiva estrictamente constitucional, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes - art. 15 - y en el derecho a la seguridad - art. 17 - quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

(...)

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

... en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP. establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in idem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la

frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del coprocesado hacia la hija de la recurrente, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 173.2 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real». (F. J. 5º)

DELITO DE NEGOCIACIONES/ACTIVIDADES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS (art. 441 CP). Sujeto activo.

Recurso: Casación nº 2626/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 698/2011 de fecha 22/06/2011

«2.- La sentencia recurrida, con menos riqueza argumental de la deseable, considera que el hecho probado no puede ser subsumido en la norma del artículo 441 del Código Penal por excluir en el acusado la condición que para el sujeto activo reclama el tipo penal.

No matiza si tal exclusión deriva de que el acusado no es funcionario o porque no actúa como tal. Si es por lo primero, la negación de la condición reclamaba mejor fundamento, ya que el hecho probado da cuenta de que el acusado es médico adjunto en el servicio de psiquiatría del hospital dependiente del ICS. Si lo segundo, tampoco se entiende la exclusión. Que el funcionario realice la negociación vetada fuera del ámbito de su actuación como funcionario, no solamente no excluye el tipo penal, sino que, precisamente será lo ordinario.

No obstante ello, tampoco la tesis de la acusación es estimable. Porque el comportamiento probado no entra en el ámbito acotado para ser tildado de ilícito penalmente.

El ámbito vetado en el tipo penal se delimita diciendo que la actuación (actividad profesional o de asesoramiento) que lleve a cabo el sujeto activo (funcionario) ha de ocurrir en asunto que se identifica porque: a) el autor deba intervenir o ya haya intervenido (hipótesis que el propio recurso no considera que sea la sucedida) y b) que el asunto sea de aquellos en que la oficina o centro directivo, en que estuviera destinado el acusado o del que éste dependa, lleve a cabo el trámite, informe o resolución.

Pues bien el "asunto" al que se refiere la acusación es el reconocimiento a determinados sujetos de una prestación como consecuencia de padecer una patología que es la que el acusado informa que padecen.

No resulta discutible que el acusado en el procedimiento administrativo para tal reconocimiento de prestación no tiene intervención alguna en su condición de médico de un hospital. Ni consta que pudiera tenerla por otro título.

El hospital es el centro de trabajo como tal funcionario. Pero el hospital tampoco tiene participación en aquel procedimiento administrativo. La referencia típica "oficina o centro directivo de destino o de dependencia del autor" se ha de identificar, exclusiva y limitadamente, como el que "tramita, informa o resuelve" el procedimiento administrativo. Y el destino o dependencia del autor, respecto de él han de ser directos y referidos al órgano o centro directivo que lleva a cabo la tramitación o emite el informe o la resolución. Es irrelevante que el centro de adscripción del funcionario (hospital) y ese otro responsable de la tramitación (INSS), informe (ICAM) o decisión (Dirección provincial del INSS), a su vez, dependan, o no, de un mismo órgano, centro o institución superior común. Porque solamente en aquel caso, y no en éste, concurre el fundamento de la prohibición: la influencia de la actividad o asesoramiento -la conducta típica del autor-imputada al acusado en el contenido de la tramitación, informe o resolución del asunto, de tal modo que la suerte de ésta no sea fruto de la búsqueda imparcialidad y objetividad que debe caracterizar el ejercicio de la función pública.

Es obvia la diversidad entre el hospital y el ICAM y, más aún, respecto del INSS.

Por ello el motivo debe ser rechazado». (F. J. 3º)

**DELITO DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (art. 455 CP).
Doctrina y elementos típicos.**

Recurso: Casación nº 1739/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 24/2011 de fecha 01/02/2011

«Resta por examinar el motivo opuesto por error de derecho en el que denuncia la indebida aplicación del art. 455 del Código penal, a cuyo tenor es sancionado penalmente quien con la intención de realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado como elementos de este delito (STS de 14 de abril de 2004), a) en cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, cabe aplicar éste no solo a derechos crediticios u obligacionales, sino que se ha extendido a otros derechos como los reales. b) En cuanto a la dinámica comisiva se trata de hacer efectivos derechos propios y la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, y deberá emplearse violencia, intimidación o fuerza en las cosas. c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia ha entendido que el mismo determina la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará el delito de robo, mientras que con el delito de realización arbitraria del propio derecho, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

El motivo será estimado.

(...) cuando el propietario realiza la entrada y el posterior cambio de la cerradura la vivienda que había sido entregado para uso de los compradores durante el tiempo de la construcción de la que se adquiría en el contrato, había sido abandonada de ese uso un año antes y desde esa fecha había sido convertida en almacén, es decir, para un destino distinto de aquél para el que fue entregada. El hecho probado refiere que en el mes de de marzo de 2005 y en la vivienda entregada para ese uso estuvieron durante un año, lo que nos sitúa en el mes de marzo de 2006. La entrada del propietario para arreglar los desperfectos derivados de la rotura del depósito y posterior cambio de cerraduras acaece el 9 de junio de 2007, cuando los moradores habían dejado de pagar los servicios a los que se habían comprometido, esto es, agua y luz. Desde la perspectiva expuesta es razonable que el recurrente no actuara sobre el derecho de cesión para vivienda y en ese sentido manifestó en el enjuiciamiento que sabía que la vivienda estaba desocupada y no realizaba la finalidad para la que fue entregada, servir de vivienda a los compradores en cuyo contrato de compraventa se pactó la cesión de uso para vivienda. En consecuencia, no resulta acreditado el contenido del injusto típico de la realización arbitraria del derecho a la medida en que el apartamento sobre el que se actúa había sido abandonado como vivienda, no se gozaba de servicios de luz y agua, por lo que la entrega pactada para vivienda ya no existía.

Consecuentemente no resulta acreditado que el acusado tratara de realizar un derecho propio fuera de los cauces previstos en la ley, pues razonablemente puede tratarse de un supuesto de extinción de la relación contractual para la que se entregó el goce del apartamento, para vivienda no para almacén, y ese abandono de la finalidad del contrato aparece

documentado en la causa mediante el cese en el pago de los compromisos adquiridos, lo que implicaba un abandono del contrato. En todo caso, no se emplearon en el hecho las formas de actuación típica del art. 455 del Código penal». (F. J. Único)

DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE EXPLOSIVOS (art. 568 CP).

Recurso: Casación nº 582/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 897/2010 de fecha 20/10/2010

«Dicho precepto como ley penal incompleta o en blanco, necesitada de complementación extrapenal, impone unos requisitos para calificar los hechos en la forma que lo hace la Audiencia, que se dan absolutamente en el factum. Tales elementos -según el certero informe del Fiscal- serían:

a) la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o sus componentes.

En la nave había no sólo componentes explosivos (nitrato, clorato potásico....) sino sustancias consideradas explosivos (pólvora negra, pólvora sin humo), según el Reglamento. Además había productos inflamables (butano-propano) y también artificios pirotécnicos (botes fumígenos modificados y dispuestos para su iniciación eléctrica y pirotécnica, diez artificios pirotécnicos, y múltiples inflamadores eléctricos montados artesanalmente y otros industriales, entre los más significativos).

El artículo 12 del Reglamento de Explosivos de 16 de febrero de 1998, en la clasificación de explosivos, entre los explosivos propulsores, incluye las "pólvoras negras y pólvoras sin humo", y, como otros explosivos menciona "los detonadores eléctricos y no eléctricos". Y el artículo 23 clasifica "los botes fumígenos" entre los artificios pirotécnicos.

b) la capacidad explosiva de las sustancias es indiscutible. Ha quedado demostrada empíricamente y además la prueba pericial, elaborada por los funcionarios de la Unidad Central de Desactivación de Explosivos (folio 423 y ss.) indican que "la magnitud de la explosión no permitió la identificación de indicio alguno suficiente para poder establecer las causas de la misma. En todo caso, la nave en cuestión albergaba gran cantidad de productos inflamables, butano-propano, artificios pirotécnicos, productos base para la fabricación de explosivos, inflamadores eléctricos, cartuchería, etc..... material que por sus características y condiciones presenta por sí mismo un importante riesgo potencial de explosión.

c) es un depósito clandestino porque no estaba amparado por la correspondiente autorización.

Se trata de un depósito de explosivos de consumo. El artículo 150 del Reglamento define el depósito como el lugar destinado al almacenamiento de

las sustancias reglamentadas, y lo denomina de consumo cuando están destinadas al consumo por el titular. Y el artículo 154 exige la autorización del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma». (F. J. 7º)

DELITO DE TRAICIÓN. Actividades del CNI. Control judicial.

Recurso: Casación nº 10251/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1094/2010 de fecha 10/12/2010

«Las actividades de los agentes del CNI no están funcionalmente subordinadas al esclarecimiento de hechos aparentemente constitutivos de delito. Su cometido no es otro que facilitar al Gobierno "...las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones" (art. 1 Ley 11/2002, 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia).

Para el cumplimiento de esos objetivos, precisa el art. 4 de la misma Ley, el Centro Nacional de Inteligencia llevará a cabo las siguientes funciones: "a) obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional; b) prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población; c) promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos; d) obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro; e) coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro; f) velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada; g) garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales."

(...)

Resulta indudable, pues, que la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del CNI no es la de un anticipado coadyuvante del Juez de instrucción. El expediente incoado con ocasión del

ejercicio de las funciones propias de los servicios de inteligencia y las diligencias penales encaminadas a la investigación de un hecho punible, no están necesariamente llamados a converger en un hipotético proceso penal. Responden a principios distintos, su contenido es también diferente y, por tanto, el sacrificio de los derechos fundamentales que se producen en uno y otro ámbito, se justifica por razones no coincidentes.

Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. (F. J. 2º)

DELITO DE TRAICIÓN. Tipo penal del art. 584 C.Penal

Recurso: Casación nº 10251/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 1094/2010 de fecha 10/12/2010

«El delito previsto en el art. 584 es un delito de peligro abstracto que, como tal, no exige la efectiva, sino la eventual puesta en peligro del bien jurídico. De ahí que las conductas en él descritas, una vez realizadas con el propósito de perjudicar la seguridad o la defensa nacional, consuman el delito. Se trata de un tipo mixto alternativo, de forma que tanto consuma el tipo quien simplemente se hace con la información, esto es, se la procura, como quien la falsea alterando su contenido, la inutiliza –ya mediante su destrucción, ya de cualquier otra forma que sin destruirla impida el logro de sus fines- o la revela a terceros.

Tiene razón la defensa cuando critica el discurso del Tribunal a quo, que ha convertido en resultado –la reestructuración del CNI- lo que no sería sino una consecuencia preventiva asociada al delito. De ello nos ocuparemos infra, al analizar el octavo de los motivos de casación. Pero lo que está fuera de dudas es que esa naturaleza de delito de peligro abstracto del art. 584 del CP determina que procurarse información susceptible de perjudicar a la seguridad nacional y hacerlo con la intención de favorecer a un potencia extranjera, consuma el delito, por más que esa idoneidad potencial para dañar los intereses estratégicos españoles no se haya materializado en un resultado material concreto.

Existió, por tanto, un riesgo de lesión del bien jurídico protegido, sin que el juicio de tipicidad formulado por la Audiencia Provincial pueda considerarse erróneo. De ahí que proceda la desestimación de las alegaciones del recurrente». (F. J. 7º)

DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL. Art. 173.2. Evolución jurisprudencial.

Recurso: Casación nº 2125/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 192/2011 de fecha 18/03/2011

«1.- También en la misma línea de discutir la subsunción de los hechos en norma penal sustantiva, discute el séptimo motivo, que la declaración de los probados permita la aplicación del tipo penal de violencia habitual a que se refiere el artículo 173.2 que, por ello, denuncia como infringido por indebida aplicación.

Alega que no permite ese tipo penal interpretaciones extensivas que abarquen cualquier ofensa personal no física en el ámbito del matrimonio.

Estima que lo atribuido al recurrente es calificable de "inciertos hechos de humillación, insultos gritos y extremo control económico" y concluye que ello puede "generar desafección y ruptura, pero que no es razonable que puedan implicar prisión". Más, añade, si la víctima es especialmente vulnerable por circunstancias anteriores ajenas al comportamiento del acusado.

2.- Prescindiendo de la consideración de los hechos probados como "inciertos", ya que tal característica no es cuestionable en este cauce procesal, y de la valoración como razonable o no de la decisión del legislador de imponer la pena de prisión al hecho tipificado en la norma citada, que inútilmente plantea el recurrente, hemos de convenir que la situación descrita en el hecho probado ha de tipificarse, como hace la sentencia recurrida, de violencia psíquica habitual.

Nuevamente la sentencia de instancia se muestra exquisita en las consideraciones sobre el sentido de la expresión que tipifica el delito citado como violencia psíquica. La creación de una atmósfera irrespirable por "sistemático maltrato", la configuración de la convivencia como "microcosmos regido por el miedo y la dominación", como referencia diferenciable de la concreta consideración de cada acto que se encuentra en el origen de aquella situación, constituyen el sustrato fáctico al que el legislador acude cuando, entendiendo la expresión en el sentido común del lenguaje, tipifica la que denomina violencia psíquica.

Ciertamente tal dimensión empírica debe acompañarse de una valoración normativa. Conforme a la misma, aquella situación ha de tener cierta entidad que resulte socialmente reprochable. Porque obedezca a una intolerable concepción asimétrica de la relación de la pareja en la que uno de los sujetos impone una arbitraria jerarquía, consolidada mediante el temor que se suscita en el que resulta injustamente sometido. No solamente por cualesquiera medios, de los que, conforme a aquel uso común del lenguaje, convenga la consideración de violento, sino también en relación a las múltiples facetas desde las que la relación citada puede ser concebida: tanto la repugnante sumisión de los criterios de uno a los que el otro postula, como en la inhibición atemorizada en el ejercicio de las diversas manifestaciones de libertad, sea la de movimientos, la de creencias o la de opinión. Y también cuando el control de los recursos económicos propios de la pareja se monopoliza por uno de ellos sin opción alguna del controlado a su empleo fuera de las pautas que el otro señala.

Desde luego la vejación o desprecio constituye ya una manifestación más grosera, si cabe, de aquella violencia psíquica.

El tipo penal exige que aquella situación histórica o fáctica, a la que convenga esa valoración normativa, ha de ser también habitual. Este concepto no equivale al de continuidad, en el sentido que la define el artículo 74 del Código Penal, ni es equiparable al delito que mediante un solo acto produce un resultado de permanente lesión del bien jurídico.

La habitualidad se configura como comportamiento, eso sí reiterado, pero del que deriva un único resultado específico y autónomo del concreto resultado de cada una de las acciones que se reiteran en el tiempo.

Precisamente por ello el legislador ha decidido sancionar separadamente y en concurso de delitos los diversos actos cometidos por el sujeto activo, si aisladamente valorados son susceptibles de tipificarse como tales delitos específicos: homicidio, lesiones -incluida la lesión psíquica-, amenazas, detenciones ilegales, coacciones, injurias, etc...

La consumación del delito aislado, autónomo del de violencia habitual, difiere así de la consumación del delito habitual. Ésta ocurre cuando puede decirse que la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2.

Así en nuestra Sentencia 1050/2007 de 20 de diciembre, dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007, de 14 febrero respecto a dicha autonomía que: "...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento."

De ahí que, además de la sanción que los actos específicos han merecido, merezca ser penada la situación permanente de dominación denigrante a que aquellos actos y los demás no objeto de pena aislada, han sometido a al víctima. Precisamente con la correcta aplicación del artículo 173.2 del Código Penal .

Y en la Sentencia de esta Sala de 19 de Octubre del 2010 resolviendo el recurso 10526/2010 dijimos: lo que ocurre, es que el Legislador al modificar el art. 173.2 C.P . por la L. O. 111/2003 ha incluido una cláusula concursal

excluyendo la infracción del principio non bis in idem, cuando dice que las penas se impondrán "sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica". Esta Sala ha dicho que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no suponen una infracción del citado principio. La violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad (S. 13-9-2007).

Merece especial atención la reciente STS 474/2010, de 17 de mayo que expone: "El recurrente considera que las amenazas (constituídas por la expresión te voy a matar), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el art. 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio non bis in idem.

"Se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS núm 927/2000, de 24 de junio ; y núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000).

"La STS nº 414/2003, de 24-3-2003 (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que "el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por el LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica "De las lesiones", porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad - art. 10 -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 -, y en el derecho a la seguridad -art. 17 -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (en este sentido STS 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril)".

"Y la misma sentencia recordó que "los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones

individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio non bis in idem. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)".

"Por su parte, la STS 14-5-2004, nº 645/2004 reiteró que "no cabe hablar de ninguna vulneración del principio non bis in idem, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare" (v. la redacción originaria del art. 153 C. Penal), "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica" (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio , "con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores" (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio "non bis in idem" (v. STS de 9 de julio de 2001)".

La más reciente Sentencia de 26 de Enero del 2011 al resolver el recurso: 10793/2010 reiteró: Si además se hubiera considerado la concurrencia de un daño psíquico nos encontraríamos ante un delito de lesiones, cuya autonomía exigiría la sanción separada.

Y es que, como dijimos en nuestra Sentencia 477/2009 de 10 de noviembre, resultando aquí indiscutido el carácter activo del sujeto acusado ejerciendo la violencia, "el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla.

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008 de 3 de octubre, una convivencia insostenible para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).

La descripción de hechos probados, que en este cauce procesal no cabe discutir, da cuenta, no solo de antecedentes como el ocurrido en La Haba hacia el año 2002, sino de actos mucho más recientes que configuran ese estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, cuando relata la agresión en Rota en mayo de 2007, los insultos de julio de 2008 y, más genéricamente a la proclamación como acreditados, en el tercer párrafo del apartado primero de la declaración de hechos probados, de frecuentes "insultos gritos y humillaciones, tildándola de subnormal o hija de puta, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano (por lo general sin llegar a golpearla) y sometiendo sus gastos a un extremo control". Y subraya que tal situación duró hasta que el acusado puso fin a la convivencia en octubre de 2007». (F. J. 7º)

DELITO ELECTORAL. No concurrir a la mesa electoral. Delito de omisión propia: requisitos y carga de la prueba de hechos extintivos de la responsabilidad penal.

Recurso: Casación nº 307/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1003/2010 de fecha 18/11/2010

«Estamos ante un delito de omisión en el cual el sujeto es la persona designada miembro de una mesa electoral y en el que la norma de conducta infringida es de naturaleza prescriptiva y la conducta típica consiste en no concurrir el día y hora indicado para la constitución de la mesa, concurrir pero no cumplir las obligaciones que el cargo exige o concurrir, cumplir inicialmente las obligaciones pero abandonarlas y, finalmente, incumplir la obligación de excusa o aviso previo, cuando el sujeto conozca que no va a cumplir alguna de esas obligaciones.

Y, además, estamos ante un delito de los denominados de omisión propia. Por ello, conforme a la muy reiterada doctrina, debemos contemplar la concurrencia de los tres elementos: a) existencia de una situación prevista en la ley y, por ello, típica; b) la ausencia del comportamiento que era impuesto según la norma y c) que el sujeto tenga la capacidad para realizar ese comportamiento. A lo que ha de añadirse el elemento subjetivo con sus componentes cognitivo y volitivo.

La situación típica viene establecida en la Ley electoral Orgánica 5/1985 cuyo art. 27 define el cargo como obligatorio y, entre las obligaciones del cargo, por lo que ahora nos importa, el art. 80 establece que "El Presidente, los dos Vocales de cada Mesa Electoral y los respectivos suplentes, si los hubiera, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente".

La reunión a que el precepto se refiere implica, como comportamiento obligado, que el sujeto se traslade al lugar de constitución de la mesa.

Ahora bien, la no realización de ese comportamiento, sustituido por el de permanecer en otro lugar, para que pueda considerarse antijurídico, y subsumible en el tipo penal de referencia antes citado, exige, además de que el sujeto tenga capacidad para su observancia, que: a) la prescripción de la conducta esté revestida de todos los requisitos de validez y eficacia que hagan exigible la adecuación del comportamiento al mandato y b) que no concurra alguna causa justificada, expresión que el art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985 parece circunscribir a la obligación de excusa o aviso previo, pero que no era de necesaria inclusión, ni puede circunscribirse a ese supuesto. La justificación, cuando concurre causa, legalmente invocable, producirá el efecto de exención de responsabilidad conforme a las normas generales, sin exigencia de específica inserción en el tipo.

El hecho sin el cual no adquiere validez o eficacia la prescripción es un elemento que excluye la imputación del comportamiento como antijurídico al autor, en la medida que no habría permitido la afirmación de concurrencia de la situación típica. Los hechos que dan lugar a la justificación son hechos extintivos de la responsabilidad penal (véase STS de 22 de julio de 2.008).

Esta causa de justificación de la conducta omisiva sancionada por la ley, opera como elemento impeditivo de la tipicidad y, por ende, de la responsabilidad penal. Pero, como tal, debe ser acreditada por el sujeto activo de la acción omisiva típica, no por parte de la acusación, a la que no se le puede exigir la carga de una prueba negativa ("probatio diabólica") como es la acreditación de la inexistencia de la causa justificativa del incumplimiento del deber cívico que impone -y sanciona- la norma». (F. J. 2º)

DELITO ELECTORAL. Relación entre la LOREG y la LO 2/1980 sobre distintas modalidades de referéndum. Voto particular.

Recurso: Casación nº 2349/2010

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 201/2011 de fecha 25/03/2011

«Lo denunciado, por el cauce del art. 849,1º Lecrim, es indebida inaplicación de los arts. 144,1 a) y 137 Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el art. 11,1 Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum; puesto que la Audiencia absolvió a los acusados del delito electoral previsto en el primero de los preceptos citados. Esto no obstante considerar probado que habían participado en una manifestación a favor de votar no en el referéndum consultivo sobre la Constitución Europea, celebrado el 20 de febrero de 2005, celebrada durante la jornada de reflexión de la víspera.

Pues bien, el recurrente tiene razón, dado que el precepto del art. 11,1 de la LO 2/1980 remite el tratamiento normativo del procedimiento de referéndum "al régimen electoral general", del que forma parte el Cap. VIII de la LO 5/1985 de Régimen Electoral General, donde se describen las conductas constitutivas de delito electoral. Es pues un reenvío de carácter general, no

sólo a efectos de procedimiento, sino que contempla todo lo que puede considerarse comprendido dentro de la expresión “régimen electoral”.

Esta inteligencia cuenta con el aval de la Disposición transitoria primera de la misma LO 2/1980, según el cual, hasta la publicación de la LO reguladora del Régimen Electoral General, que tuvo lugar cinco años más tarde) sería de aplicación el RDL 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que contenía, además de las reglas procedimentales en la materia, un Título VIII dedicado a “Delitos e infracciones electorales”, sin duda aplicables a las distintas modalidades de referéndum.

Esta lectura del cuadro normativo de referencia ha tenido acogida en diversas sentencias de esta Sala Segunda, en la que los tipos de delito previstos en la Ley de Régimen Electoral General tuvieron aplicación a conductas incriminables a tenor de los mismos, realizadas con ocasión del referéndum a que se refiere esta causa, como son las de nº 1095/2007, de 28 de diciembre; 246/2007, de 15 de marzo; y 22/2007, de 22 de enero, entre otras. Estas, como bien recuerda el Fiscal, confirmaron otras, recurridas en casación, que habían considerado delitos electorales del art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General, conductas de falta asistencia a la formación de las mesas electorales de censados designados al efecto». (F. J. Único)

DELITO PROVOCADO. Agente encubierto (art. 282 bis LECrim). No concurre.

Recurso: Casación nº 1174/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 104/2010 de fecha 01/03/2011

«No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de

adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la "notitia criminis", mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa –acerca de una realidad delictiva ya existente–, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas.

Situación que sería la contemplada en el caso presente en el que la intervención del agente de la Guardia Civil se produjo cuando el delito ya se había iniciado y la cocaína estaba en España para ser recogida por sus destinatarios, sin que el recurrente fuese inducido en forma alguna por el agente infiltrado, sino que fue aquél quien contactó con éste interesando por la entrega de 400 kg. de cocaína». (F. J. 2º)

DELITO PROVOCADO. Doctrina jurisprudencial.

Recurso: Casación nº 1365/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1126/2010 de fecha 27/12/2010

«2.- Como dice la sentencia de esta Sala, de 5 de Octubre de 2004, "Numerosos precedentes jurisprudenciales han abordado y examinado la figura del delito provocado y del agente provocador, afirmándose la "total carencia de legitimidad de aquél, que nace de la falta de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades, cuya misión es la persecución y descubrimiento de los delitos" (SS.T.S. de 14 de junio de 1.993 y 22 de junio de 1.994). El delito provocado, que conlleva la impunidad de la acción típica, es aquél que sólo llega a realizarse en virtud de la inducción eficaz de un agente (el agente provocador) que, ha generado con su actuación engañosa la idea delictiva del autor, anteriormente inexistente, y la ejecución de la conducta ilícita, considerándose que en estos casos la infracción es impune porque carece de realidad, es pura ficción, ya que es el representante de la Autoridad el que quiso que la norma penal fuera conculcada y su actuación fue esencial, determinante y decisiva para ello".

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado». (F. J. 5º)

DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 293 CP.

Recurso: Casación nº 462/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 969/2010 de fecha 29/10/2010

«El artículo 293 del Código Penal, que se dice infringido en la sentencia recurrida, dispone lo siguiente: Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.

(...)

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 1351/2009, de 22 de diciembre y 42/2006 de 27 de enero, que sólo podría castigarse por este delito si se hubiese demostrado que se celebró alguna Junta hurtando información reclamada de conformidad a la legislación civil y añade que conforme a la doctrina más caracterizada, el tipo penal objeto de estudio tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición. Es cierto que no se refiere a todos, pero sí a los derechos mínimos del accionista, de acuerdo con el art. 48 de la LSA. Así, son derechos tutelados de naturaleza económico patrimonial el derecho a participar en los beneficios, a participar en la cuota de liquidación y de suscripción preferente; y son derechos políticos los de información y asistencia y voto en la juntas generales. Trata el legislador de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios. Ello se enmarca en el contenido de las Directivas comunitarias correspondientes (especialmente la Cuarta Directiva). La esencialidad del derecho de información queda fuera de toda duda, no sólo por su reconocimiento expreso en el art. 48.2.d) LSA, sino porque se erige en presupuesto ineludible, a través del ejercicio del voto en las juntas generales, del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Su reconocimiento legal presenta una doble vertiente. Por una parte, los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Excepción que no procederá cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital (art. 112 LSA). Por otra parte, a partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas (art. 122 LSA). El comportamiento típico consiste en

negar o impedir a un socio, sin causa legal, el derecho de los ejercicios arriba mencionados.

Y en esa misma línea se pronuncia la Sentencia 796/2006, de 14 de julio, en la que se precisa que su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los artículos 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones "maliciosa" y "reiteradamente" que figuraban en el proyecto), pero si una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala (TS de 26 Nov. 2002), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información. Y se expresa que el tipo objetivo de esa conducta típica tiene un elemento negativa o impeditivo al ejercicio de los derechos de información y participación en la gestión o control de la actividad social y un elemento normativo consistente en la no existencia de causa legal que lo justifique.

Y esos elementos y los que describen las sentencias de esta Sala a las que se ha hecho mención se pueden apreciar en la conducta del acusado que, como se razona por el Tribunal de instancia, negó la información requerida, cuyo objeto era el ejercicio del derecho de información por parte de los socios y sin que concurriera causa legal que justificara la negativa. Asimismo pone de manifiesto la sentencia recurrida el comportamiento impeditivo persistente y reiterado del acusado a rendir cuentas de su gestión y concretado en relación a la Junta de 25 de octubre de 2002». (F. J. 2º)

DELITO SOCIETARIO. Interpretación del art. 295 CP: opción de compra sobre un inmueble. Sentencia absolutoria.

Recurso: Casación nº 2209/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 227/2011 de fecha 30/03/2011

«En el motivo tercero del recurso interpuesto por Félix Cuesta y en el motivo cuarto del recurso interpuesto por Andrés Monsalve Descalzo, por la vía del artículo 849.1º de la LECrim, denuncian la indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal, al no existir el elemento típico consistente en la

causación de un perjuicio económicamente evaluable, elemento del tipo objetivo.

Ambos motivos pueden examinarse conjuntamente.

1. El artículo 295 requiere que la actuación típica de los autores se realice en beneficio propio o de un tercero, y que cause directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Aunque se trata de un delito societario, no se protege únicamente el patrimonio de la sociedad, la cual se consideraría incluida entre los “titulares” de los bienes, valores o capital administrado, sino también otros patrimonios relacionados, como resulta del tenor literal del precepto. Lo que exige la norma es que exista un perjuicio y que sea económicamente evaluable. No se precisa una determinada cuantía, ni se restringen las vías para esa evaluación, aunque el acierto o la pertinencia de acudir a unas u otras de las posibles pueda ser cuestionado en cada caso concreto.

La propiedad sobre un inmueble tiene sin duda un contenido económico evaluable. Por lo tanto, la imposición de límites a los derechos que se derivan de la condición de propietario, lo tiene igualmente. Cuando esa limitación se lleva a cabo en la forma prevista en el artículo 295, nada se opone a considerar que el perjuicio típico es el causado por la existencia ilícita de tales límites a la propiedad. Cuestión distinta, como se ha dicho, es la relativa a la forma en que se realice la evaluación o a los criterios utilizados para ello, lo cual puede ser discutido en cada caso, pues, efectivamente, pueden existir contraprestaciones que supriman el perjuicio económico o que, incluso, den lugar a expectativas de una operación beneficiosa para el propietario. Pero, si no existe contraprestación alguna, la existencia de un perjuicio, y el contenido económico del mismo, resultan innegables.

2. La concesión de una opción de compra sobre un inmueble implica la atribución de unos determinados derechos al titular, suponiendo al tiempo una limitación de las facultades dominicales del propietario, siquiera sea en cuanto a la imposibilidad de retener en su poder el bien afectado si el titular de la opción decide ejecutarla, y en cuanto al precio, en ese caso, ya convenido de antemano. La Sala Civil del Tribunal Supremo ha señalado en la STS nº 607/2009 (Civil), que “...la opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado de modo que, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho...”. Es claro que tal atribución de derechos a una parte y correlativa limitación de facultades a la otra tienen un contenido económico, que ordinariamente se traduce en la contraprestación que corresponde aportar a quien resulta beneficiado como titular de la opción». (F. J. 3º)

DERECHO PENITENCIARIO. Beneficios penitenciarios (art. 100 CP de 1973, art. 1 LGP).

Recurso: Casación nº 11178/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 343/2011 de fecha 03/05/2011

«El motivo debe ser desestimado. A pesar de la afirmación del penado recurrente, los beneficios penitenciarios no han sido modificados, aunque la jurisprudencia de esta Sala haya establecido la forma correcta en la que deben ser aplicados. Desde la STS nº 197/2006, se ha aclarado que el límite máximo de cumplimiento no constituye una nueva pena distinta a las impuestas en la sentencia por cada uno de los delitos por los que ha recaído condena, por lo que los beneficios penitenciarios deben aplicarse sobre cada una de las que se vayan cumpliendo hasta alcanzar el señalado límite máximo.

Efectivamente, es posible según el caso que, dadas las penas impuestas al penado, los beneficios penitenciarios previstos en el Código Penal derogado no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo. Pero ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir. El establecimiento de límites máximos de cumplimiento efectivo, aunque estén basados en razones bien conocidas, no suponen un olvido radical por parte del Estado de la culpabilidad y la correspondiente responsabilidad por cada hecho cometido, por lo que no es necesario parificar legalmente en todo caso la situación de quien ha cometido un solo hecho con la de quien ha delinquido de forma múltiple. Y como se ha dicho, el recurrente ha sido condenado por tres delitos de asesinato a la pena de treinta años de reclusión mayor por cada uno de ellos.

Por lo tanto, no se ha producido una modificación de los beneficios penitenciarios acreditados al penado, sino que se ha rectificado un criterio erróneo en cuanto a la forma en la que se aplican a las penas impuestas.

En consecuencia, el motivo se desestima». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Apertura de paquete postal. Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Recurso: Casación nº 2422/2010

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 662/2011 de fecha 24/03/2011

«La Jurisprudencia de este Tribunal siguiendo el criterio acordado en la Sala General del 9/4/1995, ha sentado que los paquetes postales han de ser considerados como correspondencia postal por la posibilidad de que alberguen mensajes confidenciales mediante cualquier soporte, y, por lo tanto, se encuentran amparados por las garantías del derecho fundamental y

sometidos a las normas procesales sobre apertura de correspondencia contenidas en el art. 579 LECr.; si bien no es necesaria la intervención judicial para la apertura de paquetes expedidos bajo etiqueta verde (art. 117 del Reglamento del Convenio de Washington), o cuando a simple vista aparezca que las características del envío no corresponde a las usuales para transmitir postalmente mensajes personales o cuando en la envoltura se hace constar el contenido no personal, lo que revela al aceptación de que pueda ser abierto para el control de lo que contiene. Véanse sentencias de 1/12/1995 y 4/12/2007.

Línea que sigue el TC; así en la sentencia del/10/2006.

Ahora bien, prima facie, el envoltorio, según aparece descrito y fotografiado en las actuaciones, presentaba la estructura externa de la común correspondencia, consistente en un sobre con expresión de remitente y destinatario, de tamaño folio y color marrón claro. Tan sólo el peso, 340 gramos, podría originar alguna duda sobre la real función del envío, pero no era el peso tan intenso como para desvirtuar las demás características exteriorizadas del envío.

Cuando el paquete fue abierto por primera vez, todavía sin intervención judicial, no constaba excluido que pudiera contener mensajes de índole íntimamente personal. Lo que implica que tal intromisión fue vulneradora del art 18.3 CE. Con las consecuencias previstas en el art. 11.1 LOPJ». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Cacheo del detenido y lectura de los derechos.

Recurso: Casación nº 10674/2010 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1052/2010 de fecha 09/12/2010

«Residenciado en el art. 849-1º y 852 L.E.Cr. en el correlativo ordinal se denuncia la violación del derecho a la intimidad personal proclamado en el art. 18.1 C.E.

1. El impugnante se queja de que el policía le detuvo, "una vez fugado", sin leerle sus derechos o motivos de la detención y en contra de la voluntad de aquél, ejerciendo violencia e intimidación, produciéndose un cacheo integral de su persona, que reputa ilegal y que vició la obtención de prueba incriminatoria.

Reconoce que dicho cacheo tiene cobertura legal en el art. 19.2 de la L.O. 1/92 de 21 de febrero, pero a la vista del método empleado el tal cacheo se convirtió en acto de intromisión en la intimidad, ya que no puede obligarse al imputado, empleando fuerza física, a la realización de una diligencia de investigación que resulta degradante y humillante, incompatible con el derecho a la integridad física y moral regulado en el art. 15 de la C.E.

Consecuencia de ello debemos reputar radicalmente nulas todas las pruebas obtenidas con posterioridad a tal actuación como efecto reflejo de un vicio originario en su obtención, todo ello de conformidad al art. 11.1 LOPJ.

Los asertos esgrimidos se hallan confirmados por las lesiones sufridas por el acusado, a pesar de absolverle del delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, precisamente por quedar cubierta la conducta del imputado por el "autoencubrimiento impune".

2. Acerca de la tardía lectura de los derechos del detenido, hemos de afirmar que no es posible, como pretende el recurrente, que la detención de aquél una vez fugado se produjera con lectura de derechos, pues resulta imprescindible, conforme a un razonamiento lógico elemental, que para leerle sus derechos previamente se le detenga.

(...)

De no haber huído o de no haberse resistido el recurrente las lesiones o hipotética actuación violenta no se hubiera producido. De todas formas llama poderosamente la atención que el acusado no citara como testigos a los policías que intervinieron en la detención, para acreditar cualquier irregularidad. En conclusión a todo lo dicho, no es posible declarar nulas las pruebas obtenidas, por haberse conseguido a través de procedimientos regulares, lícitos y amparados por la ley.

El motivo se desestima». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a interrogar a los testigos; aplicación del art. 714 LECrim.

Recurso: Casación nº 982/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 89/2011 de fecha 18/02/2011

«4.- Es constante la referencia en nuestras resoluciones a las exigencias del art. 6.3.d) del CEDH cuando establece el derecho de todo acusado de interrogar o de hacer interrogar a los testigos de cargo. Derecho que no se satisface obviamente, salvo interpretaciones formalistas de alcance reduccionista, cuando el testigo se excusa en la imposibilidad de dar respuesta.

En la reciente Sentencia de esta Sala nº 788/2010, de 22 de septiembre volvimos a indicar que la utilización del material probatorio personal producido en la fase sumarial solamente puede fundar la condena cuando, concurren los requisitos que el Tribunal Constitucional exige.

Este los ha recordado recientemente en su Sentencia nº 134/2010 de 2 de diciembre: la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido

lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Ahora bien, también ha sostenido este Tribunal que lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). En consecuencia, hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 e)].

También había dicho el Tribunal Constitucional con anterioridad:

Este criterio afecta especialmente a las declaraciones testificales de los testigos de cargo, puesto que el derecho a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1.950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1.966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él" (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1.997 , ya citada, de 17 de diciembre de 1.998 , y S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1.993 recaída en el caso "Saïdi/Francia"). Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como

requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido inculpativo practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testimoniales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1.989, asunto Kostovski ; de 27 de septiembre de 1.990, asunto Windisch ; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta ; 19 de febrero de 1.991, asunto Isgró ; 26 de abril de 1.991, asunto Asch ; 28 de agosto de 1.992, asunto Artner ; 20 de septiembre de 1.993, asunto Saïdi , ya mencionado)». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la asistencia de letrado. Intrascendencia procesal de no reiterar cada 3 horas la presencia del letrado.

Recurso: Casación nº 10763/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1085/2010 de fecha 09/12/2010

«...es necesario ahora fijar la atención en la LECrim. donde resulta capital el art. 118 puesto en relación con el art. 520.2 donde se predicen todos los derechos de toda persona detenida o presa, y entre otros, a la información de la imputación y el derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado se procederá a la designación de oficio.

Más adelante, el mismo precepto concreta el contenido de esta asistencia letrada, que se centra en tres misiones: solicitar, si no se hubiera hecho, que se informe al detenido o preso de sus derechos, pedir el reconocimiento médico del art. 520.2, reclamar tras la diligencia la declaración, la ampliación de la misma y/o la inclusión en el acta de la incidencia que estime oportuna, y finalmente entrevistarse reservadamente con el detenido tras la declaración, dicha entrevista no podrá ser intervenida como las restantes que mantenga su prisión el preso con su abogado, sin previa autorización judicial (STC. 183/94 de 20.06).

A partir de aquí la queja carece de sentido por cuanto, no sólo es que hasta ahora el recurrente habría guardado silencio sobre esta cuestión, sino es que, además, pretende darse a una mera infracción administrativa -la no reiteración de la petición de presencia de Letrado cada 3 horas- una trascendencia desmesurada de infracción constitucional, cuando es lo cierto que la misma no existió en absoluto y, mucho menos, se generó "indefensión", en el sentido constitucional de un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, dado que al folio 18 de las actuaciones consta la declaración prestada en dependencias policiales con toda suerte de garantías». (F. J. 6º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la imparcialidad judicial: frase de la Presidenta del Tribunal que muestra un juicio preconcebido.

Recurso: Casación nº 1144/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 31/2011 de fecha 02/02/2011

«2. La LECrim, en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim, que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad (STS nº 538/2008, de 1 de setiembre; STS nº 1333/2009, de 1 de diciembre, entre otras) y solamente para solicitar aclaraciones, con mayor razón cuando se trata de los acusados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido incriminatorio que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal Constitucional, en la STC nº 229/2003 y en la STC 334/2005, entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

3. Al recurrente se le acusaba de un delito de enaltecimiento del terrorismo por haber pronunciado, en un acto público, unas frases de cuyo contenido se desprendía un elogio hacia las acciones terroristas y sus autores en relación a la obtención de un eventual éxito en sus planteamientos políticos. En esta clase de delito es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas. Pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad criminal por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en la ocasión a la que la acusación se refiere.

La trascendencia de la actuación de la Magistrada en orden a la queja aquí formalizada no puede examinarse reduciéndola, de forma aislada, a la pregunta formulada, sino que tiene que ponerse en directa relación con el comentario que realizó tras negarse el recurrente a contestarla, así como con la naturaleza de los hechos imputados y su calificación jurídica, y con el momento en el que, pregunta, respuesta y comentario, tienen lugar.

Cuando tiene lugar el incidente que se examina, solamente se había procedido al interrogatorio del recurrente por parte de su defensa, ya que, como se ha dicho, acogiéndose a sus derechos como acusado había comunicado que no respondería a otras preguntas. En sus manifestaciones en el curso del citado interrogatorio había manifestado, tal como se recoge en

la sentencia, que su intención no era enaltecer el terrorismo, ya que “solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática, y solicitaba la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia”. Con independencia de la valoración de estas aclaraciones, que correspondería realizar en la sentencia, de ello se desprende que su declaración tenía un contenido claramente exculpatorio, atribuyendo a las palabras entonces pronunciadas un significado ajeno a lo que podría considerarse enaltecimiento del terrorismo y desde luego no coincidente con el que le asignaban las acusaciones. Como se ha expuesto antes, la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito.

La pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente que, a juicio de las acusaciones, constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo. Dicho con otras palabras, no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de las explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter delictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.

Al valorar el conjunto de lo ocurrido debe admitirse, pues, que desde el punto de vista del recurrente existían razones objetivas para poder sostener que en ese momento la Presidenta del Tribunal y ponente de la sentencia estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podía reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad. Prejuicio que, como tal, se expresaba antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial, pues, como se ha dicho, aun no se había procedido siquiera a la práctica de la prueba y a dar al acusado la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exterioriza antes de que el juicio oral llegara a su fin.

En esas circunstancias, las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas.

En consecuencia, el motivo se estima, lo que determinará la anulación del juicio y de la sentencia, remitiendo las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen para que proceda al señalamiento de nuevo juicio por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes de los que han dictado la sentencia anulada.

Habida cuenta del contenido del fallo, no es preciso el examen de los demás motivos del recurso. Tampoco es preciso el examen de las alegaciones que por la vía de la adhesión realizó la acusación popular en nombre del Foro de Ermua, ya que venían condicionadas a la estimación de otros motivos de la defensa». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Captación de IPS. No precisa autorización.

Recurso: Casación nº 486/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 842/2010 de fecha 07/10/2010

«1. La cuestión planteada puede ser resuelta denegando la estimación del motivo en tanto se establezca la regularidad de la actuación policial. Como se señala en el recurso, los agentes policiales rastrearon distintas IPs, cuya numeración determinaron, y con posterioridad solicitaron autorización judicial, que les fue concedida, para acceder a la identidad de los usuarios.

2. La jurisprudencia de esta Sala, entre otras la STS nº 739/2008, de 12 de noviembre y las que en ella se citan, y la STS nº 680/2010, que cita la anterior, ha señalado que en esta materia se debe concluir, en primer lugar, que los rastreos que realizan en estos casos los agentes policiales tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet protocols) que habían accedido a los "hush" 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 queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario. Y, en segundo lugar, que, de acuerdo con la legalidad citada en las referidas Sentencias, se hace preciso, sin embargo, 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). Consecuentemente quien utiliza un programa P2P asume que muchos de los datos que él mismo incorpora a la red con su actividad 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. (de la Sentencia citada, que aquí se aplica igualmente), por lo que no era precisa la autorización judicial para obtener las identificaciones de las IPs involucradas en la descarga de archivos de contenido pedófilo». (F. J. 7º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ampliación de la autorización ante hallazgo de sustancias de estupefacientes.

Recurso: Casación nº 1273/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1110/2010 de fecha 23/12/2010

«La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC. 49/96) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim.

Cada una de las Sentencias descritas refiere a su vez la existencia de una consolidada jurisprudencia en el mismo sentido.

...El hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a los funcionarios de la Administración de Justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución.

Ese hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si, como sucede en el hecho objeto de la impugnación, el Juzgado de instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de policía judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros para ayudar a la intervención de sustancias tóxicas.”

En semejante sentido, entre otras y además de las Resoluciones mencionadas en la anterior, la STS de 1 de Febrero de 1999, que afirma: “...el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (contra la salud pública) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa, que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el Secretario Judicial con lo que quedan salvadas las previsiones de la Ley Procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez.”

Consecuentemente, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio, cuando

en las presentes diligencias concurre un datos que reforzaría, aún más el valor probatorio de la ocupación de la sustancia, cual es que autorizada la entrada y registro en el domicilio del recurrente por el Juzgado instrucción nº 2 Mataró, auto 8.11.2006, por los delitos de falsificación de documentos, falsificación de moneda, usurpación de estado civil y estafa, en el transcurso de la mencionada diligencia, que se unió a las 11,30 horas del día siguiente 9.11.2006, se localizaron (ver folios 77 vuelto, 78 y 79 más sustancias que pudieran ser estupefacientes), por lo que se suspendió el registro haciéndose constar en el acta por la Sra. Secretaria que “en este acto, a las 13 horas y puesto en contacto telefónico con la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Mataró nº 2 autoriza la entrada para ampliarla a sustancias estupefacientes. Continuándose el registro, interviniéndose las sustancias y objetos que se detallan en la diligencia: Autorización telefónica que se vio complementada por el auto dictado ese mismo día 9.11.2006 por el Juez instructor en cuyo antecedente de hecho se hace constar que “En la mañana de hoy, esta Instructora, en funciones de guardia, ha recibido llamada telefónica de la Secretaria de Guardia de Barcelona, comunicando que durante la practica del registro en el citado domicilio se han encontrado 7 Kg. de hachís y unas papelinas de cocaína”. “Por vía telefónica, esta instructora ha autorizado dicho registro e incautación, ampliando así el objeto de la diligencia acordada en el día de ayer para comprender también un presunto delito de trafico de drogas”.

Se objeta por el recurrente que en el propio razonamiento de auto se hace referencia a concretas cantidades de droga por lo que necesariamente el registro ya debía haberse realizado cuando el auto no estaba confeccionado aun y que en la llamada telefónica de la Sra. Secretaria del Juzgado de Barcelona recogida en el acta inicial de entrada y registro de la Juez de Instrucción de Mataró a fin de ampliar el registro, no consta transcrito ninguno de los mencionados datos que por el contrario si recoge la Juez de Mataró en su auto de ampliación. Objeciones que no se consideran relevantes. En el acta del registro no se consignan los datos e información que la Sra. Secretaria proporcionó a la Ilma. Sra. Juez, sino solamente la autorización de esta última para ampliar la entrada a sustancias estupefacientes. Y la aparición de los objetos delictivos no comprendidos en el auto inicial se produce necesariamente una vez que el registro autorizado para otros delitos se está llevando a cabo, por lo que resulta materialmente imposible el previo dictado del auto ampliatorio.

En base a todo lo expuesto aunque se conceptuase que el hallazgo de la droga no estaba cubierto por la literalidad del primer mandamiento judicial, en todo caso quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional a través de la Secretaria judicial que fedataba la diligencia, y el detenido fue interrogado por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien, que el tribunal de instancia no consideró creíbles.

Siendo así no se han producido las infracciones ni la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que se invocaron en apoyo del presente motivo que debe ser desestimado». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E): hallazgo inevitable, resultado de una actuación necesaria de urgencia (extinción de incendio). Licitud.

Recurso: Casación nº 2391/2010

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 386/2011 de fecha 18/04/2011

«1.- En el motivo cuarto se alega la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución Española, y en consecuencia la derivada ilicitud de los hallazgos obtenidos por la Policía, que constituyen el soporte probatorio del relato histórico en lo que atañe a la posesión y tenencia de elementos y sustancias estupefacientes, y a la ocupación del documento oficial falsificado.

Alega el recurrente que la primera entrada de la Policía en su domicilio no tenía justificación una vez que los bomberos habían sofocado el incendio y revisado la casa. La argumentación ya expuesta ante la sala de instancia y resuelta desestimatoriamente por ella reitera la misma tesis sin desvirtuar los argumentos desestimatorios de la Sentencia.

En efecto, en la vivienda se había producido una gran explosión, seguida de incendio, que exigió como primera medida la intervención de los bomberos para la extinción de las llamas. Pero una vez hecho su trabajo no por ello quedaba impedida la Policía de realizar el suyo, entrando en el lugar donde había habido una gran explosión, de origen todavía en ese momento desconocido. La Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo obliga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a actuar "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ella dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance". Y el art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero específicamente declara causa legítima para la entrada en un domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente "u otros semejantes de extrema y urgente necesidad". Obvio es decir que un incendio precedido de una gran explosión, justifica la entrada de la Policía, como acción necesaria, oportuna y proporcionada y que la acción de los bomberos que entraron en primer lugar para apagar el fuego como necesidad inmediata no exime a la Policía de inspeccionar y comprobar lo necesario para eliminar en su caso la permanencia del riesgo, máxime cuando el origen de la explosión no estaba todavía determinada y no era descartable por tanto su repetición.

A partir de esa legítima entrada policial, los Agentes encontraron productos altamente inflamables y sustancias que pudieran ser estupefacientes; hallazgo inevitable a la vista de los Agentes que les determinó a variar la naturaleza de su inspección, por lo cual, dando cuenta al Juzgado de Instrucción de los indicios existentes, solicitaron del órgano

judicial un mandamiento de entrada, concedido por Auto motivado, dirigido ya la realización de un registro para la búsqueda de datos y elementos relevantes en la investigación criminal de un posible delito de tráfico de drogas.

No hay por tanto vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la primera entrada, justificada por la explosión e incendio en la vivienda, ni tampoco en la segunda entrada ordenada por decisión judicial, que permitió la ocupación de los elementos y sustancias cuya posesión por el acusado la Sentencia declara probados». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Corrección de errores de derecho cometidos en la sentencia recaída en contra de la voluntad impugnativa del recurrente”

Recurso: Casación nº 2433/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 729/2011 de fecha 12/07/2011

«En el caso presente en los hechos probados no hay referencia alguna no ya a la fecha de extinción de las penas, sino ni siquiera a las sentencias por las que fue condenado y fecha de las mismas. Solo en el encabezamiento de la sentencia se dice, en referencia a Felix G. con antecedentes penales por delitos de la misma naturaleza que el actual, -“de la simple expresión o afirmación de que un acusado sume antecedentes penales- dice la STS. 1642/94 de 26.9) no cabe inferir sin más que sea reincidente-. Y en el fundamento jurídico 4º como una única motivación a la concurrencia de tal agravante que aparece condenado tres veces por delito de tráfico de droga, sin referencia alguna a las fechas de la sentencia, penas impuestas y fecha extinción de la condena.

Consecuentemente no puede estimarse concurrente la agravante de reincidencia.

2) En lo referente a la pena de multa, 2.000 E que le ha sido impuesta, en reiteradas ocasiones esta Sala ha declarado que la imposición de la pena de multa en el delito contra la salud pública exige la acreditación fehaciente del valor de la droga intervenida o, al menos, del beneficio o ganancia obtenida de la actividad delictiva (por todas STS. 1452/2005 de 13.12) de modo que cuanto no consta ese valor económico de la droga objeto del tráfico ilícito no resulta legalmente posible cuantificar la multa que debe determinarse a partir de tal dato y en consecuencia, debe prescindirse de dicha pena.

Situación que sería la presente en relación a Felix del que la propia sentencia señala que no poseía droga alguna ni tampoco que actuara como verdadero “aguador” de manera permanente, sino simple colaborador ocasional en el momento descrito». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Invocación por el Fiscal.

Recurso: Casación nº 1487/2010

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 178/2011 de fecha 23/02/2011

«El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el ministerio fiscal cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del tribunal de instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos C.E., en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos. Como decíamos en nuestra S.T.S. 679/05 la obligación de motivar las sentencias se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva que entronca en forma directa con el principio del estado democrático de derecho y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tiene la ley, siendo su finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, introduciendo factores de racionalidad en el ejercicio del poder, potenciando el valor de la seguridad jurídica y garantizando la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan. Por ello la resolución debe exteriorizar los elementos y razones del juicio que fundamentan la decisión que ha de constituir una aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irracional, ni fruto de un error patente, de la legalidad. La S.T.S. 194/10, con cita de la anterior, expone que mientras que en las sentencias condenatorias la valoración irrazonable de la prueba implica una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española, que conduce a la absolución del acusado, en las sentencias absolutorias recurridas por la acusación, cuando denuncia que el fallo absolutorio deriva de una irrazonable valoración de la prueba de cargo, la consecuencia de su estimación no es ni el imponer al tribunal de la instancia una convicción que no obtuvo, ni sustituir la suya por otra fundada en pruebas que el tribunal de casación no presencié, sino que es la apreciación de la falta de tutela judicial efectiva en la medida en que la irracionalidad valorativa en la sentencia es incompatible con los cánones de una motivación verdaderamente expresiva de una decisión no arbitraria. En todo caso la falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés sin evidenciar que la del tribunal es ilógica, absurda o arbitraria. Por otra parte, debemos tener presente la diferencia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia. Con independencia de que este último alcanza solo a los supuestos de sentencia condenatoria y el primero puede ser alegado por todas las partes procesales, el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no la existencia o inexistencia de tales motivos, por lo que la vulneración del derecho a la presunción de

inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo: formación de cuerpo de escritura.

Recurso: Casación nº 2207/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 204/2011 de fecha 23/03/2011

«A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 207/1996 de 16 de diciembre, lleva a cabo un examen pormenorizado de las actuaciones procesales sobre el cuerpo humano del imputado, orientadas a obtener alguna información relevante para la instrucción criminal, susceptibles de incidir negativamente sobre derechos fundamentales como la integridad física (art. 15 C.E.) y la intimidad personal (art. 18.1 C.E.). En esa perspectiva distingue lo que denomina “inspecciones y registros corporales”, que “consisten en cualquier género de reconocimiento”, cuando “en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (....) o inciden en la privacidad”.

La cuestión sustancial es que en uno y otro caso, el afectado por el requerimiento judicial tiene derecho, como sospechoso o como acusado, a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle (véase STS de 4 de febrero de 2.003, entre otras). Por ello, y en las circunstancias que han quedado consignadas en las que se practicó la diligencia judicial en cuestión, se vulneró el derecho de defensa de la acusada, que debió haber sido imputada previamente y ser informada de sus derechos como tal. O, cuando menos, debió haber sido advertida por el Juez a negarse a elaborar la muestra de escritura que, como se ha dicho, a la postre fue prueba directa y esencial de la condena.

Si, como anteriormente exponíamos, la toma de muestras de la saliva de un sospechoso, por la simpleza e inocuidad del método, no afecta al derecho a la integridad corporal ni a la intimidad y, por ello, es equivalente a la toma de muestras de la escritura, vale traer a colación la STS de 18 de diciembre de 2001 al examinar el supuesto de quien fue sometido a una prueba de toma de muestras de saliva para determinar la posible autoría de unos hechos en los que no estaba imputado. La sentencia declaró la legalidad de esa diligencia porque se realizó con el consentimiento del recurrente, que en ese momento está asistido de Letrado, consentimiento que es prestado a presencia del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial. En el acta consta asimismo que la finalidad de la extracción es determinar la posible autoría de los hechos, estando en ese momento en calidad de preso preventivo por otra causa. Del contenido de ese acta se desprende con claridad que el recurrente

pudo saber sin dificultad, al igual que el Letrado que le asistía, que la finalidad de la extracción era comprobar su posible participación en un hecho delictivo, accediendo, sin embargo, a su realización». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo. Uso de terminal telefónico del detenido.

***Recurso: Casación nº 11069/2010 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 321/2011 de fecha 26/04/2011***

«Reconoce el recurrente que el uso de su teléfono por los agentes policiales fue autorizado. Pero que tal consentimiento no se hizo preceder de la exigible información. Ni, al prestarlo, se encontraba asistido de Letrado. Por ello la autorización estaba viciada. En el motivo el recurrente expresamente excluye que hubiera sido vulnerado ninguno de los derechos al secreto de las comunicaciones o a la intimidad. El único derecho que denuncia vulnerado es el ya citado a un proceso con todas las garantías en cuanto el mismo incluiría el de ser informado antes de declarar de su derecho a no hacerlo y el derecho a la asistencia de Letrado.

Entiende eso sí que tal infracción ocurre porque lo manifestado por el recurrente se asemeja a una declaración.

Así delimitado el objeto del motivo, debe ser rechazado.

El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrolla el derecho que garantiza el artículo 24 de la Constitución. Ese derecho consiste en no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Y a ser asistido de Letrado para su defensa cuando presten aquella declaración.

Lo que el hecho probado nos describe -en lo que atañe al objeto de este motivo- no es una declaración del detenido sobre el hecho que se le imputaba, al ser detenido. Dos notas caracterizan ese episodio: a) que el detenido no hizo manifestación alguna sobre los hechos que admitieran un comportamiento susceptible de ser tipificado penalmente, sino, muy al contrario, realizó indicaciones dirigidas a una eventual coartada. Lo que pretendía era la identificación de la persona destinataria del objeto que se le incautaba y a la que desplazaba la responsabilidad del contenido de aquel objeto. Procurando de tal suerte, para el caso de no lograr su correlativa exoneración, los beneficios de su actitud colaboradora, y b) que en ningún caso se proclama como dato probado la alegación de que esa actitud del recurrente fuera respuesta a los requerimientos policiales, sino, muy al contrario, fruto de su espontánea, y podría decirse interesada, iniciativa. Algo bien diverso de la ingenuidad e ignorancia a la que alude el recurrente en su motivo.

No se trató pues ni de un acto de declaración de detenido ni de admisión alguna de culpabilidad. No era a tal iniciativa del detenido aplicable

la previsión del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni cabe decir que fuera vulnerado su derecho constitucional invocado.

Otra interpretación implicaría limitar el derecho de los detenidos a la constatación y conservación de fuentes probatorias, efímeras y de urgente obtención. Ni cabe cercenar la facultad de hacer manifestaciones dirigidas a imputar a terceros imponiendo a su ejercicio las condiciones de la manifestación sobre la propia responsabilidad.

El motivo, en cuanto parte de la similitud de ambas diferentes hipótesis, debe ser rechazado». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un intérprete.

**Recurso: Casación nº 11073/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 61/2011 de fecha 17/02/2011**

«En apartado c) de este art. 520.2 recoge el derecho a ser asistido gratuitamente por su intérprete cuando se trate de un extranjero que no comprende o no hable el castellano.

(...)

La STC. 74/87 por su parte, recuerda que “el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial. Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesaria ponderar.

La atribución de este derecho a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano y no sólo a los extranjeros que se encuentren en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución. No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (art. 3.1 de la Constitución), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa. Ciertamente, el deber de los españoles de conocer el castellano, hace suponer que ese conocimiento existe en la realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosímelmente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales.

Asimismo esta Sala en STS. 867/2000 de 23.5 tiene declarado que... "Es razonable -dice la STC de 20 de junio de 1994- que el derecho a ser asistido gratuitamente por un interprete haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perimetro de este derecho fundamental (derecho a la defensa) aún cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. Para que se produzca una indefensión derivada de un defecto a la tutela judicial con relevancia constitucional y consecuente vicio del proceso no es bastante con que aparezca en la causa una infracción de mera forma, sino que es preciso que alcance realmente a causar una efectiva indefensión material porque impida al interesado hacer alegaciones y defenderse o ejercitar su derecho de contradicción en un proceso. No es el nombramiento o no de interprete para un acusado extranjero la cuestión que pueda suscitar y dar la medida de la indefensión, sino el de conocimiento real por el interesado de la lengua en que el proceso se siga de tal modo que está imposibilitado de conocer de lo que se le acusa, de comprender lo que se diga, y de expresarse él mismo en forma que pueda ser comprendido sin dudas (Sentencias de 2 de enero de 1998 y 28 de febrero de 1994). La mera condición de extranjero no conlleva la necesidad de interprete si el acusado comprende y maneja con fluidez y soltura más que suficiente nuestro idioma (STC de 20 de junio de 1994). El propio Tribunal vendrá obligado, si por la forma de expresarse el interrogado, considera que no conoce adecuadamente el idioma en el que se le interroga, a velar por los derechos del acusado, proporcionándole el intérprete adecuado (Sentencia de 20 de octubre de 1993). Por lo demás se trata de un derecho que estando ya reconocido en el ámbito de las actuaciones judiciales (art. 231.5 LOPJ; arts. 440, 711 y 758.2 LECr.) también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que en muchos casos les sirven de antecedente (STC. 74/1987).

El incumplimiento de las previsiones de este precepto y las consecuencias de la falta de información de derechos puede suponer la nulidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas, la incoación de un procedimiento de habeas corpus para solicitar la puesta a disposición del detenido, la denuncia de posibles infracciones disciplinarias o periciales e inclusive interponer recursos ante los órganos jurisdiccionales y ante el Tribunal Constitucional en amparo. En concreto la STS. 26.05.07 precisa que la inexistencia de intérprete puede generar la nulidad de la declaración, si no comprende las preguntas que se le dirijan a las demás actuaciones que contribuyan a establecer los términos de la imputación (STS. 29.12.97, con el efecto de no poder esa declaración ser apreciada como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Pero esta declaración carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecida en el art. 24 CE. al no existir prueba de cargo que pueda sustentar el fallo condenatorio. Y si no produce tal efecto la consecuencia será determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia pueda estimarse apta y suficiente para reputar enervada la indicada presunción de inocencia. Consecuentemente el efecto indirecto no es predicable cuando sea posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás, obrantes en la causa, ya que no se vicia las restantes pruebas si es posible la desconexión causal entre la ilegítimamente obtenida y

las otras. Por ello la ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquella, de tal modo que sin la primera no hubiese existido la segunda (STS. 920/2005 de 8.7)». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de la comunicación postal: punzamiento de paquete postal.

Recurso: Casación nº 10481/2010 P
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 909/2010 de fecha 06/10/2010

«Al menos dos Sentencias de esta Sala Casacional (la 1085/2000, de 26 de junio, y la 793/2009, de 6 de julio) han tratado desde esta perspectiva constitucional el punzamiento por las autoridades administrativas postales, en combinación con la policía judicial, con objeto de encontrar evidencias del transporte de un envío con sustancias estupefacientes en su interior, bien mediante técnicas iniciales de rayos X o mediante perros entrenados a tal fin. El punzamiento es consecuencia de lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Postal de Washington, de 14 de septiembre de 1989, ratificado por España el día 1 de junio de 1992, y la legalidad de la medida de investigación, que en nada afecta al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, es declarada por ambas resoluciones de este Tribunal Supremo». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Acceso a la agenda electrónica.

Recurso: Casación nº 1964/2010
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 169/2011 de fecha 18/03/2011

«Pues bien nuestra jurisprudencia ha afirmado la legitimidad de tal actuación, SSTS. 1397/2005 de 30.11.2005, 1235/2002 de 27.6 en las que se equipara la agenda electrónica del aparato de telefonía con cualquier otra agenda en la que el titular puede guardar números de teléfonos y anotaciones sobre las realizadas y llamadas y otras anotaciones que, indudablemente, pertenecen al ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida y que admiten injerencias en los términos exigidos por el art. 8 del CEDH y la Constitución, por las fuerzas de seguridad, siempre por supuesto que la misma resulte justificada y proporcional, como en el caso presente en que la investigación era por un delito grave y era necesaria para indagar los culpables de la acción investigada.

En igual sentido, además de la STS. 1315/2009 de 18.12, citada por la sentencia recurrida, las SSTS. 1273/2009 de 17.12, 1040/2005 de 20.9 y 316/2000 de 9.3, consideran que no entraña interferencia en el ámbito de la comunicación la previa comprobación de la memoria del aparato que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración

de un teléfono en funciones o transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas”.

Y en la sentencia núm. 112/2007 de 16.2, se insistió en que la utilización de los contenidos de los teléfonos para obtener los números de algunas personas no implica ilicitud porque la simple averiguación de los números telefónicos de contacto, no constituye propiamente una injerencia en el secreto de las comunicaciones que requiera de la correspondiente autorización judicial, exigible para la «intervención» de las conversaciones realizadas a través de la comunicación telefónica.

Pues bien en lo que concierne a lo que aquí interesa, es decir al examen de la agenda de que dispone un terminal móvil, no cabe estimar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones.

Basta al efecto recordar que tal aparato no solamente está habilitado para permitir el acto de la comunicación sino que suele proporcionar otras funciones ajenas al hecho de aquella comunicación.

Pues bien cuando del mismo se obtiene la información allí contenida, de suerte que lo sabido no es el contenido de una conversación o de un mensaje SMS, ni siquiera información del hecho de que tal comunicación tuvo lugar y, menos aún, entre quienes, no existe ni asomo de infracción del derecho garantizado en el artículo 18 de la Constitución». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: apertura de la agenda del teléfono móvil por la fuerza actuante.

**Recurso: Casación nº 11069/2010 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 321/2011 de fecha 26/04/2011**

«La sentencia de instancia (páginas 14 in fine y 15) calificó de incompatible con la garantía del secreto de las comunicaciones el examen, sin autorización judicial y sin consentimiento del recurrente, del listado de llamadas y del contenido de mensajes grabados en el terminal del que era usuario y que le fue ocupado.

Por el contrario estima no infractora la toma de conocimiento de lo que la sentencia denomina agenda y que no es otra cosa que la guía que en dicho aparato guarda únicamente la indicación de una serie de números de teléfonos con identificación de su usuario como intervinientes en comunicaciones meramente eventuales pero sin que, por ello, se indique si tal comunicación ha ocurrido o no.

Contra lo dicho por el recurrente, la sentencia de instancia no hace uso de la fuente probatoria que valora como inconstitucional, sino solamente de ese dato derivado del examen de la guía. Es decir funda su resolución

entre otros datos en el de que en la guía del teléfono del recurrente figuraba el número del teléfono usado por el coacusado.

En relación a la existencia de llamadas por el recurrente al coacusado, y a la falta de explicaciones del recurrente respecto de las mismas, la referencia que se hace en la página 41 no deriva de su conocimiento de la existencia de dichas llamadas por el examen del terminal del recurrente, sino, como la sentencia proclama en dicho lugar, porque esos datos son "inferidos de la declaración del coacusado".

Pese a la acotación hecha por el motivo, podríamos estimar que la impugnación ha querido abarcar la eventual infracción del derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, incluso en relación con el único dato tomado en consideración por la sentencia recurrida: la constancia de que la guía del teléfono del recurrente contenía el número del terminal del coacusado.

Pero desde esa perspectiva tampoco podríamos estimar el motivo. Basta recordar aquí la constante jurisprudencia en la que hemos mantenido que el examen de la guía de un teléfono por los agentes de policía no conculca garantía constitucional alguna. Así lo hemos dicho recientemente en sentencias de 1 de marzo de 2011 y 12 de diciembre de 2010. En esta última dijimos: La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles (SSTS 316/2000, de 3-3 ; 1235/2002, de 27-6 ; 1086/2003, de 25-7 ; 1231/2003, de 25-9 ; 449/2006, de 17-4 ; y 1315/2009, de 18-12), afirma que la agenda de un teléfono móvil, entendiéndose por agenda, en este caso, el archivo de dicho aparato en el que consta un listado de números identificados normalmente por un nombre, es equiparable a una agenda en soporte de papel o electrónica con el mismo contenido de direcciones y números de teléfono. Por ello su registro u observación no supone la inmisión o injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad, con las importantes consecuencias que de ello se derivan. Pues así como la injerencia en el primero de tales derechos requeriría, sin duda ni excepción, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el artículo 18.3 de nuestra Constitución, la diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto.

Así pues el dato cuestionado en el presente caso es de lícita utilización por haber sido lícita su obtención, en la medida que es utilizado en la sentencia recurrida, que excluye otros datos por obtenidos de modo ilícito.

En consecuencia este motivo se rechaza». (F. J. 12º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: doctrina general.

Recurso: Casación nº 1308/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 271/2011 de fecha 13/04/2011

«Podemos así resumir los aspectos más relevantes de tal doctrina indicando las exigencias que son canon de obligada observancia para refrendo constitucional de la legitimad de las intervenciones de comunicaciones telefónicas:

a) Resolución jurisdiccional. La legitimidad de la intervención de comunicaciones telefónicas exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso. Así lo recordábamos en nuestra Sentencia de 2 de abril de 2009 resolviendo el recurso: 172/2008 donde recogimos lo dicho por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 136 y 239 de 2006.

b) Dicha resolución ha de estar adecuadamente motivada. Es imprescindible a tal fin que el órgano judicial exteriorice -por sí mismo en la resolución judicial o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla- la existencia de los presupuestos materiales de la intervención.

En nuestra Sentencia de 5 de noviembre de 2009, resolviendo el recurso 419/2009 recordábamos la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2009 de 28 de septiembre, conforme a la cual la resolución que acuerda la intervención, o sus prórrogas, debe explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

c) Que concurre la exigible proporcionalidad de la medida. Es decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad. (SSTC 49/1999 de 5 de abril (F. 8); 82/2002 de 22 de abril (F. 3); 167/2002 de 18 de septiembre (F. 2); 184/2003 de 23 de octubre (F. 9); 259/2005 de 24 de octubre (F. 2)).

d) La resolución deberá expresar los presupuestos materiales, de los que depende el juicio de proporcionalidad. Estos vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: 1º.- la existencia de un delito; 2º.- que este sea grave y 3º.- sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FF. 6 y 7); 167/2002 de

18 de septiembre (F. 4); 184/2003 de 23 de octubre (F. 9), dictadas por el Pleno de este Tribunal).

Sobre este elemento el Tribunal Constitucional ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril de 2010, que la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3). A este respecto, no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

A este respecto se reitera que es insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser.

e) Reiteradamente se excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FJ 8); 166/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 171/1999 de 27 de septiembre (FJ 8);

167/2002 de 18 de septiembre (FJ 2); 259/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 253/2006 de 11 de septiembre (FJ 2)).

f) *En cuanto al contenido de la resolución que autoriza la intervención se exige que se determine con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996 de 26 de marzo (FJ 3); 49/1999 de 5 de abril (FJ 7) y siguientes; 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 2); STC 184/2003 de 23 de octubre (FJ 9); 259/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 136/2006 de 8 de mayo (FJ 4)). (F. J. 4º)*

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones: fuentes confidenciales.

**Recurso: Casación nº 10035/2010 P
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 801/2010 de fecha 23/09/2010**

«Las informaciones sobre las que se basa la solicitud policial se remiten, en definitiva y en su origen, con gran probabilidad, a las fuentes confidenciales. Eso es por sí un dato objetivo que, en su caso, podría justificar una intervención telefónica. En principio no basta con una desnuda remisión a ese tipo de fuentes para cumplir los cánones mínimos que exigen la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Pero para que unas informaciones, anónimas en su origen, puedan servir de base para una intervención telefónica, es absolutamente necesario que se tenga constancia de la identidad de la fuente. Será suficiente con proporcionar un mínimo de elementos que permitan graduar su fiabilidad y la consiguiente verosimilitud de esa "información". En el presente caso, no estamos ante esa mera información anónima que, por otra parte, aporta una serie de detalles que dotan de mayor credibilidad a la fuente. Hay que tener en cuenta que la información es objeto de contraste, que se comprueba la realidad de muchos de los datos externos aportados (entre ellos parece elemental suponer que se confirmó la salida de la embarcación), y que se descubren nuevos elementos que hacen pensar en la credibilidad de la información. Más en casos como el presente en que esa noticia ha pasado el filtro de unos servicios policiales de otro país. Además, posteriormente la unidad policial que recibe la noticia maneja esa información para corroborar algunos de sus datos.

En la somera investigación que se inicia, amén de comprobarse la realidad de los datos externos aportados, se descubren nuevos elementos que hacen pensar en la fiabilidad de la información (relación de uno de los teléfonos con anteriores operaciones de narcotráfico sin que dada la finalidad de ese dato -corroborar otros a efectos de una investigación y autorización de intervenciones telefónicas- fuese preciso en ese momento una acreditación documental: no hay motivos para dudar de la veracidad de la información policial que, además, era susceptible de ser contrastada con suma facilidad, lo que hace absurdo dudar por sistema de ella).

La sentencia de instancia vino, en esta línea, a rechazar, en su fundamento de derecho tercero, las pretensiones del recurrente; y, en el cuarto, la también pretendida falta de competencia del instructor para autorizar las intervenciones y así, después de exponer el iter temporal del proceso de conocimiento de la salida del barco, cargado de cocaína, desde Barbados, tripulado por alemanes domiciliados en España, concluye "Que el velero, cuya noticia era que se dirigía a las costas europeas con un cargamento de cocaína, era presumible se dirigiese a las costas españolas, no es, como afirma la defensa, una afirmación gratuita, pues, los dos tripulantes que lo pilotaban, aunque de nacionalidad alemana, tenían, ambos, sus domicilios en España y, las comunicaciones que se habían podido detectar de tales tripulantes lo era con teléfonos móviles correspondientes a terminales y líneas españolas, por lo que la inferencia policial no se aprecia como irrazonada ni irrazonable, por lo que, a priori, la competencia de las autoridades españolas aparece como plenamente justificada. Ha de afirmarse, así, la inicial competencia del Juzgado Central de Instrucción en servicio de guardia por lo que la alegada nulidad de la instrucción verificada ha de ser rechazada".

Con tal base, pues, puede concluirse que la autorización judicial no se asentaba en el vacío, o en una simple noticia confidencial anónima ayuna de toda corroboración». (F. J. 8º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Grabación de conversación telefónica por uno de los intervinientes.

Recurso: Casación nº 2566/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 682/2011 de fecha 24/06/2011

«La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (STS 20-2-2006; STS 28-10-2009, nº 1051/2009). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, nº 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18-3 C.E., debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además, -como recuerda la STS de 11-3-2003 nº 2190/2002-, la STS de 1-3-96, ya entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y la STS 2/98 de 29 de julio, dictada en la causa especial 2530/95, consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas mantenidas con terceras personas, ya que el

secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado.

Finalmente, cabe traer a cuenta que la STS 9-11-2001, nº 2081/2001, precisa que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE 1978/3879, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven». (F. J. 6º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones. IMSI.

Recurso: Casación nº 1206/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 79/2011 de fecha 15/02/2011

«...como ya expresábamos en nuestra STS nº 40/2009, de 28 de enero, algunas precisiones:

a) En primer lugar que el IMSI no es sino el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (Subscriber Identity Module) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (Mobile Station Integrated Services Digital Network), 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.

Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214 , que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil.

b) Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar.

c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando “asterisco, almohadilla, 06, almohadilla”, y pulsando la tecla verde “llamar”.

Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

d) Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o “pinchazos” telefónicos.

e) En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS nº 249/08, de 20 de mayo, después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para “la cesión” del IMSI por las operadoras, al amparo del art 18.4 CE y de la L.25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones”, tampoco se acepta que la “captura “del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art 18.3 CE; y que, por otro, la facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el art 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter

puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional». (F. J. 18º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: Innecesariedad de prueba pericial de cotejo de voces.

Recurso: Casación nº 10467/2010 P
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 385/2011 de fecha 05/05/2011

«Respecto de la ausencia de una prueba pericial que acredite las voces de los acusados, conviene tener presente –decíamos en la STS 593/2009, 8 de junio-, que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre), que también ha proclamado la no exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, 12 de septiembre). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición». (F. J. 6º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: investigación preprocesal ordenada por el Ministerio Fiscal.

Recurso: Casación nº 755/2010
Ponente: Sr. Granados Pérez
Sentencia: nº 815/2010 de fecha 21/09/2010

«La fase preprocesal, cuando se gesta la investigación de un presunto hecho delictivo, puede ser esencial para lograr esa confluencia entre seguridad y respecto de los derechos fundamentales y, en esa fase, el Ministerio Fiscal tiene atribuidas funciones cuyo buen uso permitiría encauzar el posterior proceso por la senda de la mayor eficacia con pleno respeto a los derechos fundamentales.

La instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado recuerda que corresponda al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer. El Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la Policía Judicial en cualquier momento de la fase de

investigación preprocesal. Durante dicha fase, esto es, antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos.

Pues bien, en esta fase preprocesal, el Ministerio Fiscal podría adoptar un papel más dinámico, de realización de la justicia en defensa de la sociedad y de los derechos fundamentales, impartiendo instrucciones para que cualquier solicitud que se haga al juez instructor que implique restricción de derechos fundamentales se realice acorde con la jurisprudencia sobre tales injerencias, facilitando resoluciones judiciales que permitan una lícita investigación de graves conductas delictivas.

Estas instrucciones preprocesales del Ministerio Fiscal se hacen especialmente significativas por la insuficiente regulación que hace el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la intervención de las comunicaciones telefónicas, como se ha expresado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es exponente la Sentencia 864/2005, de 22 de junio, que examina la acomodación del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, declarándose que la insuficiente regulación legal establecida en el art. 579 LECrim. ha sido adecuadamente completada con las exigencias que al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como éste Tribunal Supremo, han requerido para aceptar la validez de las intervenciones telefónicas, de manera que la suma de la regulación legal y las exigencias judiciales han conformado un sistema garantista que satisface las previsiones tanto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como de la doctrina desarrollada por el TEDH.

En el recurso que examinamos, y lo mismo puede afirmarse en otros casos similares, el Ministerio Fiscal está legitimado para denunciar, mediante un recurso de casación, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por declararse en la sentencia recurrida la nulidad de una prueba que estima es lícita, sin embargo, en la lucha contra la impunidad de graves conductas delictivas, hubiese sido oportuno que hubiera ejercido las atribuciones que tiene encomendadas en la fase preprocesal y lograr que toda solicitud que implique una injerencia en los derechos fundamentales se realice acorde con la jurisprudencia, facilitando resoluciones judiciales que permitan una lícita investigación de graves conductas delictivas. Si así se hubiese hecho el Tribunal de instancia no hubiese acordado la nulidad de las intervenciones telefónicas, como tampoco se hubiese así declarado si el juez instructor, que en definitiva es el que autoriza las injerencias en los derechos fundamentales, hubiese requerido una simple comparecencia con declaración de los agentes solicitantes de la autorización para completar la información aportada con datos o elementos objetivos, como se señala por el Tribunal de instancia y se hubiese evitado una nulidad cuya adopción resultó procedente por las razones inicialmente expresadas». (F. J. Unico)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones: obtención por la Policía de los números de teléfono de los sospechosos.

Recurso: Casación nº 10212/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 862/2010 de fecha 04/10/2010

«Y en cuanto a la objeción de que los agentes no hayan explicado cómo obtuvieron los números telefónicos de los sospechosos y las suspicacias que muestran los recurrentes sobre ese extremo, esta Sala tiene establecido que no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, pues es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS 509/2009, de 13-5; y 309/2010, de 31-3)». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Protocolo de incorporación de las escuchas.

Recurso: Casación nº 2491/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 972/2010 de fecha 29/09/2010

«A) La jurisprudencia de esta Sala (SS 22 de junio de 2005, 17 de julio de 2006, entre otras) ha señalado como exigencias en el protocolo de incorporación de las escuchas al proceso, para convertirse en prueba de cargo susceptible de ser valorada las siguientes: 1º) aportación de las cintas; 2º) transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas; 3º) el cotejo bajo la fé del Secretario Judicial de tales transcripciones con las cintas originales cuando se haya encargado esa transcripción mecanográfica, como es lo usual, a los funcionarios de policía; 4º) la disponibilidad de este material para las partes; y 5º) la audición o lectura de las mismas en el Juicio Oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad e inmediatez.

A esto se añade: a) que ninguna norma exige que la transcripción total o parcial haya de hacerse (Sª 14 de febrero de 2007), siendo más una posibilidad que una exigencia; b) que cuando se hace la transcripción pueden las partes plantear su defectuosa fidelidad y también interesar la adición de las partes no transcritas que se consideran de interés para la defensa; y c) que la audición directa en el Juicio Oral de las conversaciones no escapa a las exigencias de pertinencia y de necesidad de la prueba, lo que es especialmente relevante en el caso de pretender la escucha de todas las conversaciones de manera íntegra, es decir de su totalidad sin excepcionar ninguna conversación o fragmento aunque resulten ajenos al objeto del proceso o afecten exclusivamente a intereses defensivos distintos de los del

proponente. Es decir que no es necesario oír la totalidad de las cintas sino los pasajes indicados por cada una de las partes que le interesan a efectos probatorios». (F. J. 3º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones. Sistema SITEL: garantías.

Recurso: Casación nº 10718/2010 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 64/2011 de fecha 08/02/2011

«...en sentencias como la STS 1215/09. Así se mantiene que el sistema SITEL, por su tecnología permite sustituir la presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil, o, por no decir imposible, manipulación, sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas. La autenticidad del contenido de los discos está fuera de toda discusión, y si alguna de las partes estima que los discos depositados de la grabación no se corresponden con la realidad deberá explicar suficientemente en qué basa su sospecha, en cuanto está acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL. En dicho sistema deja huella el manipulador, ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro. La misma sentencia citada continúa diciendo que del mismo modo que el análisis de los laboratorios oficiales gozan de garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo debe decirse de este sistema, salvo prueba en contrario.

(...)

Al respecto debe advertirse que la integridad de las grabaciones obtenidas a través del Sistema Integrado de Interceptación de Comunicaciones Electrónicas (SITEL), operado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del Reino de España (Policía Nacional y Guardia Civil), está garantizada por entidades de certificación como la denominada “AC CAMERFIRMA” (autoridad de certificación digital de las Cámaras de Comercio españolas)». (F. J. 5º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones postales.

Recurso: Casación nº 2059/2010

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 209/2011 de fecha 22/02/2011

«La cuestión radica en si la autorización judicial, para la apertura del paquete, en que se halló la droga, era o no exigible en aras al secreto de las comunicaciones, cuyo derecho reconoce el art. 18.3 de la Constitución.

Esta Sala en Pleno no Jurisdiccional del 4/1995 sentó que, bajo la protección del derecho a la intimidad, se encuentra no sólo las cartas, o correspondencia epistolar, sino todo género de correspondencia postal, entre ella los paquetes postales, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial; salvo que se tratare de objetos abiertos o que ostentaren etiqueta verde. Lo cual ha sido seguido por la jurisprudencia con esta Sala en algunas especificaciones. Así se precisa que no pueden entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes en cuyo exterior se haga constar su contenido (sentencia del 7/1/1999 TS).

Digamos ya respecto a ese último extremo que el envoltorio que nos ocupa tenía unido a su exterior el formulario de envío en el que se expresaba que contenía “documentos”. Ciertamente que, a posteriori, esa expresión, falsa, podría ser considerada, cual indica el Ministerio Fiscal, como una trampa, mas tal consideración no es retrotraible al momento de decidir sobre la apertura, cuando no consta que se conociera terminantemente aquella falsedad.

Se hace, así pues, oportuno atender, cual hace la sentencia de esta Sala del 16/12/2010 – y sus citas – a la aptitud del paquete para contener mensajes unidos por naturaleza a la propia condición humana; aptitud no referible a la mera posibilidad material y abstracta de que tal cosa suceda, conforme a la que, probablemente, no existe envío postal que no permita ese tipo de utilización. Se trata de si, en el uso social imperante, la modalidad de envío es de las empleadas de manera habitual en la transmisión de aquel tipo de mensajes (o de si la normativa postal así lo prevé).

Pues bien, la lectura de las actuaciones, sin salir de los folios que señaló el Ministerio Público para el juicio oral, lleva a conocer que el envoltorio aparecía a la vista como un sobre de color amarillo de 33 x 25 centímetros. Tales datos permiten aceptar (aunque el peso de 1.307 gramos podría dar lugar a conjeturas) que la Audiencia explicó y justificó sin irracionalidad la apreciación, respecto al singular caso, de que era necesaria la autorización judicial para la apertura del paquete.

Por lo demás, y en relación con la entrega vigilada que regula el art. 263 bis LECr., no puede olvidarse la llamada que, en su número 4, efectúa sobre el respeto, en la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes, de las garantías judiciales, con excepción de lo previsto en el art. 584 LECr. (F. J. 1º)

No cabe entender que la Audiencia quebrantara la tutela judicial efectiva, a que se refiere el art. 24 CE, en la faceta, que ahora nos ocupa, de motivación razonable de la sentencia, o por aplicación inadecuada de la garantía prevista en el art. 18.3 CE o por infracción ordinaria del art. 579 LECr». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones postales: entrega vigilada y apertura de paquete postal. Presencia de Letrado.

Recurso: Casación nº 1796/2010
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 273/2011 de fecha 08/04/2011

«Antes de dar respuesta a esta cuestión, hemos de recordar que la Conferencia Internacional sobre el «Uso indebido y el Tráfico ilícito de drogas» fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y se celebró en Viena con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un «Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras». El Capítulo III se llamaba «supresión del tráfico ilícito» y en su art. 18 se subraya la eficacia de la «entrega vigilada» como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final.

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, «corpus iuris» de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el art. 1, exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos.

La consecuencia en nuestro derecho interno fue el nuevo art. 263 bis de la LECrim, introducido por el LO 8/1992 de 23 de diciembre, modificado por la LO 5/1999, de 13 de enero, que entre otras innovaciones excluye la aplicación del art. 584 de la LECrim. en la interceptación y apertura de envíos puntuales sospechosos de contener estupefacientes.

En el marco europeo, el sistema Schengen de 1985 a cuyo «Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990» al que España se adhirió, el 25 de junio de 1991 (BOE 5 abril 1994), establece en su art. 73 que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo en concreto el párrafo 3 que «cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir».

Estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de esas legislaciones.

De manera que el citado artículo 73 del Tratado de Schengen autoriza a las partes contratantes, a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para descubrir a los autores de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y control de las actuaciones en sus respectivos territorios, por lo que tenemos que reiterar que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia

Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas, por lo que no es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece. (F. J. 3º)

Esta Sala Casacional ya se ha pronunciado en un asunto semejante, en la STS 1085/2000, de 26 de junio. Para resaltar tal similitud, conviene señalar que en tal precedente decíamos: “el recurrente alega que no estaba presente su letrado [en la diligencia de apertura del paquete] y de tal ausencia deriva la nulidad de toda la diligencia con la violación de los derechos citados”. Pues, bien, la doctrina mantenida entonces, que ha de ser ahora reiterada, es la siguiente: “el motivo tampoco puede prosperar, el art. 520 de la LECrim fija con claridad y detalle el régimen y status del detenido, especificándose, en relación a la presencia de letrado que éste debe asistirle «... a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto...». La apertura del paquete en sede judicial no es una diligencia de declaración ni de identidad, es sólo la incorporación a la instrucción del objeto del delito. En tal sentido el propio art. 584 de la LECrim sólo exige la presencia del interesado”.

Por si fuera poco, tal presencia está excluida en el protocolo de apertura preliminar con objeto de procederse a la entrega vigilada, como ya hemos señalado, en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Carecería de sentido que en tal instante pudiera abrirse con la sola garantía judicial, sin la asistencia del destinatario, y después, una vez que llega al mismo, se refuercen esas propias garantías, adicionándose a la presencia del interesado –única por cierto exigida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal– la adicional asistencia letrada. Y asimilándolo con otras diligencias sumariales, ocurre lo propio, ya que no estando detenido el imputado, no es exigida tampoco la presencia letrada ad exemplum en un registro domiciliario.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado, así como el motivo segundo, que es vicario del anterior». (F. J. 4º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Escuchas en otro procedimiento.

Recurso: Casación nº 11108/2010 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 272/2011 de fecha 12/04/2011

«Nos encontramos, por tanto, con un procedimiento diferente en el que todas las escuchas se han realizado mediante las oportunas resoluciones judiciales, constando que la primera noticia surge con ocasión de otra investigación, en la que las escuchas estaban amparadas por una resolución judicial y, como recuerda la STS nº 187/2009, no es procedente presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares y por ende

vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. “El presupuesto del razonamiento debe ser el opuesto al recurrente y, por tanto, debe partirse de que salvo prueba en contrario hay que suponer que los jueces, policías, autoridades y en general funcionarios públicos han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución. Sería absurdo presumir que como no constan las actuaciones iniciales obrantes en una causa distinta hay que entender que no hubo autorización judicial de la intervención o la misma fue inmotivada o injustificada. Como bien apunta el Fiscal, ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio procesal “in dubio pro reo” llega hasta el punto de tener que presumir por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas”.

En este caso, el recurrente hizo una impugnación genérica y formal, sin decir en sus conclusiones provisionales que el motivo de su impugnación fuera la falta de incorporación al procedimiento que nos ocupa, de las iniciales autorizaciones de intervención telefónica, adoptadas en el proceso de origen, y como señalaba la STS nº 187/2009, anteriormente citada, existió una resolución judicial autorizante de la actuación injerencial dictada por el primer Juzgado, respecto de la que no consta se haya pronunciado resolución alguna que la invalide o la declare inconstitucional o de otro modo irregular. Junto a ello no puede pasar desapercibido que el recurrente pudo pedir testimonios de aquella causa para que en la presente se pudieran tomar en consideración, concretamente, los autos allí dictados con sus correspondientes oficios policiales que sirvieran de referencia, y es lo cierto que ni siquiera ha intentado este medio probatorio. Y concluye que el tribunal de instancia ha dispuesto de unos referentes policiales contundentes e inequívocamente incriminatorios, que justificaban la restricción del derecho a la intimidad. En ellos se descubría una propuesta de transacción de drogas y ello se hacía en una conversación en la que el interlocutor usuario de determinados números telefónicos, era designado con el apodo de Toni y que resultó ser el recurrente, de modo que “A falta de otros datos, que indujeran a dudar de las actuaciones que permiten grabar tal conversación acordadas por el juez competente, no es posible declarar inconstitucional o de otro modo irregular el auto o autos habilitantes emitidos en aquel proceso”.

Por último, es preciso destacar que no nos encontramos ante una causa desgajada de otra, sino abierta directamente ante un segundo Juez, a raíz del descubrimiento realizado dentro de unas intervenciones telefónicas debidamente autorizadas por otro Juez en otro procedimiento distinto. Partiendo de ellas, además de los seguimientos y vigilancias realizados por la Policía, ésta solicita ante el segundo Juez, la autorización de intervención del teléfono de quien aparece cuando se están investigando otros hechos, paralelos a los que fueron objeto del primer procedimiento». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones telefónicas: grabación en DVD de las conversaciones (licitud).

Recurso: Casación nº 10944/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta
Sentencia: nº 280/2011 de fecha 12/04/2011

«En la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, se declaró la acreditación del contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, por su incorporación al proceso salvo prueba en contrario sobre su autenticidad. Se trata de documentos con fuerza probatoria como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil).

La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 230, permite la acreditación de la correspondencia entre lo grabado y lo incorporado al juicio por su acomodación a lo dispuesto en la normativa aplicable, lo que no es obstáculo para que la parte pueda cuestionar esa correspondencia y, en su caso, interesar mayores exigencias que acreditan la regularidad de la correspondencia entre lo efectivamente intervenido y su incorporación al proceso, de cara a conformar una correcta acreditación de un hecho esencial en el proceso penal, en este caso, la correspondencia entre lo efectivamente intervenido y la constancia documental, no siendo admisible que, habiéndose aquietado a la constancia documental de la intervención telefónica, se cuestione en casación esa documentación sobre la base de nuevas exigencias, no planteadas en la instancia, para asegurar la correspondencia de la documentación y las intervenciones telefónicas.

Las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del art. 230 de la LOPJ. Esas garantías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación, la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. También, la propia digitalización de la interceptación permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización, lo que, en principio, se evita mediante la fijación horaria, haciendo imposible su manipulación, pues, como dijimos, esa constatación horaria evidencia la manipulación que pudiera realizarse.

Estas prevenciones dan cabal contenido a la exigencia del art. 230 LOPJ y, en esos términos fue incorporada al enjuiciamiento. Las exigencias

que la recurrente, ahora, plantea pudieron ser objeto de debate en el juicio oral, pero no fue interesado por lo que su discusión en casación es ajena al contenido del recurso, máxime cuando las garantías del sistema ya expuestas rellenan las exigencias del art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Intervención derivada de la acordada en otro procedimiento. Impugnación. Acuerdo del pleno.

**Recurso: Casación nº 2528/2010
Ponente: Sr. Soriano Soriano
Sentencia: nº 543/2011 de fecha 15/06/2011**

«2. Distinto es el otro aspecto de la queja planteada. Ésta se fundamenta en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009 y SS. T.S. nº 496/2010 de 14 de mayo y nº 744 de 26 de julio.

En dicho Pleno se establecen las siguientes premisas:

a) En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

b) En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de pruebas en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad del aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

c) Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de prueba.

3. No puede pretenderse que por el hecho de que el proceso que nos ocupa se incoe, en virtud de un oficio policial, y no por testimonios de otro proceso (272/2008 del Juzgado nº 2 de Ordes) le resulte inaplicable el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, pues es lo cierto que el contenido de dicho oficio (ver folios 4 a 21 de la causa), esto es, la mayor parte de su contenido, en particular el dedicado a los indicios que justificarían la medida injerencial, lo integran transcripciones de conversaciones telefónicas obtenidas en el otro proceso, es decir, el seguido en Ordes, como apunta la Policía en el oficio, el Juez en el auto y el Fiscal en su escrito de calificación. Ciertamente que no se trae testimonio de las transcripciones telefónicas obrantes en el Juzgado, sino que es la policía quien aporta el testimonio de las mismas que en su día entregó al

Juzgado de Ordes y allí debe figurar, en cuanto fruto de las investigaciones seguidas ante aquel órgano jurisdiccional.

El recurrente interesó como prueba en todo momento, especialmente en su escrito de calificación provisional, la aportación de testimonio de las diligencias 272/2008 del Juzgado nº 2 de Ordes, o más concretamente el primer oficio petitorio de la intervención y el auto habilitante. El recurrente sólo pudo aportar como prueba documental, según sostiene, testimonio de un auto de prórroga, en el que se tuvieron en consideración los resultados de las conversaciones intervenidas.

La petición quedó expresa y formalmente planteada, y mereció el rechazo o denegación por parte de la Audiencia. Reproducida que fue al inicio de las sesiones del juicio oral también fue rechazada.

El Mº Fiscal por su parte, no interesó la prueba documental a pesar de la impugnación realizada por los ahora recurrentes en tiempo y forma, y es el caso que a la sazón se carece de la menor referencia acerca de la legitimidad de la primera intervención telefónica en las tan repetidas diligencias 272 seguidas en el Juzgado nº 2 de Ordes. Los elementos indiciarios contenidos en el oficio hacen referencia en su mayoría al resultado de las conversaciones telefónicas previas. Los seguimientos, vigilancias y hallazgos estaban directamente relacionados con tales intervenciones, según manifestó la fuerza policial en juicio.

Junto a tales datos sólo se añade el del aparente y anómalo nivel de vida o gastos inusuales realizados, desacompañados para los hipotéticos ingresos de los sospechosos. Mas, tales datos sólo constituían una simple sospecha no contrastada, ya que es después de la solicitud injerencial cuando se interesa del Juzgado de La Coruña la autorización para investigar las cuentas de los sospechosos, sus declaraciones de Hacienda y demás informaciones susceptibles de reflejar su situación económica y relacionarla con los vehículos utilizados o en general con el nivel de vida que disfrutaban los investigados.

4. Consecuentes con lo dicho no cabe calificar de regular y legítima la intervención telefónica acordada y sus prórrogas, así como todas las pruebas reflejas o derivadas obtenidas por esa vía o desde ese viciado origen (art. 11.1 LOPJ.). La averiguación de la existencia y ubicación del trastero donde apareció la mayor parte de la droga también tuvo su origen en las intervenciones telefónicas precedentes a esta causa.

No cabe, por otro lado, calificar de prueba de cargo, ni aun con carácter indiciario, la negativa de los acusados a declarar o a responder a las preguntas del Fiscal, o a no dar explicaciones de los movimientos desplegados con ocasión de tal actividad ilícita. El tribunal de instancia improcedentemente nos dice que tal postura (de silencio) se traduce en la aceptación tácita de las conversaciones transcritas en la causa, tesis inaceptable, ya que desde un principio instaron su nulidad por infringir el derecho a la presunción de inocencia, amén de ejercitar un derecho

fundamental (art. 24 C.E.) a no declarar contra sí mismos. Sólo en excepcionales ocasiones, dependiendo del contexto, puede el silencio operar como refuerzo incriminatorio si se omite una explicación satisfactoria, cuando sería fácil ofrecerla.

Dicho motivo deberá estimarse con la consecuencia inmediata e indisolublemente unida de la ausencia de prueba suficiente de naturaleza incriminatoria capaz de fundar una sentencia de condena». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho al Secreto de las comunicaciones telefónicas: prevenciones en el uso del sistema SITEL

Recurso: Casación nº 10976/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 293/2011 de fecha 14/04/2011

«3. En lo referido a los datos utilizados en el origen del procedimiento, igualmente el recurrente se limita a exponer sus sospechas acerca de una determinada forma de proceder de los cuerpos policiales, pero tampoco se refiere a pruebas que permitieran considerarlo acreditado o a hechos probados de los que pudiera deducirse su realidad. Así parece desprenderse del sentido hipotético de su propuesta al emplear la expresión “podría haber iniciado su andadura...” que se recoge literalmente en el motivo, y que no constituye una afirmación basada en datos objetivos sino la constatación de una simple posibilidad.

No obstante, la utilización del sistema SITEL requiere de alguna consideración expresa, aunque no determine el sentido de la decisión en el caso, salvo en lo que se dispondrá en el fallo de la segunda sentencia.

En primer lugar, la propia configuración actual del sistema, que no solo afecta a la comunicación telefónica, implica que su utilización supone una importante invasión del poder público en aspectos ordinariamente amparados por el derecho individual a la intimidad, sea bajo el derecho al secreto de las comunicaciones o sea en relación con otras manifestaciones de aquel derecho. En este sentido, no solo es relevante que el Juez tenga en cuenta que, cuando autoriza la intervención de las comunicaciones, su decisión afecta necesariamente a otras esferas del derecho a la intimidad, que también exigen una resolución judicial, sino que, precisamente por ello, la motivación de su resolución debe referirse expresamente a la proporcionalidad de la medida en relación con el fin perseguido, y en su caso al alcance de la autorización. Pues no siempre la investigación de un delito podrá justificar una restricción de la intimidad del sujeto con el alcance de la que necesariamente se produce en la actualidad mediante la utilización del referido sistema de interceptación de las comunicaciones. Por lo tanto, deberá extender su motivación a estos extremos.

En segundo lugar, en relación con lo antes señalado y también en consideración a las características del sistema, si no se adoptan las

necesarias cautelas, podría resultar posible el almacenamiento de una cantidad ingente de datos relativos a la actividad de numerosas personas, implicadas o no en hechos delictivos, que quedarían fuera del control directo y exclusivo de la autoridad judicial. El acceso a tales datos se ha producido solamente sobre la base de una autorización judicial emitida con la finalidad de proceder a la investigación de unos hechos concretos, y, con independencia de las cautelas y medidas de seguridad que se derivan del propio sistema, todo el material obtenido queda íntegramente a la exclusiva disposición de la autoridad judicial.

Es por ello que los Tribunales, de oficio, en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las copias entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido». (F. J. 12º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa: sentencias absolutorias.

Recurso: Casación nº 2176/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 342/2011 de fecha 04/05/2011

«..la doctrina del Tribunal Constitucional, siguiendo sustancialmente la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido la imposibilidad de modificar los hechos probados de manera que resulte desfavorable para el acusado sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales que el Tribunal que resuelve el recurso no ha presenciado. Así, en la STC 184/2009, recoge doctrina del TEDH, afirmando: “...En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)”. Para, desde la perspectiva del derecho de defensa, concluir afirmando que “debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso

(concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo”». (F. J. 1º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal: compendio de jurisprudencia.

Recurso: Casación nº 1054/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 966/2010 de fecha 29/10/2010

«Se denuncia así la inconstitucionalidad de la configuración procesal del recurso de casación.

El motivo no es viable.

La doctrina de esta Sala al respecto ya ha sido fijada con la suficiente uniformidad. En efecto, en las SSTs 749/2007, 19 de septiembre y 742/2009, 30 de junio, recordábamos que es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un desideratum hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal. Y así está aconteciendo, tanto en el orden jurisprudencial como en el legislativo. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido abriendo de forma paulatina el ámbito cognitivo del recurso de casación, haciendo posible –según algunos, en perjuicio de la función nomofiláctica que le es propia-, un ensanchamiento de su funcionalidad histórica en beneficio de las garantías constitucionales del recurrente. También así ha sido entendido por el legislador español, que en su reforma de la LOPJ, operada mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre, ha llevado a cabo una reordenación de la planta judicial para acomodar ésta a las exigencias derivadas del principio de la doble instancia.

Esa compartida necesidad de reforma de nuestro sistema procesal, que generalice la doble instancia y haga del recurso de casación un recurso para la unificación de doctrina, se dibuja como algo irreversible.

Cuestión distinta es que las alegaciones que hasta entonces se formulan lamentando la efectiva reordenación de nuestro sistema, hayan de ser necesariamente acogidas. La impugnación basada en la ausencia de doble instancia ha de ser resuelta conforme al estado actual de nuestra legislación, completado con la jurisprudencia que complementa aquélla.

La STS 429/2003, 21 de marzo compendia el actual estado de la cuestión en relación con esta materia. En ella se recuerda que la Junta General de Sala de 13 de septiembre de 2000 tras examinar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 en relación con el cumplimiento por España de lo prevenido en el art. 14.5 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893) se pronunció en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la sentencia condenatoria y cumpliendo ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia debiéndose ser considerado como un recurso efectivo en los términos del art. 14.5 del Pacto y en tal sentido se puede citar el Auto de 14 de diciembre de 2001 en el que se detallan in extenso las razones del porqué con la actual casación cumple con las existencias del art. 14.5 del Pacto, y en el mismo sentido la STC de 3 de abril de 2002 (RTC 2002, 70) que reiterando otras cuestiones, alude a la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la culpabilidad y pena impuesta que exige el artículo citado que tampoco viene a demandar una íntegra repetición del juicio ante el Tribunal de apelación, bastando con que el Tribunal Superior pueda controlar la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en concreto, lo que cabe hacerlo con la actual casación. En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 42/82, 76/82 y 60/85, SSTS 133/2000 de 16 de mayo y de esta Sala 1822/2000 de 25 de abril y 867/2002 de 29 de julio, entre otras muchas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperris, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio. (STS 587/2006, 18 de mayo).

Por último es de interés destacar, como hace la reciente STS 480/2009, 22 de mayo, dos cuestiones:

Primero, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperris, que fueron inadmitidas, respectivamente el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

Segundo, que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que "la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los

tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena". Igualmente la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005), Cuartera Casado c. España, § 4.4) que destaca que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual". Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005), Bertelli G. c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que "en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés". Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo V. c. España, § 9.3) al afirmar que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél", por lo que considera que la queja "no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad" y la declara inadmisibile.

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP.

Por ello procede la desestimación del motivo (arts. 885.1 y 2 LECrim)».
(F. J. 4º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Doble instancia penal: sentencia absolutoria

Recurso: Casación nº 2727/2009

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 760/2010 de fecha 15/09/2010

«5.- A lo anterior aún cabe añadir un insalvable obstáculo constitucional. En efecto, desde la relevante Sentencia 167/2002, el Tribunal Constitucional declara contrario al juicio con todas las garantías, la modificación en vía de recurso, de las declaraciones fácticas establecidas en la instancia, condenando en aquella vía al recurrido absuelto, si, para ello, se ha prescindido de la práctica de la prueba que, por su naturaleza, exige la inmediación del juzgador esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por el Tribunal Constitucional, precisamente en un caso de acusado absuelto del delito de apropiación indebida, al no oírse al acusado en el procedimiento seguido para resolver el recurso, ya que, para dar por constatado el elemento subjetivo que requiere este ilícito penal, era esencial la valoración de la declaración del acusado, no siendo determinante para este juicio sobre la tipicidad el contenido de otros medios de prueba de naturaleza documental atendidos en ese caso por el tribunal de la apelación (STC 30/2010 de 17 de mayo).

(...)

Y a este respecto se dice: “..Con esta perspectiva, ha de señalarse que, según expone la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)...”». (F. J. 1º del R. H.V.E)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio: entrada y registro. Innecesariedad de la presencia del Letrado y de los demás convivientes, estando el detenido.

**Recurso: Casación nº 447/2010
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 953/2010 de fecha 27/10/2010**

«Respecto de la presencia de Letrado en la práctica de la diligencia de entrada y registro, la jurisprudencia de esta Sala –de la que se hace eco el Ministerio Fiscal-, es unánime al respecto. La STS 697/2003, de 16 de mayo, citando la STS 1116/98, 30 de septiembre, razona que "la intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto. En consecuencia, la no asistencia letrada al registro practicado en los domicilios del recurrente no constituyó infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías, habiéndose dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan". Esta idea es reiterada en otros muchos pronunciamientos que destacan cómo la asistencia letrada se circunscribe a la práctica de diligencias de carácter personal, en los términos a que se refiere el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin afectar a la diligencia de entrada y registro (cfr., por todas STS 1134/2009, 17 de noviembre y ATS 599/2010, 17 de junio)». (F. J. 2º)

DERECHOS FUNDAMENTALES. Inviolabilidad del domicilio: requisitos para la validez del consentimiento autorizante del registro.

**Recurso: Casación nº 10626/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 312/2011 de fecha 29/04/2011**

«En cuanto a los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliario, según las SSTs. 1803/2002 de 4.11 y 261/2006 de 14.3, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad (Sentencia de 9 de noviembre de 1994), y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al art. 25 del Código penal: "a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma".

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere:

a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. “El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza” (STS 2-12-1998). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será valido de carecer al concederlo de asistencia letrada (SSTC. 196/87, 252/94, SSTS. 2.7.93, 20.11.967, 23.1.98, 14.3.2000, 12.11.2000, 3.4.2001).

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido mas favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SS.5.3, 30.9 y 3.10.96m 7.3.97 y 26.6.98).

Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento: “Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur” (SS. 7.3 y 18.12.97), pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente” que entre y registre y registre (S. 23.1.98).

e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (Sentencia de 6 de junio de 2001).

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial». (F. J. 9º)

DETENCIÓN ILEGAL. Concurso con el delito de robo.

Recurso: Casación nº 10647/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 97/2011 de fecha 23/02/2011

«El motivo se desestima. Desde le hecho probado no es posible afirmar el error en la subsunción pues en el mismo se describe una privación de libertad que, como dijimos en el anterior fundamento tiene entidad bastante para su consideración desvinculada de otros ilícitos en los que hubieran podido incurrir los acusados. Ciertamente la sustracción de algún efecto del interior de la vivienda, consecutivo a revolver el mobiliario, es compatible con la subsunción en el delito de robo realizado con intimidación en las personas, pero esa posible subsunción, que no fue objeto de acusación, no evita la calificación de los hechos en el delito de detención ilegal al tener sustancialidad propia y el régimen de concurrencia podría ser el del concurso real. En reiterados precedentes jurisprudenciales hemos entendido que la privación de libertad queda absorbida en la dinámica propia del robo, cuando el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SS. de 28-9-1989, 3-5-1990, 21-10-1991, 22-11-1991, 24-11-1992, 1018/1993, de 3-5, 1122/1993, de 18-5, 1354/1993, de 4-6, 1959/1993, de 10-9, 745/1994, de 7-4, 23-5-1996, 6-7-1998, 11-9-1998, 27-12-1999, 408/2000, de 13-3 y 157/2001, de 9-2).

No es este el supuesto en el que los acusados, conscientemente, privan de libertad a las víctimas con una finalidad propia de la privación de libertad y en esa situación es cuando surge, en un momento posterior, la idea de sustracción de efectos, que no ha sido objeto de acusación y que de haberlos sido, hubieran concurrido en régimen de concurso real». (F. J. 10º)

DETENCIÓN ILEGAL. Tipo agravado del art. 165 CP

Recurso: Casación nº 10647/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 97/2011 de fecha 23/02/2011

«La doctrina de esta Sala ha declarado que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que tiene lugar la detención o el encierro, ya que en uno y otro caso se priva al sujeto pasivo de su derecho de trasladarse de lugar según su voluntad, de suerte que en ambos supuestos se restringe ostensible y gravemente el derecho a la deambulacion en tanto se impide el ejercicio del libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona (véanse, entre

otras, SS.T.S. de 27 de octubre de 1995, 23 de mayo de 1996, 15 de diciembre de 1998). En el caso de autos se constata la realización del resultado típico por los acusados durante un determinado lapso de tiempo durante el cual las víctimas estuvieron privados de su libertad de movimientos, con lo que resulta incuestionable la concurrencia de la acción típica, sin que los acusados dispusieran la libertad de sus víctimas que fueron liberadas por la acción policía.

Con respecto a las agravaciones del art. 165 del Código penal debe ser estimada la que resulta de la realización del delito sobre menores de edad, en los términos que señalamos en el primer fundamento de esta Sentencia. En lo referente a la realización del hecho simulando ser autoridad o sus agentes, resulta del hecho probado que uno de los autores de la acción delictiva, que actuaba de común acuerdo con los otros tres, simuló ser funcionario policial, llevando una placa identificativa y pistolas, que luego resultaron ser inauténticas, y grilletes policiales, haciendo seguir en el vehículo a la mujer e hijos del detenido, afirmando dirigirse a la central, en clara referencia a una dependencia policial. La simulación es clara y su comunicabilidad a los intervinientes patente, en la medida en que se trata de una circunstancia que incide en la dinámica comisiva del hecho». (F. J. 9º)

DOLO. Dolo eventual. Modo de proceder para su apreciación.

Recurso: Casación nº 10792/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 247/2011 de fecha 05/04/2011

«El Ministerio fiscal denuncia la indebida aplicación, al hecho probado, de la agravación por la notoria importancia argumentando que el mismo criterio inferencial para afirmar el conocimiento de la ilícita llevanza de la sustancia ha de servir para afirmar el conocimiento de la cantidad de sustancia tóxica. También arguye sobre el error de prohibición, con una argumentación que no se considera aplicable al hecho en el que no se discute el error de prohibición sobre la agravación sino el desconocimiento de la cantidad objeto del tráfico. También afirma, como fundamento de su pretensión revisora de la subsunción en la notoria importancia, sobre una pretendida "ignorancia deliberada".

Respecto a esta última argumentación hemos de reproducir cuanto dijimos en la STS 346/2009, de 2 de abril, en una impugnación semejante del Ministerio Fiscal. En aquella sentencia dijimos, y ahora reproducimos, "En alguno de los precedentes de esta Sala se ha mencionado la "ignorancia deliberada", alegada ahora por el Fiscal en su recurso, como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art. 14.1 CP o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).

Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del "willful blindness" del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Asimismo se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7-2006 EDJ 2006/311712 pueda ser utilizada para eludir "la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual", o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo.

Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo.

Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido, de todos modos, que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP.. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba".

En el presente supuesto se declara probado que en el aeropuerto de Madrid-Barajas se detectó la llegada de los acusados a los que se refiere la impugnación del Ministerio fiscal, llevando en su maleta una cantidad importante de sus sustancia tóxica, más de cinco kilogramos. Se declara que por esa actuación de transporte se recibieron 5000 euros y que los acusados estuvieron en Brasil mas de veinte días, y en la fundamentación de la sentencia se añade que los acusados ya habían realizado viajes con anterioridad de la misma organización.

El dolo del tipo de tráfico de drogas y de la agravación por notoria importancia, requiere el conocimiento de la cantidad portada, es un elemento que necesita ser acreditado y, normalmente, será deducible de los hechos objetivos acreditados. En este sentido, en una reiterada jurisprudencia nos hemos referido, al riesgo asumido, a la carestía del viaje, a los elementos en los que va alojada, al precio de la colaboración, etc. Estos criterios no hacen otra cosa que explicar la racionalidad de la inferencia sobre el conocimiento

del porte de la droga o de la cantidad transportada y permiten acreditar el conocimiento o, al menos, la indiferencia respecto al transporte aludido.

En el supuesto objeto de la sentencia, el tribunal de instancia niega el conocimiento de que la cantidad transportada fuera importante, lo que permitiría la aplicación de la notoria importancia. Ese criterio mantenido en la sentencia no es razonable, por lo que la impugnación debe ser estimada, pues desde el hecho probado de la sentencia resulta razonable la inferencia sobre el conocimiento de los acusados a partir de la consideración como importante de la sustancia objeto del tráfico, conocimiento que es posible afirmarlo, como sostiene el Ministerio público desde la reiteración de viajes, desde el importe de lo recibido como precio por el transporte, desde la estancia de varios días en Brasil y desde el propio peso de la maleta en la que iba alojado, más de cinco kilogramos, sin que estuviera la maleta cerrada, lo que permitió a los acusados comprobar la efectiva carga y la cantidad objeto del transporte.

El conocimiento de la realidad del transporte y su contenido era razonable por lo que procede estimar el recurso del Ministerio público y dictar segunda sentencia en la que se condena a los acusados a los que se refiere la impugnación a la pena de 7 años de prisión en atención a la cantidad de sustancia transportada que excede, con creces, a la que nuestra Sala ha señalado como presupuesto de la agravación». (F. J. 1º)

DOLO. Dolo eventual. No concurre.

Recurso: Casación nº 1406/2010

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1095/2010 de fecha 18/11/2010

«La cuestión litigiosa queda centrada en la existencia, como elemento subjetivo, de dolo eventual (no de mera imprudencia) por cuanto sostiene el Ministerio Fiscal que la mecánica comisiva, el medio empleado en la agresión y el lugar del rostro adonde se dirigió el golpe revelan que el agresor tuvo que representarse necesariamente la probabilidad del resultado, pese a lo cual consumó la acción determinante de éste, de manera que aceptaba la consecuencia previsible, por lo que la concurrencia del dolo resulta incuestionable.

Superadas, respecto al dolo eventual, las tesis de la aprobación o no, del consentimiento y de la probabilidad, la Jurisprudencia ha venido a inclinarse por una postura ecléctica – así la califica la sentencia del 24/10/2005 – consistente en que el autor, que somete a la víctima a una situación de previsible peligro, según su concreto pronóstico, acepta la realización de la conducta capaz de actuar el peligro y que lo actúa-. Postura jurisprudencial localizable en las sentencias de 14/5/1998 y 17/5/2005.

Para inferir en el singular caso el componente interno de la actuación de Smith hemos de sujetarnos a los elementos externos que se narran en el

factum y que debemos ahora respetar, por hallarnos en la vía del art. 849.1º LECr y haber sido ya sentado que la narración de la Audiencia ha de ser mantenida.

Lo que aquel relato muestra es que el golpeamiento en la cara, y específicamente en el ojo de T. por el vaso no tuvo lugar por la aplicación directa del objeto sino por el lanzamiento a “cierta distancia”. Ello, atendido que el proyectil no era una bala o elemento semejante y que el mecanismo de impulso no era un arma o instrumento similar, determinaba que el riesgo creado ofrecía alternativas muy diversas de intensidad lesiva en relación con el punto y la fuerza del impacto.

El pronóstico concreto atribuible al movimiento corporal querido por S. no tenía porque encerrar una alta probabilidad de que el vaso impactara en el ojo de T. con grave lesión.

Ciertamente que el art. 149 CP no exige actualmente un dolo directo y bastaría para aplicarlo un dolo eventual, mas esa última clase de dolo tampoco se desprende del factum y la Audiencia aplicó correctamente el art. 152: lesiones por imprudencia grave con referencia al art. 149». (F. J. 8º)

EJECUCIÓN DE CONDENA. Determinación del límite de cumplimiento.

Recurso: Casación nº 11178/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 343/2011 de fecha 03/05/2011

«En el tercer motivo, se queja de la infracción del artículo 5 de la LOPJ, del artículo 9.3 de la Constitución y de los artículos 2.3 del Código Civil y 2 del Código Penal, pues entiende que se han quebrantado los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas penales perjudiciales para el reo.

1. La jurisprudencia no crea normas legales, sino que determina el sentido correcto de la ley mediante la interpretación del texto legal. En ese sentido no está afectada por la prohibición de retroactividad. En la STS nº 1076/2009, se decía sobre este particular: “El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o en varias sentencias y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extiende al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese periodo temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la interpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso. Como se decía en la STS nº 734/2008, "el expediente histórico-penal del recluso en que puedan afectar a la liquidación en su día practicada, ha de considerarse vivo en tanto no recaiga Auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza", Auto de licenciamiento, "que no es en absoluto baladí, automático o meramente ritual, sino que tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de

efectuarse ese cómputo". Por lo tanto, los criterios a aplicar en ese momento final son los vigentes en ese tiempo, aun cuando se hubieran realizado cálculos provisionales respecto de un posible licenciamiento definitivo utilizando otros criterios, que pudieran estar vigentes entonces, pero que se han abandonado al considerarlos posteriormente como incorrectos".

2. En el caso, el recurrente disponía de una previsión inicial de cumplimiento total del límite máximo de cumplimiento para el 17 de noviembre de 2023, que no ha sido aún rectificada. Lo que se ha modificado es la forma en la que se aplican los beneficios penitenciarios. Hasta la STS nº 197/2006, antes citada, se aplicaban sobre el límite máximo. Tal criterio fue considerado erróneo por la citada sentencia y otras que la siguieron, que entendieron que aquellos beneficios debería aplicarse sobre las penas efectivamente impuestas, que debían cumplirse sucesivamente hasta alcanzar el límite máximo fijado por la ley.

Por lo tanto, el motivo se desestima». (F. J. 3º)

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.

Recurso: Casación nº 257/2010

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 133/2011 de fecha 15/02/2011

«Ciñéndonos a la infracción del artículo 849.2 LECrim., que se invoca como cauce casacional exclusivo, debemos tener en cuenta la jurisprudencia reiteradísima de esta Sala a propósito del alcance y los requisitos exigibles cuando lo que se pretende es modificar el "factum" de una sentencia sujeta a la revisión del tribunal de casación, señalando que la prosperabilidad del motivo está sujeta a las siguientes condiciones: 1) ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo. Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para

excluir de dicho relato un hecho que el tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. De ello resulta que al efectuar la designación en el motivo, el recurrente debe especificar con claridad el particular del documento que entiende que produce ese efecto demostrativo del error del tribunal al declarar probado o al omitir declarar probado un hecho, así como precisar las consecuencias de tal error concretando la nueva redacción del hecho probado que pretende que sustituya a la contenida en la sentencia impugnada. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo, por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad en todo caso, aunque los efectos de su estimación fueran distintos (por todas S.T.S. 910/07).

Pues bien, vamos a ocuparnos en primer lugar de los documentos mencionados en el extracto y desarrollo del motivo citados más arriba. El acuerdo de la comisión correspondiente a propósito de "la resolución favorable de calificación ambiental de la actividad solicitada", lo cual de la perspectiva del recurrente sería prueba inequívoca de haber seguido los trámites oportunos de la licencia de apertura y que han sido otros los incumplidores, dato omitido por los autores materiales del Decreto 11/01/2005, no deja de ser un trámite que se integra en el expediente de solicitud de una licencia de apertura. El ministerio fiscal, en su informe, pone esto de relieve con toda transparencia, cuando argumenta que esta invocación "carece de toda suerte de eficacia suasoria y quiere presentar el estudio desde un prisma de contemplación parcial para ocultar la globalidad de la perspectiva jurídica", reproduciendo incluso el artículo 15 del Decreto de calificación ambiental de 19/12/1995, de donde se desprende que la calificación ambiental favorable forma parte del conjunto de las que deben constar en el expediente para obtener la licencia de apertura, pero ello no significa que este informe favorable justifique por sí solo la concesión de dicha licencia, debiendo el expediente seguir su curso y superar el resto de las calificaciones necesarias, lo que en el presente caso según el "factum" no ha sucedido. Ello quiere decir que la adición al hecho probado de dicha calificación ambiental como favorable es irrelevante y en modo alguno puede determinar un cambio en la subsunción jurídica de los hechos en el tipo de prevaricación administrativa calificada, que tampoco ha sido directamente impugnada.

En segundo lugar, vamos a referirnos a la propuesta de decreto de clausura de los multicines, cuya firma reiteradamente fue omitida por el acusado que como gerente de urbanismo era el competente para acordar la misma y el único órgano resolutorio, como afirma la sentencia en el fundamento cuarto. Pero lo relevante desde la perspectiva del motivo no es el funcionamiento administrativo de la gerencia municipal de urbanismo y cuales sean sus competencias en la tramitación de licencias, si es el gerente quien debe resolver o el pleno del ayuntamiento, aunque en este caso la gerencia, como órgano administrativo que es, tenía la competencia para conceder la licencia y para la ejecución del acto administrativo que en su caso

se hubiese dictado, sino si la propuesta de decreto era efectivamente incongruente, como afirma el recurrente, y no estaba justificada la decisión que se proponía de clausura de las salas mencionadas. El esfuerzo del acusado para demostrar dicha falta de congruencia, lo cual ya significa que no se trata de un documento "literosuficiente", no puede ser estimado. De los resultandos propuestos se desprenden las denuncias producidas ante la policía local por no cumplir dicho establecimiento la normativa vigente relativa a las salidas de emergencia o la falta de energía eléctrica, estando sustituida por generadores, o igualmente que los multicines carecían de la preceptiva licencia municipal de apertura para la actividad de bar. También es de resaltar que requerido por la policía municipal al gerente de la empresa promotora, "manifiesta que se encuentran despejadas (las salidas de emergencia) y solicitada la licencia de apertura" también manifiesta "que tiene una licencia de mera utilización expedida por el Sr. Alcalde, la cual no muestra a los actuantes". Por lo tanto, constatada la falta de licencia, los fundamentos jurídicos del decreto ni son incongruentes ni inaplicables al presente caso. Además, en el hecho probado de la sentencia se acota el resultado del informe elaborado por el arquitecto técnico de la propia gerencia de fecha 11/01/2005, donde se hacen constar las deficiencias del centro en general y particularmente se dice que "en las salas de cine se detecta que las salidas de emergencia se encuentran clausuradas con una gran cadena y candado, de tal manera que en el caso de existir un peligro que exija la evacuación rápida el público se encontrará con las puertas cerradas, por lo que considera que dichas salas de cine no deben abrirse al público hasta tanto no se encuentre totalmente terminado el edificio". Por ello los argumentos del recurrente tampoco pueden ser acogidos, con independencia de la falta de "literosuficiencia" de la propuesta de resolución invocada, porque concurren otras pruebas, valoradas por la Audiencia, que ponen de relieve irregularidades que impedían autorizar la apertura, y como ésta se había producido al margen de la legalidad urbanística y municipal, la omisión reiterada por el recurrente del despacho de la propuesta del decreto de clausura preparada por los técnicos de la propia gerencia, constituye una falta de la aplicación del derecho que equivale a la acción prohibida, que no es otra que dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo, competencia en este caso del acusado, garante del orden urbanístico en el municipio (artículo 11 en relación en este caso con el 404, ambos C.P.)». (F. J. 2º)

ESTAFA. Absolución por ausencia de actos de ejecución.

Recurso: Casación nº 1168/2010

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1034/2010 de fecha 24/11/2010

«En los hechos probados de la sentencia se lee que la que ahora recurre, compañera sentimental del procesado rebelde, le "acompañó [...] en la adquisición de varios efectos por diversas tiendas de Barcelona abonados mediante tarjetas de ajena pertenencia de las que era perfecta concedora...". Luego en los fundamentos de derecho, al tratar de la prueba de cargo en

relación con esta acusada, se reitera prácticamente lo que acaba de recogerse, explicitando algún detalle.

(...)

De este modo, el simple estar junto a su compañero en esa sucesión de momentos, incluso a sabiendas de que éste cometía acciones penalmente sancionadas, si puede valorarse como una forma de solidaridad moralmente reprobable, lo cierto es que carece de trascendencia jurídico penal. Y el motivo, no obstante e deficiente planteamiento, debe estimarse». (R.C. de K.K.S)

ESTAFA. Artículo 251.1 CP.

Recurso: Casación nº 10403/2010 P
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia: nº 954/2010 de fecha 03/11/2010

«...debe coincidirse con el Ministerio Fiscal que en su escrito de impugnación del recurso, no comparte la afirmación del recurrente de que el art. 251.1 CP, se refiera a engaños elaborados sobre bienes inmuebles inexistentes.

En efecto –como con acierto señala- precisamente el tipo se constituye sobre la previa existencia de un bien sobre el que el sujeto activo va a construir su engaño al carecer de facultad de disposición sobre el mismo, de modo que no es la inexistencia del bien lo que determina la vía atractiva de aquél precepto penal, sino el hecho de carecer de dicha facultad de disposición sobre determinado bien y, no obstante, provocar, mediante engaño, el error en otro de dar por verdadera la apariencia de que realmente se tiene, para, finalmente, lograr la enajenación, el acuerdo o el gravamen, en su perjuicio.

Ciertamente como las acciones descritas en el art. 251.1 tendrían lugar muchas veces, en el ámbito de los negocios jurídicos relativos a viviendas y dicho precepto no contempla agravación específica, surge el problema de su relación con el art. 250.1.1.

La doctrina considera que la puesta en relación del art. 250.1.1 con el art. 251., cuya pena es menos grave que la establecida en aquel puede conducir a insatisfactorias consecuencias pudiendo incluso dejar sin efecto en la práctica, la esfera de protección del tipo agravado.

La solución en estos casos debe ser acudir a lo dispuesto en el art. 8.1 CP., entendiendo que el art. 250.1.1 es de preferente aplicación en virtud del principio de especialidad cuando la estafa tenga por objeto negocios jurídicos referidos a la vivienda, puesto que el fraude tipificado en el art. 251 del CP, tiene un ámbito de aplicación más general al titular tanto a las cosas inmuebles, aunque no se trate de viviendas en el sentido restrictivo propio del

art. 250.1.1, como a los muebles, o en el art. 8.4 CP, resolviéndose el concurso de normas por el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras, se aplique la del precepto que imponga mayor sanción, en este caso el art. 250.1.1». (F. J. 1º)

ESTAFA. Cobro de cheque al portador por quien no está legitimado.

Recurso: Casación nº 2025/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 205/2011 de fecha 24/03/2011

«1.- El Ministerio Fiscal formula un único motivo de casación, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, partiendo de la declaración de hechos probados, tal como se efectúa en la sentencia recurrida, postula que se acoja su pretensión de condena del acusado por estimar que aquellos hechos son constitutivos del delito del artículo 248.1 en relación con el 250.1.3º del Código Penal.

Excluida la pretensión de la condena por robo, se mantiene que el hecho probado describe el que constituye estafa. El acusado, para percibir el importe del cheque al portador, actúa con "fingimiento de titularidad", ya que éste ocurre por el hecho de presentar en ventanilla de la entidad bancaria el cheque que el acusado poseía sin título,

Cita al respecto la doctrina establecida en algunas Sentencias de este Tribunal (8 de abril de 2002 y 28 de febrero de 2005).

2.- En efecto, no podemos compartir la tesis del Tribunal de instancia cuando erige en razón de la absolución por el delito de estafa que el acusado "en modo alguno se atribuyó una titularidad o posesión legal del referido cheque", añadiendo que "no efectuó engaño alguno".

Lo que el hecho probado (segundo) predica es que el acusado "ingresó el citado cheque en su libreta de ahorro de la entidad La Caixaabonándosele el importe".

Desde luego debe advertirse que tal enunciado es poco afortunado en cuanto a la deseable precisión. El acusado no puede realizar un ingreso en sentido propio, por más que coloquialmente se comprenda lo que la sentencia quiere decir. Por ingreso no puede entenderse otra cosa que el comportamiento complejo que incluye un acto del acusado, -la presentación a empleados de la entidad del cheque instando el abono de su importe- y por otro acto por parte de dicho empleado -que es la anotación de dicho importe en el haber de la cuenta del presentante-, que es lo que refleja el hecho probado cuando concluye indicando que se hizo el abono del importe.

Pues bien, aquel acto, en la parte que protagoniza el acusado implica que se hace una apariencia o fingimiento de que es el portador físico, pero

también que es el jurídicamente legítimo. La sentencia proclama que el cheque había sido sustraído previamente. No dice que el acusado fuese el autor de esa sustracción. Pero sí que matiza en sede de fundamentación jurídica que el cheque era "ajeno perdido o de dueño desconocido". Con poco plausible laconismo en la declaración de hechos probados, no se afirma que el acusado obtuviera el mismo por entrega de legítimo poseedor.

No cabe pues prescindir de que el acusado, supiera o no que el cheque hubiera sido objeto de un apoderamiento delictivo, lo que no podía ignorar era que él carecía de cualquier título para beneficiarse de su importe.

Ocultar tal circunstancia al empleado de la entidad pagadora es sin duda un fingimiento, que, amén de consciente, es causal del acto de dicho empleado y que supone un desplazamiento patrimonial a favor del acusado y en perjuicio inmediato del titular de la cuenta en la que se efectuó el correlativo cargo, la entidad Colegio Cos Pedagogium.

Tales datos integran la totalidad de los requisitos propios del delito de estafa. Es decir, actuación del acusado que genera engaño en otro, el cual, por tal razón, efectúa un desplazamiento patrimonial, que constituye perjuicio para él o tercero y beneficio para el acusado o tercero.

Esa es la doctrina que en casos semejantes hemos venido manteniendo. Como se desprende de las citas que efectúa el Ministerio Fiscal en su recurso y a las que cabe añadir la Sentencia de 19 de mayo de 2009 resolviendo el recurso nº 2084/2008, en la que se juzgaba un supuesto de hecho similar, siquiera se excluyó la modalidad agravada del subtipo del artículo 250.1.3º del Código Penal, considerando que el cheque fue extendido al portador, por lo que no hizo falta fingir identidad ni se operó sobre el documento manipulándolo.

También mantuvimos la misma construcción en la Sentencia de 24 de septiembre de 2008 resolviendo el recurso nº 2525/2007, en cuyo caso el acusado halló el talón perdido, y se consideró engaño pues aparentando ser titular legal del talón lo presentó al cobro en la sucursal del Banco Popular, por eso el ejemplo que se cita en favor de la atipicidad de su conducta "...la situación equivale a una cantidad de dinero que el acusado hubiera podido encontrar en la calle..." no es adecuada, porque para obtener el dinero del talón hace falta que el banco le acepte el talón en la creencia de que es titular legítimo y le entregue el dinero. En el presente caso el recurrente efectuó todos los actos de ejecución necesarios para cobrar el talón: lo presentó en una sucursal bancaria y su sola presencia y pretensión de cobro ya supuso la apariencia de titularidad legítima ante el empleado del banco, encontrándose aquí la nota del engaño o ardid, si bien no se culminó el delito por sospechas del empleado». (F. J. 1º)

ESTAFA. Doble venta: elementos.

Recurso: Casación nº 2221/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 780/2010 de fecha 16/09/2010

«1. Como recuerda la STS nº 819/2009, los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes: 1º. Que haya existido una primera enajenación. 2º. Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación "antes de la definitiva transmisión al adquirente", es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3º. Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código Civil. 4º. consistente en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio». (F. J. 2)

ESTAFA. Engaño bastante: autoprotección de la víctima

Recurso: Casación nº 2582/2010
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 495/2011 de fecha 01/06/2011

«En el caso presente, el acusado presentó en la entidad bancaria un recibo de 69.682,92 euros aparentemente librado contra la empresa "División Pl. T.", asimismo, la factura nº 23 de C. por importe de 109.682,92 euros girada también a División Pl. T., junto con los albaranes de los productos aparentemente entregados a esta entidad. Todos estos documentos, que obran a los folios 2 a 4 de las actuaciones, fueron falsificados y no correspondían a ningún negocio entre ambas empresas, y mediante los cuales el acusado indujo directa, efectiva y eficazmente al error de los empleados del Banco y a obtener el metálico del que dispuso.

No cabe excluir la palmaria acción delictiva de estafa so pretexto de que la entidad bancaria no verificase la realidad que los documentos aparentaban. Como se advierte en la STS de 28 de junio de 2.008 "el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección".

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea que "el hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el librador simulaba aceptaciones inexistentes o falsas intenciones de pago, no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño sea ineficaz. El engaño era adecuado porque contaba con la confianza de los bancos

fundada en la buena fe que sigue siendo principio fundamental del tráfico mercantil. Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado”.

Como decíamos en nuestra STS de 9 de febrero de 2.010, en el delito de estafa, en que el desplazamiento patrimonial desde el sujeto pasivo al activo se realiza materialmente por el primero, inducido por el error en que ha caído como consecuencia del engaño utilizado por el segundo, la barrera defensiva de la propiedad ajena que éste ha de quebrar es de naturaleza psíquica, estando constituida por la inicial desconfianza que inspira el extraño que pretende se ponga a su disposición el dinero o la cosa económicamente valiosa que a otro pertenece. El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad negocial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la aparición de conductas defraudatorias que una cierta desconfianza -legítima y, en ocasiones, exigible- hubiese podido evitar. Es a esta dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico a lo que se refiere el art. 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como "bastante" el engaño mediante el que se induce a error. Si el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es igual, si "se ha dejado engañar" por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Muchas otras resoluciones de esta Sala han profundizado en la materia. Así, la STS nº 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no

debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos.

Es claro y patente que sobre la base del principio de confianza, que rige como armazón en nuestro ordenamiento, o de la buena fe negocial, éstos no pueden excluirse cuando se enjuicia un delito de estafa, y en el supuesto enjuiciado, no cabe atribuir a los empleados del Banco una manifiesta indolencia en la autotutela o una actuación irresponsable, al existir una línea de descuento autorizada desde tres años y medio antes y sin que en ese tiempo hubiera surgido problema alguno que pudiera sugerir una acción defraudatoria, y, en ese ámbito, presentar el acusado una documentación que no aparentaba ninguna anomalía, siendo la común y corriente en esas relaciones mercantiles, que hubieran podido hacer sospechar de una maquinación fraudulenta por parte del cliente». (F. J. 4º)

ESTAFA. Engaño bastante: concurre.

Recurso: Casación nº 2497/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 752/2011 de fecha 26/07/2011

«2. Asiste la razón a la parte recurrente en su discrepancia sobre la interpretación que hace el Tribunal de instancia del delito de falsedad en documento mercantil y de la conducta fraudulenta que en este caso llevaba implícita.

En efecto, no puede hablarse de autenticidad del documento mercantil cuando la firma que extiende u ordena extender el acusado es una firma simulada que no pertenece ni a la única persona que se hallaba legitimada para aceptar las cambiales como administrador de la entidad librada, o sea, el acusado, ni a ningún otro sujeto conocido. Por lo cual, se está ante unas firmas mendaces y que alteran la seguridad del tráfico jurídico.

Las firmas apócrifas que se extienden por la persona que se halla legitimada para ello u por otras que actúan por encargo de esta son impunes cuando no perjudican a tercero ni alteran el tráfico jurídico. Pero en los casos, como sucede en el presente, en que la firma de quien tiene la facultad de suscribir el documento se oculta a través de realizar otra que no se le parece ni puede vincularse a su persona con el fin de perjudicar a un tercero, se está ante un supuesto de firma simulada o mendaz con relevancia punible, al excluirse la autenticidad y la veracidad del documento, que queda así adulterado y deja de cumplir las funciones que tiene asignadas en el tráfico mercantil.

Tal simulación y adulteración documental no concurrieron en el caso que se contempla en la sentencia de esta Sala 698/2010, de 14 de julio, sentencia que se cita y utiliza como argumento de cabecera para dictar el fallo absolutorio de la resolución recurrida, toda vez que en el único fundamento jurídico que formula la Audiencia se limita a recoger los dos o tres párrafos

fundamentales de tal resolución y a afirmar que el caso que ahora se juzga ha de equipararse al allí resuelto. Sin embargo, ello no es realmente así, pues aquí se finge una firma para ocultar la auténtica y se crean unos documentos cambiarios que solo existen en su apariencia, al no figurar suscritos realmente por el aceptante que tendría legitimidad para ello. Por lo cual, cuando menos ante terceros, que es lo relevante para el tráfico jurídico en este caso, constan suscritos por alguien ajeno al administrador de la sociedad librada.

Así las cosas, los hechos declarados probados han de ser subsumidos en el art. 392 del C. Penal, que ha de ponerse en relación con el art. 390.1.2º y 3º, pues en este caso se confeccionaron dos documentos cambiarios falsos. Y no porque no existiera ningún negocio causal subyacente que legitimara la emisión de las cambiales, sino porque los propios negocios cambiarios eran apócrifos, ya que aparentaban una relación obligacional cambiaria entre el librador y el librado que no existía realmente, dado que se había simulado una firma que no pertenecía al aceptante, de modo que no era factible que las letras de cambio operaran en el tráfico jurídico.

Se confeccionaron así unas cambiales con una doble apariencia falsa. En primer lugar, el acusado simuló que el librado las había aceptado, cuando realmente la firma que figuraba en el acepto no pertenecía al administrador de la sociedad librada. Y como segundo factor de simulación, se dio a entender que la cuenta en que se había domiciliado el pago pertenecía a la entidad librada y no al librador, circunstancia que generaba una apariencia de que la letra la iba a abonar un tercero cuando realmente la única persona que respondía de ella era el propio librador que al mismo tiempo era el descontatario de la letra.

(...)

En otro orden de cosas, el delito falsario ha de considerarse continuado (art. 74 del C. Penal), toda vez que se cumplimentan en este caso los requisitos que la jurisprudencia consolidada de esta Sala (SSTS 1038/2004, de 21-9; 820/2005, de 23-6; 309/2006, de 16-III; 553/2007, de 18-6; y 8/2008, de 24-1, entre otras) viene exigiendo al respecto: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal.

El acusado rellenó en distintas fechas dos letras de cambio con la firma simulada del aceptante y las introdujo en el tráfico jurídico, conducta falsaria que revela dos actos distintos abarcados con un dolo de conjunto,

homogeneidad en el modus operandi, vulneración de una misma norma y proximidad en el ámbito temporal y espacial entre ambas conductas.

Y, por último, en lo que atañe a la autoría en los delitos de falsedad, como es sabido, la jurisprudencia tiene establecida como doctrina arraigada que deben reputarse autores no solamente aquellos que ejecutan personal y físicamente la acción falsaria, sino también quienes, sin realizarla materialmente, intervienen en su realización con un acto que permita atribuirles el codominio del hecho o, en su caso, la condición de partícipes en la modalidad de inductores o de cooperadores necesarios. Por lo cual, no es preciso para atribuir la autoría del referido delito que se acredite quién es el autor de la falsificación material del documento. Hipótesis, por lo demás, difícil de probar en gran parte de los casos debido a que se opera mediante imitaciones de firmas o de escrituras auténticas que difuminan la posibilidad de acreditar quién es el copista que las realiza. Es suficiente, por lo tanto, con probar que el imputado ha intervenido con actos decisivos para que se lleve a cabo la falsedad documental por un tercero, máxime teniendo en cuenta el concepto amplio de autor que acoge el art. 28 del C. Penal (SSTS 704/2002, de 22-4; 661/2002, de 27-5; 1531/2003, de 19-11; 200/2004, de 16-2; 368/2004, de 11-3; 474/2006, de 28-4; 702/2006, de 3-7; y 1090/2010, de 27-11, entre otras).

Con arreglo a lo anterior, resulta indiferente que fuera el propio acusado el autor material de la falsedad o que se lo encargara a un tercero, pues en ambos casos respondería con la pena correspondiente al autor de la falsificación. De lo que no cabe duda alguna es que él fue la persona que se benefició directamente de la falsificación, dato que permite colegir que o fue él quien extendió las firmas o que indujo a un tercero para que suscribiera los documentos, y así se recoge específicamente como probado en la sentencia recurrida. Por lo cual, ha de responder de la autoría de la falsificación sin que para ello se precise modificar el relato de hechos probados.

Se estima, pues, este primer motivo de impugnación y se subsume la conducta del acusado en el delito de falsedad en documento mercantil anteriormente referido». (F. J. 1º)

ESTAFA. Engaño bastante: condiciones del sujeto pasivo.

Recurso: Casación nº 11/2011

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 832/2011 de fecha 15/07/2011

«Decíamos en nuestras SSTS 687/2008, 30 de octubre y 425/2008, 27 de junio, que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa, tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño

desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial, en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos. Más recientemente no faltan pronunciamientos de la Sala en este mismo sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero, con cita de otras sentencias -SSTS 1285/98 de 29 de octubre, 529/2000 de 27 de marzo, 738/2000 de 6 de noviembre, 2006/2000 de 22 de diciembre, 1686/2001 de 24 de septiembre- tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». En el mismo sentido SSTS 880/2002 de 14 de mayo y 449/2004 de 2 de abril.

En tales supuestos, la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas. De hacerlo así se corre el riesgo de desproteger a quien por razón de sus circunstancias personales es más vulnerable y precisa de mayor tutela, pues la metodología del fraude admite estrategias bien distintas, con un grado de sofisticación variado. La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema jurídico no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos –algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido

defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa». (F. J. 2º)

ESTAFA. Estafa procesal.

Recurso: Casación nº 1846/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 124/2011 de fecha 28/02/2011

«La estafa procesal se incorpora a nuestra legislación en el año 1983, como una figura mas de la estafa, pero con una agravación específica (arts. 528 y 529.2), porque el daño que supone al patrimonio del particular se une el atentado contra el Poder Judicial que se utiliza como instrumento al servicio de finalidades defraudatorias. Con anterioridad a esta incorporación la jurisprudencia ya había hecho expresa referencia a esta modalidad de estafa como es exponente la sentencia de 27 de octubre de 1978 en la que se declara que también puede existir fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, etc..

De esta última sentencia y de las que se mencionarán a continuación que señalan las características y requisitos de la estafa procesal, así como de su definición legal, no se infiere, como se alega, en primer lugar, en el presente motivo, que sólo sea posible la comisión de este delito por quien es demandante. Eso será lo normal, pero legalmente no es así exigido y no se pueden excluir otros supuestos en los que sin ser demandante se utiliza engaño para que el juez resuelva en perjuicio de la otra parte, resolución que no se habría dictado de no existir el engaño. Entre ellos se pueden citar, además de los casos de reconvención, supuestos de jurisdicción voluntaria, como sucede en el presente caso.

Así lo ha reconocido jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la sentencias 1278/2004, de 5 de abril de 2005, en la que se declara que en el caso del expediente de dominio regulado por los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la posibilidad de comisión del delito de estafa (procesal), como acertadamente lo señala la Audiencia, no puede ser excluida en general; será necesario considerar en el caso concreto la relevancia de la prueba practicada en la toma de decisión del juez, que pudo haber sido inducido a error sobre la base de pruebas falsas y el auto mediante el que resolvió la transferencia del dominio constituiría, sin duda, una disposición patrimonial que recaería sobre el patrimonio de un tercero. Con igual criterio se manifiesta la Sentencia de esta Sala 930/2009, de 30 septiembre, en la que se declara la existencia de esta conducta delictiva en un expediente de dominio.

Lo que debe entenderse por estafa procesal y, en consecuencia, la definición de esta modalidad agravada de estafa ha sido examinada por numerosas sentencias de esta Sala. Así, en la sentencia 493/2005, de 18 de

abril, se declara que la llamada estafa procesal (subtipo de estafa especialmente agravado en el artículo 250.2 del Código Penal) se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el titular del órgano jurisdiccional a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio).

En la Sentencia 35/2010, de 4 febrero, con referencia a otras sentencias anteriores, se señala que lo que caracteriza a esta modalidad es aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el Juez. Es necesario que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se realicen en su ámbito, posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez.

En parecido sentido se expresa la Sentencia 878/2004, de 12 de julio, en la que se señala que en esta modalidad agravada han de concurrir los siguientes elementos:

1º. Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial;

2º. Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el juez o tribunal que ha de conocer del proceso;

3º. El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses;

4º. Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (en el mismo sentido la STS. 1980/2002 de 9 de enero)». (F. J. 1º)

ESTAFA. Leasing. El perjudicado en el contrato de arrendamiento financiero.

Recurso: Casación nº 10403/2010 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 954/2010 de fecha 03/11/2010

«...debe partir de que en delito de estafa el perjuicio puede ser propio o ajeno, de manera que perjudicado y engañado pueden ser personas distintas, esto es, la persona que, en definitiva, sufre el perjuicio sea distinta de aquella sobre la cual incide el engaño.

Siendo así el argumento de la Sala de instancia no puede ser compartido. Es cierto que la doctrina de esta Sala casacional vino entendiendo que cuando el daño patrimonial a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión "por razón del delito" utilizada en el art. 104 CP anterior. Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podría haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a través del contrato. Lo cierto es que nuestro legislador conocía ese problema y el alcance que esta sala venía dando a esta expresión "por razón del delito", y cuando se redacta el nuevo art. 113 CP 1995, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa se entiende que es ahora más adecuado al espíritu de la Ley el que la acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal.

En definitiva podrá ser perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que soportar sus consecuencias civiles, pero siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo, es decir ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadio procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal.

(...)

Partiendo, por tanto de esa naturaleza del arrendamiento financiero, constando que la entidad recurrente suscribió un contrato de esta naturaleza con la persona a quien la sentencia impugnada considera perjudicada, para la obtención de un vehículo, efectuando aquella una transferencia bancaria a favor de la sociedad de los acusados por un importe de 58.000 E, precio del vehículo, dentro del esquema tripartito del leasing no puede negarse la condición de perjudicado.

Se señala por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación el escollo que supone el relato fáctico en el extremo de que el BBVA comenzó a cobrar las cuotas del préstamo a Angel S. –sujeto pasivo de la estafa-, pero ello no está en contradicción con la afirmación de la recurrente, no cuestionada, de que canceló la póliza de arrendamiento con devolución de esas cuotas satisfechas en base al acuerdo alcanzado entre el BBVA y Angel S., devolución de cuotas, que en todo caso, podría ser acreditada en ejecución de sentencia». (F. J. 14º)

ESTAFA. Modalidad agravada de “estafa procesal”: aplicación en el ámbito civil.

Recurso: Casación nº 2108/2010

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 266/2011 de fecha 25/03/2011

«Por lo que se refiere al delito de estafa, el vigente Código Penal incorporó como subtipo agravado la denominada estafa procesal, inicialmente recogida en el art. 250.1-2º, que establecía una pena superior a la prevista en el art. 249 para el tipo básico de estafa del art. 248, cuando ésta "se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal". La posterior reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, ya en vigor, ha modificado la descripción del subtipo, que pasa al nº 7 del mismo apartado 1 del art. 250, estableciendo que lo es cometer "estafa procesal" y que "incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

1.- La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el subtipo agravado de la llamada estafa procesal implica la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito mediante una maniobra torticera, siendo el beneficio el reconocimiento judicial de un derecho que no se tiene, y en la que existen dos clases: la estafa procesal propia donde el sujeto pasivo es el Juez, porque es éste quien sufre el error provocado por el sujeto, siendo el perjudicado el titular del patrimonio afectado, y la impropia donde el sujeto pasivo es la parte contraria cuando se le induce a que erróneamente se allane, desista, renuncie etc, mediante maniobras torticeras (Sª 12 de julio de 2004). En todo caso la estafa procesal constituye un subtipo agravado de la estafa común, y esto presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico (Sª 21 de julio de 2004), del que comparte todos y cada uno de sus elementos, es decir la existencia de un engaño bastante, que dicho engaño haya creado un error causante del acto de disposición, y el ánimo de lucro (Sª de 5 de diciembre de 2005).

El engaño ha de ser en todo caso idóneo, lo que implica en la estafa procesal propia que tenga la entidad suficiente como para superar la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento (S^a 5 de diciembre de 2005). En efecto es opinión aceptada en la doctrina que el Juez puede ser sujeto de engaño en cuanto resuelve en función de la información suministrada por las partes, y no de un eventual conocimiento extraprocesal, de modo que la inexactitud de la realidad puesta de manifiesto al Juez en el proceso puede llevarle a la equivocación en la decisión. Pero de acuerdo con la mejor doctrina son necesarias dos precisiones al respecto:

a) que la cualificación profesional del Juez eleva el parámetro para valorar la idoneidad del engaño, por lo cual la estafa procesal en la mayoría de los casos será la consecuencia de un comportamiento del sujeto que se presente con la entidad suficiente como para contrarrestar la función de control que compete al Juez. La cuestión de si un engaño en esos términos es o no es bastante requiere una valoración en cada caso;

b) que si es el Juez quien se equivoca en la interpretación del derecho, el error solo será imputable a su propia acción interpretativa porque, como es sabido, el art. 1.7 del Código Civil establece el principio iura novit curia, conforme al cual compete al Juez averiguar el derecho aplicable, al margen de cual haya sido el comportamiento de las partes y las interpretaciones torticeras del derecho que pretendan frente al Juez». (F. J. 4º)

ESTAFA. Modalidad del art. 251 CP.

Recurso: Casación nº 1643/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 69/2011 de fecha 01/02/2011

«En realidad, los comportamientos que se alojan en el art. 251 son estafas especiales por razón de la descripción del tipo, que participan de todos los demás elementos típicos, es decir, el desplazamiento patrimonial producido como consecuencia de una errónea creencia en el sujeto perjudicado, que se autolesiona, bien se dirija el engaño frente al mismo, o ante un tercero, con perjuicio propio o ajeno.

Conductas como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código penal, como constitutivos de estafas, y que no solamente encajan en la definición general del art. 248.1 del mismo, sino que el precepto, a salvo lo que se dirá a continuación sobre su penalidad, puede entenderse superfluo por estar incluidas tales conductas en la tipicidad de la estafa común.

Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones “a non domino”, no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional.

Desde esta perspectiva el motivo ha de ser estimado, ya que la pena que se prevé en el mismo es la de prisión de uno a cuatro años, pero no contiene idéntica previsión de multa que el art. 250.1 del Código penal, aplicándose el art. 251.1º por especialidad (art. 8.1ª), razón por la cual dictaremos segunda sentencia en este sentido, suprimiendo la multa, pero manteniendo la pena privativa de libertad por ser igualmente imponible». (F. J. 2º)

ESTAFA. Modalidad impropia (art. 251 CP). Conductas punibles.

Recurso: Casación nº 462/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 969/2010 de fecha 29/10/2010

«El artículo 251.1 del Código Penal, que se dice indebidamente aplicado, dispone lo siguiente: Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

Se declara probado, entre otros extremos, que el acusado dispuso a su favor, sin contar poder para ello, de las participaciones sociales correspondientes a CYS R., S.L., causando a esta entidad el perjuicio de privarle de la condición de socio o de reducirle extraordinariamente su real participación en la sociedad.

La conducta delictiva, a la que se refiere el presente motivo, constituye un delito de estafa impropia, con un contenido autónomo, que se caracteriza por realizar una disposición ilícita en perjuicio de una persona y en el caso que examinamos consta la concurrencia de cuantos elementos tipifican esta conducta en cuanto el acusado se atribuyó unas facultades de disposición de las que carecía sobre unas participaciones sociales de la entidad de la que era administrador que pertenecían a la sociedad CYS Representaciones, S.L., participaciones que se adjudicó a su favor a los efectos de aumentar su porcentaje en la sociedad, ocasionando con ello el consiguiente perjuicio a la entidad perjudicada que vio muy reducida su real participación en la sociedad, hechos que se declaran probados y que deben permanecer inalterables, dado el cauce procesal esgrimido.

Así las cosas, el acusado ejecutó un acto de disposición no autorizado y perjudicial para una entidad que participaba socialmente en la que el acusado era administrador único, sin que sea obstáculo a la tipicidad

de la conducta el que ese acto de disposición se realizase en beneficio del propio acusado y no de un tercero.

El motivo no puede prosperar». (F. J. 3º)

ESTAFA. Naturaleza y elementos: art. 251.3º CP.

Recurso: Casación nº 2601/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 797/2011 de fecha 07/07/2011

«Tiene declarado esta Sala (SSTS 1307/1993, de 4 de junio, y 1348/2002, de 18 de julio), que el contrato simulado otorgado en perjuicio de tercero constituye una modalidad de delito de estafa denominada falsedad defraudatoria o estafa documental, resultando evidente su aproximación a la falsedad documental, en el que varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce, normalmente en una escritura pública o en un documento privado. Y es asimismo doctrina de esta Sala (cfr. Sentencias de 30 de enero de 1985 y 25 de octubre de 1991) que esta figura delictiva exige para su apreciación:

a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, bien sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa).

b) Desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes.

c) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción.

Tales requisitos se cumplen en la conducta de esta recurrente, ya que era plenamente consciente de que ni el otro imputado era propietario de la finca ni tenía poder para venderlo, habiendo sido la contraprestación igualmente simulada, por lo que se cumplen todos los aludidos requisitos, y el motivo quinto, planteado desde el acatamiento a los hechos probados, ha de ser desestimado». (F. J. 3º)

ESTAFA. Por hechos cometidos en el seno de una empresa.

Recurso: Casación nº 848/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca
Sentencia: nº 1013/2010 de fecha 27/10/2010

«1. Como se acaba de decir, no basta afirmar que el acusado era director general para establecer su responsabilidad por cualquier hecho cometido en nombre de la empresa. Sería necesario precisar cuál ha sido su intervención activa. Y si lo que se le imputa es una conducta omisiva es necesario también concretar cuál era la situación en la que debiendo actuar no lo hizo, así como argumentar respecto de los deberes que se considera infringidos (Cfr. STS nº 234/2010, de 11 de marzo)». (F. J. 2º)

EXCUSA ABSOLUTORIA. Cónyuges en proceso de divorcio. No aplicación del art. 268 CP ni del art. 103 LECrim.

Recurso: Casación nº 634/2010
Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 933/2010 de fecha 22/10/2010

«A) En el presente caso, la inaplicación del art. 268 del CP se deriva de su propia literalidad. Y es que el delito previsto en el art. 293 del CP, por el que ha resultado condenado el recurrente, se habría cometido cuando entre denunciante y denunciado ya existía un procedimiento judicial de divorcio. En efecto, la negativa a la entrega de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2004 para su estudio previo y la ulterior actividad social desarrollada por el recurrente, cuando ya había sido cesado como administrador único de la sociedad, tuvieron lugar con posterioridad al día 27 de octubre de 2005, fecha en la que fue convocada, en virtud de decisión judicial, la Junta General que José María P. se negaba a convocar. La propia defensa reconoce en su escrito de alegaciones, al desarrollar el cuarto de los motivos de casación, que fue “...en el momento de la petición de convocatoria para la celebración de Junta por parte de la denunciante, coincidiendo con el emplazamiento de la demanda de divorcio (folios 1002 y ss y 707 y ss)...”. Es decir, la comisión del hecho punible fue siempre posterior a la incoación del proceso judicial de divorcio promovido por la mujer del acusado. En consecuencia, la operatividad de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP -“...están exentos de responsabilidad criminal (...) los cónyuges (...) que no estuvieren en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad”- quedaría absolutamente neutralizada por el simple hecho de que el delito fue cometido después de la existencia de un procedimiento de divorcio del que el acusado tenía pleno conocimiento.

De ahí que más allá de la discusión referida al ámbito aplicativo de esa excusa absolutoria, en la que no faltan pronunciamientos de esta Sala que extienden su vigencia a algunos de los delitos societarios –cfr. SSTS 42/2006, 27 de enero-, constando la existencia de un procedimiento de divorcio, desaparece uno de los presupuestos ineludibles para la exención de responsabilidad». (F. J. 5º)

EXIMENTE. Estado de necesidad: aplicación como atenuante analógica ante graves circunstancias económicas.

Recurso: Casación nº 1028/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 930/2010 de fecha 21/10/2010

«3.- La cuestión que cabe examinar es si, incólumes, por no combatidas, aquellas afirmaciones, se justifica o no la atenuante analógica considerada en la recurrida.

Con carácter general cabe decir que este Tribunal ha venido admitiendo la atenuante por analogía en supuestos de diversa naturaleza, como recuerda la Sentencia nº 1.238/2009 de 11/12/2009. Así, pueden enunciarse los casos en que las circunstancias del hecho y las exigidas en la norma (genérica del artículo 21 del Código Penal o específica de algún tipo penal concreto) que establece la respectiva atenuante guarden semejanza en la estructura y características y aquellos otros casos en los que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido.

Y también, en lo que ahora nos interesa, cabe establecer la analogía cuando las circunstancias del caso tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas.

Las condiciones para la estimación de la analogía pasa por los siguientes parámetros.

Por un lado esa comparación de circunstancias no detecte que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, sin que, por otro lado, se pueda exigir una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28 de enero de 1980.

Asimismo, cuando se alegue una situación de necesidad, como indica la Sentencia nº 1216/2009 de 3 de diciembre, y ratifica la nº 13/2010 de 21 de enero, ha de partirse de que la esencia del estado de necesidad, completo o incompleto, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

De tal premisa deriva la exigencia, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal, de dos valoraciones: a) la de la proporcionalidad y b) la de la necesidad.

La primera lleva a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que existe entre ambos una muy relevante desproporción, además de excluirse la exención, completa o incompleta, se excluirá también la analogía. Y así se ha entendido frecuentemente cuando el bien atacado es la salud pública para obtener ingresos económicos.

La segunda exige que el mal a evitar se presente como real, grave e inminente. De la medida de tales notas dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal. Pero además se requiere que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste. Obviamente de la graduación de tal posibilidad alternativa depende también la medida de la influencia en la exención o mera atenuación de la responsabilidad.

4.- Por lo antes dicho debemos partir de las afirmaciones establecidas en la declaración de hechos probados. Incluso asumiendo que no solamente describen datos empíricos sino juicios de valor.

Es verdad que de los mismos cabe concluir que no faltaban posibilidades alternativas para atender las necesidades familiares de la acusada. Pero que esa posibilidad no constan como de asequibilidad fluida y expedita. Por lo que no cabe predicar de innecesario el recurso a comportamientos ilícitos como cauce al que la acusada se vio en buena medida compelida. La sentencia afirma que actuó la acusada agobiada y acuciada por la necesidad. Tales afirmaciones implican que se cubre la exigencia de necesidad al menos en la medida de la mera atenuante simple por analogía.

Por otra parte afirma también la sentencia que la situación económica era mala. Y no como previsión, sino como algo ya dado. Y que los recursos eran insuficientes. En cuanto a la finalidad de lo obtenido era las necesidades familiares que la alimentación de dos hijos conlleva. Lo que satisface también la exigencia de proporcionalidad entre dicha finalidad y el sacrificio de bienes meramente económicos del perjudicado por el delito.

Ciertamente la tesis del recurrente público es que tales conclusiones no pueden suscribirse sin conocer los datos omitidos que la justificarían. Pero ya se ha dejado dicho que, no habiéndose reclamado la nulidad por esa omisión encubierta en discurso formal inválido, debe subsistir la realidad proclamada.

Por otra parte el recurrente también trata de poner en evidencia que están incumplidas las exigencias antes consideradas. Al efecto pone énfasis en que la sustracción no fue en un solo acto y que la cantidad o valor de lo sustraído era muy relevante.

Pero tales referencias no desvanecen de manera absoluta la influencia de las circunstancias económicas de la condenada como determinantes funcionales de su comportamiento. Éstas muestran identidad de estructura y fundamento que las que llevan a la exención, al menos incompleta. Es precisamente por eso por lo que la sentencia recurrida acota aquella influencia en el marco de la atenuante analógica.

Criterio que ratificamos con rechazo del recurso». (F. J. 1º)

EXIMENTE. Legítima defensa: necesidad racional del medio empleado

Recurso: Casación nº 2597/2009

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1023/2010 de fecha 23/10/2010

«Partiendo de esta base, debemos ahora examinar el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la ilegítima agresión que, según la doctrina jurisprudencial de esta Sala, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo 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. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva «ex ante».

En este sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 1.999, al destacar que el art. 20.4 C.P. no habla de proporcionalidad de la defensa o del medio empleado, advirtiendo que la palabra "proporcionalidad" no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad. Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor

resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). Y, así, se reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto e ilícito proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiabiles excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues -cual ha resaltado la jurisprudencia- dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir friamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (véase STS de 14 de marzo de 1.997 y las que en ella se citan)». (F. J. 2º)

EXIMENTE. Legítima defensa. No concurre.

Recurso: Casación nº 1575/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1156/2010 de fecha 28/12/2010

«El primer e inexcusable requisito de la legítima defensa está compuesto de dos elementos: la existencia de una agresión y que ésta sea ilegítima, es decir injustificada.

(...)

Analizada la acción de Ignacio M. sobre el acusado, debe convenirse que la misma no reúne las notas características señaladas propias de una agresión que justifique la reacción violentísima ("brutal", la califica el Tribunal a quo) de Jorge A..

La acción de agarrar a éste por la parte posterior del cuello y por una muñeca no constituye, objetivamente considerado, un acto que lesione o ponga en peligro real, inmediato o inminente la integridad física, porque carece manifiestamente de la suficiente entidad o intensidad de la violencia

necesaria para producir esos resultados. Es el propio Tribunal a quo como se ha dicho el que califica la acción como "de poca intensidad", y hasta la define "más bien [como] humillante", y ni siquiera adjetiva el agarrón como "fuerte", al contrario del que a su vez realizó A. sobre M. inmediatamente antes, del que la sentencia dice que "agarró fuertemente por el cuello con su mano a Ignacio M.". La STS de 26 de febrero de 2004 concluía su análisis sobre una situación similar diciendo: "en la levedad de la incidencia, el empujón dado por Manuel a Eloy no tiene ni el perfil ni la intensidad de una agresión ilegítima para desencadenar la brutal reacción de un navajazo en zona sensible y vital del cuerpo del agredido, lejos de cualquier parámetro de racionalidad".

Y la STS de 21 de junio de 2.007 señalaba que: "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 S. 1760/2000, de 16 de noviembre, 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 aquélla. Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, que son según la doctrina y la jurisprudencia una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla. Por tanto, constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose "un peligro real y objetivo y con potencia de dañar". Por lo demás, la frase amenazante e injuriosa que éste dirigió al acusado, no generaba tampoco ese peligro grave e inmediato a realizarse en el momento, sino que se trataba de una amenaza de futuro y, además, condicional, debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, la circunstancia de que el que profirió la frase había sido provocado "pocos segundos" antes por el propio acusado y que cabe poner en entredicho la seriedad de dichas amenazas una vez desaparecida la tensión del momento.

La acción de Ignacio M. contra -o sobre- el acusado, carece manifiesta y ostensiblemente de las características mencionadas que han de concurrir en la "agresión ilegítima y justificar una situación de auténtica necesidad de defensa, razón por la cual, y como tiene dicho inveterada doctrina de esta Sala, ante la ausencia del requisito básico, nuclear y esencial, no cabe la aplicación de la eximente completa ni incompleta, máxime cuando notoria y clamorosamente brilla por su ausencia la exigencia de la racionalidad del medio empleado para impedir la o repeler la supuesta agresión, e incluso, en rigor, es muy dudosa la concurrencia del tercer requisito por cuanto la

actuación de Ignacio M. fue provocada "segundos antes" por una acción similar del acusado sobre aquél, lo que una y otra, objetivamente, pueden calificarse de equiparables». (F. J. 3º)

EXIMENTE. Trastorno mental transitorio.

Recurso: Casación nº 10304/2011 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 10304/2011 P de fecha 19/07/2011

«La Jurisprudencia de esta Sala II tiene afirmado que el trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciada por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, generalmente sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable. En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas (SSTS de 15 de abril de 1998, 6 de julio de 2.001).

La STS. 16.10.98 ya precisó que una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desaparecido el criterio ya superado de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones de la mente de origen meramente psíquico, que por su intensidad merecían la exención de responsabilidad, se viene entendiendo que tal trastorno puede tener también origen exógeno, atribuyendo su aparición a un choque psíquico producido por un agente exterior cualquiera que sea su naturaleza y que se presenta bajo la forma de múltiples fenómenos perturbadores de la razón humana, exigiéndose:

1º Una brusca aparición.

2º Irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas o ambas.

3º Breve duración.

4º Curación sin secuelas.

5º Que no sea autoprovocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de sus actos ilícitos.

En el supuesto que se analiza se dice en el motivo que el recurrente padece una personalidad paranoide y se encontraba en un estado de enajenación transitoria, recobrando posteriormente la cordura.

Evidentemente la paranoia es una grave enfermedad mental definida como psicosis endógena nacida y proveniente de causas íntimas relacionadas con la propia persona, aunque, tal acontece con las enfermedades mentales en general, su contorno médico y jurídico se encuentra sometido a las más variadas hipótesis y criterios opuestos. La paranoia aparece siempre como consecuencia de una predisposición constitucional del sujeto, sea por causas internas, como se acaba de decir, sea por causas externas al mismo cuando son las "vivencias" o los "delirios ajenos" los que propician la explosión mental del enfermo. En cualquier caso es necesario distinguir, la paranoia de la simple personalidad paranoide que no paranoica. Paranoide no tiene la misma significación y trascendencia que paranoico. La personalidad paranoide no es una psicosis sino una simple alteración anormal del carácter o de la personalidad que supone posiblemente una cierta predisposición a lo paranoico, especialmente si aquella va asociada a otras alteraciones internas o externas que en manera más o menos importante gravitan sobre la mente humana. Esa personalidad es, en conclusión, un síndrome mental de rasgos acentuados. El paranoico es un enajenado, pero la personalidad paranoide como cualquier otro trastorno de la personalidad, es un patrón característico del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que puede producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signos de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene de la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo (SSTS. 1074/2002 de 11.6, 1841/2002 de 12.11, 1363/2003 de 22.10, 879/2005 de 4.7, 1109/2005 de 28.9, 1190/2009 de 3.12)». (F. J. 3º)

EXIMENTE COMPLETA. Alteración psíquica respecto al delito contra la seguridad vial.

Recurso: Casación nº 10312/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 890/2010 de fecha 08/10/2010

«Ello significa que, aun partiendo de la circunstancia de que el acusado tuvo conocimiento del riesgo que generaba con su temeraria conducción y también de la antisocialidad de su conducta, tal componente cognoscitivo no era suficiente para que ajustara su comportamiento a las

exigencias del mensaje normativo, porque en ese momento estaba siendo víctima de un delirio propio de su enfermedad que le impedía atender al mandato legal y le obligaba a orientarse por el objetivo patológico e irracional que le marcaba la idea delirante. En vista de lo cual, difícilmente puede concluirse que tenía una capacidad parcial para ajustar su conducta a los imperativos legales.

Por consiguiente, aunque se aceptan los presupuestos que expresa la Audiencia en su sentencia sobre el estado psíquico del acusado (que padece un trastorno esquizoafectivo tipo bipolar y que se hallaba cuando ejecutó los hechos en fase maníaca con ideas delirantes de control e influencia), no puede admitirse en cambio su inferencia de que tenía capacidad parcial para ajustar su conducta a las exigencias normativas. Por el contrario, se considera que tal capacidad se hallaba anulada en el presente caso por el nuevo hecho que percibió debido al delirio y por el impulso patológico que sentía en orden a cumplimentar el deber que le imponía el proyecto delirante». (F. J. 2º)

EXIMEN TE COMPLETA. Enajenación mental. “Actio libera in causa”.

Recurso: Casación nº 589/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1019/2010 de fecha 02/11/2010

«...en la actualidad, se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la actio libera in causa. Por un lado el llamado «modelo de la excepción», que considera que esta figura se justifica como una excepción, fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio de la inculpabilidad de la acción de un enajenado y que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la (in)capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro, el «modelo de la acción típica», que considera como acción típica la causa libera, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad que no es posible admitir en esta materia, así como –según lo han destacado numerosos autores– en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, como dice la STS 829/1993, de 14 de abril, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia.

También se ha entendido, por el contrario, que la doctrina de la actio libera in causa se fundamenta en una «ficción jurídica», que en modo alguno requeriría que el autor haya causado por sí mismo el estado de incapacidad en el que luego tiene lugar la consumación del delito. En la doctrina más reciente se ha señalado, con razón –dice la Sentencia citada, y en contra de soluciones semejantes– que si se prescinde de la conexión causal del comportamiento previo con el resultado, como fundamento de la imputación, el dolo y la culpa pierden toda relación con la acción y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad sobre el mismo hecho. Dicho de otra manera: la causa libremente puesta, que da lugar al comienzo de hecho, debe

ser imputable al autor y, por lo tanto, ello requiere que sea éste quien la haya introducido en el curso del suceso. Esta forma de entender la actio libera in causa ha sido también reflejada en los textos legales que han regulado expresamente esta materia. En este sentido se debe recordar el art. 87 del Código Penal italiano que establece que no se considerará inimputable «al que se haya puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa».

Desde la perspectiva del llamado modelo de la acción típica, por lo tanto, resulta claro que la actio libera in causa presupone que el autor haya causado su propio estado de incapacidad, pues precisamente en ello se basa la posibilidad de considerar la acción previa, que elimina la capacidad, como adecuada al tipo de delito consumado en estado de inimputabilidad. Dicho de otra manera: la causa de la muerte, en el delito de homicidio, debe haber sido puesta por el autor, por una decisión libre, es decir, adoptada con capacidad de culpabilidad (o, en su caso, con capacidad disminuida de culpabilidad), pues de lo contrario no es posible configurar la acción típica de causar la muerte a otro. La acción típica, se ha dicho gráficamente, consiste en estos casos en eliminar la propia capacidad de culpabilidad, de forma consciente y meditada, y previamente a dar comienzo a la acción.

Es por estas circunstancias, es decir, porque la teoría de la actio libera in causa parte de una previa capacidad de culpabilidad del sujeto que pierde conscientemente para cometer el hecho, bien por falta de valor para ejecutarlo, bien como consecuencia de ponerse a cubierto de una posible responsabilidad criminal por su estado de incapacidad mental, buscándose, como dice el Código penal italiano, “una excusa”, es claro que tal resorte no puede ser aplicado a situaciones como la juzgada de alteraciones o anomalías mentales permanentes, es decir, enfermedades mentales crónicas o muy cronificables, pues en tales supuestos el sujeto es inimputable con anterioridad a dar comienzo a la ejecución del hecho, sin que pueda controlar, o no, su disposición a liberar una causa de excepción a su responsabilidad criminal, lo que no sucede, por el contrario, ni en el propio trastorno mental transitorio, ni en la drogadicción o en sustancias de efectos análogos, razón por la cual el sistema legal responde a una explicación científica, y por ende, el motivo no puede ser estimado». (F. J. 2º)

EXIMEN TE COMPLETA. Enfermedad mental: esquizofrenia paranoide; internamiento en centro psiquiátrico.

Recurso: Casación nº 10639/2010 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1142/2010 de fecha 21/12/2010

«5.- La esquizofrenia paranoide es una patología mental que condiciona la personalidad y comportamientos de la persona que lo padece. A partir de este diagnóstico, se pueden poner en marcha tratamientos con fármacos neurolépticos que pueden contener, aunque no siempre, los brotes agudos de alucinaciones y delirios agresivos. Sobre este cuadro, la persona

afectada puede hacer una vida, más o menos compatible, con la convivencia y desarrollar aspectos de su personalidad que le pueden llevar, igual que a cualquier otra persona, a adquirir hábitos alcohólicos o de consumo de estupefacientes, cuyos efectos pueden influir sobre la patología básica, pero no superponerse a ella hasta tal punto que dichas adiciones sean causa efectiva del comportamiento, sino un elemento más de la dolencia básica que es la esquizofrenia paranoide, cuyos efectos sobre la imputabilidad han sido valorados correctamente por la Sala sentenciadora.

6.- La sentencia ha valorado todo este complejo de circunstancias y ha llegado a la conclusión correcta de que, el elemento que se debe tomar en consideración, es la esquizofrenia paranoide avalada por las propias declaraciones de la acusada que refiere, de manera constante, que oía voces que la infundían un sentimiento de persecución y una reacción de agresividad sobre imaginarios enemigos que personalizaba aleatoriamente en las personas que se encontraban a su paso. Por ello, a pesar de los esfuerzos de la defensa para derivar las eximentes hacia una intoxicación plena de sustancias alcohólicas o estupefacientes con objeto de evitar el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, pueden tener una justificación, pero estimamos que, como mera observación, las posibilidades de un tratamiento terapéutico adecuado son las más idóneas para afrontar la dolencia básica e, incluso, atenuarla en un período de tiempo que determinarán los especialistas.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado». (F. J. 2º)

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO. Interpretación del precepto conforme nueva redacción operada por LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 683/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1182/2010 de fecha 29/12/2010

«En el motivo cuarto del recurso, con apoyo en el art. 849.1º de la LECr., se le reprocha a la sentencia de instancia la vulneración del principio acusatorio por haberse aplicado el art. 89 del C. Penal para sustituir la pena de privación de libertad por la expulsión del acusado del territorio nacional sin haberlo solicitado el Ministerio Fiscal, ni en el escrito de conclusiones provisionales ni tampoco en el de conclusiones definitivas.

La alegación del recurrente parte de un error de base, puesto que, según consta en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal (folio 343 de la causa, apartado quinto), sí solicitó la acusación pública la aplicación del art. 89 del C. Penal, petición que mantuvo al elevar en el plenario sus conclusiones a definitivas (folio 73 del rollo de Sala).

Por lo tanto, el argumento esgrimido por el impugnante carece del apoyo fáctico que señala. Es más, en el curso de la vista oral del juicio, y después de haber ya concluido el periodo probatorio, el Presidente del

Tribunal, ante la petición de la sustitución punitiva que postulaba el Ministerio Fiscal al amparo del art. 89 del C. Penal, formuló varias preguntas al acusado sobre su situación legal en España y acerca del arraigo personal y familiar que tenía. Debe, pues, afirmarse que el tema de la sustitución punitiva incluso fue tratado de forma específica en el plenario, debatiéndose sobre los datos personales del acusado que afectaban a la decisión a adoptar sobre su expulsión.

En cuanto a la cuestión sustantiva de si procedía o no la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional — aspecto que apenas se trata en el recurso, ya que se centra en la cuestión procesal relacionada con el principio acusatorio—, en la resolución recurrida se argumenta que, aunque tiene dos hijos menores de edad procedentes de la relación con la denunciante, ese es el único dato que arraiga al acusado en este país, pues ni tiene permiso de residencia ni de trabajo. Y como se trata de un delito que conlleva la pena de alejamiento de su esposa y los hijos han resultado perjudicados por la acción delictiva, se acaba concluyendo que procede acceder a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión prevista en el art. 89.

Por consiguiente, en la sentencia se ha tratado de forma puntual el tema de la situación personal y familiar para resolver sobre la procedencia de la expulsión y se ha llegado a la conclusión de que la vinculación familiar del acusado con la víctima no sólo no es un obstáculo en este caso sino que se trata de un argumento a mayores para legitimar la medida dada la naturaleza del delito cometido, descartándose así la aplicación de una excepción al criterio general que señala la norma sobre la expulsión.

Así las cosas, y una vez que se ha excluido la infracción del principio acusatorio y que la decisión de fondo aparece debidamente argumentada, sólo nos queda por dirimir si la modificación del art. 89 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el día 23 de diciembre pasado, afecta a la decisión acogida por la sentencia de instancia.

Pues bien, tras examinar la nueva norma se comprueba que su contenido no afecta en este caso a la cuestión de fondo tratada en la sentencia ni tampoco a su aspecto procesal. En efecto, el Tribunal ha escuchado a las partes sobre la procedencia de la medida y también ha motivado la decisión que adoptó. El único extremo del nuevo precepto que podría tener relevancia en el presente caso es el relativo a la extensión del periodo de expulsión. A partir de ahora se fija en una horquilla que comprende desde los cinco a los diez años, atendiendo para individualizarlo a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado; en cambio, la norma derogada lo establecía imperativamente en los diez años, que fue el periodo impuesto en la sentencia recurrida.

Visto lo anterior, y puesto que la pena a imponer al acusado es inferior a un año y que no cabe tampoco descartar que en un futuro rehaga su situación familiar, se establece como nuevo periodo de duración de la expulsión el límite mínimo que señala el texto legal, es decir, el de cinco años.

4º) **Se estima por tanto parcialmente este motivo de impugnación». (F. J.**

FALSEDAD DOCUMENTAL. Autoría.

Recurso: Casación nº 1553/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1119/2010 de fecha 22/12/2010

«En el hecho se afirma la falsificación de determinados documentos, la apertura de cuentas, la orden de transferencias de la cuenta de un cliente ajeno a los hechos, y el libramiento de dos talones desde la cuenta beneficiada por el ilícito ingreso. Esas conductas de falsificación, se dice en el hecho probado, fueron realizados por el acusado "por sí o a través de tercera persona cuya identidad se desconoce" en referencia a que el delito de falsedad no es un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuestas que actúe a su instancia. Como hemos declarado reiteradamente, el delito de falsedad no es un delito de propia mano - STS. 7.4.2003, 7.1 y 14.3.2004- por lo que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal de la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción con tal de que tenga dominio funcional sobre tal falsificación (SSTS. 22.3.2001 que cola la de 14.3.2000, 22.4.2002, 25.5.2002, 7.3.2003, 2.7.2003, 6.2.2005, 18.2.2005), siendo factible la continuidad delictiva dada la pluralidad de acciones y el mismo bien jurídico violado (SSTS. 14.7.98, 19.4.2001, 11.4.2003)». (F. J. 3º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Documento mercantil. Aval.

Recurso: Casación nº 1546/2010

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 57/2011 de fecha 31/01/2011

«En orden a la naturaleza del documento en el que se plasmó el aval bancario, la doctrina ha definido dicho aval como un contrato mediante el cual una entidad de crédito (avalista) contrae frente a tercero (acreedor de la relación principal) la obligación de pago de una deuda pecuniaria de su cliente (avalado o deudor principal) para el supuesto que éste incumpla.

Y en relación con el concepto de documento mercantil, las sentencias 564/2007, de 25 de junio y 788/2006, 22 de junio recuerdan que una consolidada jurisprudencia ha declarado que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones

de tal carácter, siendo tales «no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad». Como documentos expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos; también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial; finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos, tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes.

Y en el supuesto que examinamos no puede olvidarse que tanto la compradora como la vendedora eran sendas sociedades mercantiles, y fue a ese documento de promesa de venta al que se incorporó el aval bancario, participando por consiguiente de esa naturaleza mercantil al que se ha referido sentencias de esta Sala en supuestos similares como sucede en las Sentencias 973/2005, de 4 de julio y 217/2006, de 2 de marzo». (F. J. 10º)

FALSEDAD DOCUMENTAL. Principio de lesividad y responsabilidad civil.

Recurso: Casación nº 1691/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 106/2011 de fecha 18/02/2010

«1.- Estima que la Sala sentenciadora ha aplicado, inmotivada y erróneamente los artículos 109 y 116 del Código Penal por considerar que habiendo sido absuelto del delito de estafa, de contenido patrimonial y con consecuencias incuestionablemente indemnizatorias, no procede imponer ninguna responsabilidad civil y, mucho menos a título personal.

2.- El artículo 109 del Código Penal no excluye, en principio, a ningún delito de la cadena de una posible responsabilidad reparadora o indemnizatoria en un sistema, como el nuestro, que incluye los perjuicios materiales y morales. El artículo 116 del Código Penal, que encabeza el capítulo dedicado a las personas civilmente responsables, la extiende a toda persona criminalmente responsable de un delito o falta si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Es decir, parte de una potencialidad perjudicial de cualquier delito, pero lo condiciona a que el delito en sí, por su forma de producirse o manifestarse produzca por sí mismo un perjuicio patrimonial.

3.- Si nos atenemos al principio de lesividad el delito de falsedad documental en instrumento mercantil, lesiona la confianza que se debe tener en el principio de lealtad o transparencia y veracidad que debe presidir la realidad documental del tráfico mercantil. Usualmente se trata de un delito

instrumental que se utiliza como medio para conseguir, mediante este procedimiento, un engaño, fraude o alteración de la realidad con el objetivo de obtener un beneficio económico. Algún sector doctrinal, de forma errónea, estima que si ésta conjunción existe, se considera como única causa o relación de causalidad del perjuicio cuando en realidad podríamos decir, con rigor, que ambas conductas coordinadas son las que causan el perjuicio de tal manera que sin la una y la otra no existiría la razón de indemnizar». (F. J. 1º)

FALSEDAD DOCUMENTAL Y ESTAFA. No concurre: falsedad burda inhábil como mecanismo de engaño.

Recurso: Casación nº 1858/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 220/2011 de fecha 29/03/2011

«El relato fáctico refiere, como hecho relevante a la estafa, la presentación de unas fotocopias de unos pagarés ante entidades bancarias para su abono, como descuento. El relato fáctico refiere, únicamente, que fueron presentados al cobro, pero nada se dice sobre su capacidad para cumplir con el requisito del engaño bastante que exige la tipicidad del delito de estafa. El artículo 248 del Código Penal requiere que el engaño sea bastante con lo que hace referencia a que ha de ser precisamente una maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del acto de disposición. No basta con cualquier clase de engaño aunque sea calificado de bastante, esto es, idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. De esta manera la calificación de bastante es distinta según que el engaño vaya dirigido a una persona jurídica que gestiona capitales, propios o ajenos, como una entidad bancaria, o dirigido a una entidad aseguradora, o si el engaño no tiene por destinatario estas personas jurídicas.

La jurisprudencia ha declarado si bien de forma excepcional, por todas STS 714/2010, de 20 de julio, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva. Sin embargo, la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima no siempre determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de su idoneidad objetiva para provocar el error. Es cierto que en algunos casos, la omisión de la actuación normalizada exigible en el sector de actividad de que se trate, puede conducir a afirmar que el error ha sido provocado por la propia desidia del engañado y no tanto por la acción fraudulenta del autor. También lo es que no puede introducirse en la actividad económica un principio de desconfianza que obligue a comprobar la realidad de todas y cada una de las manifestaciones que realicen los contratantes.

Cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas, como ocurre con personas jurídicas del tipo de las entidades bancarias, es del todo evidente que el sujeto pasivo dispone de un potente arsenal defensivo, que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia del engaño en numerosos casos. Pero, como se acaba de decir, estas consideraciones no pueden conducir a afirmar que las conductas engañosas objetivamente idóneas que resultan luego fracasadas por la reacción de aquél a quien se pretende engañar son siempre impunes. Será preciso examinar en cada supuesto si, objetivamente valorada ex ante, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la maniobra engañosa es idónea para causar el error, es decir, para provocar en el sujeto pasivo una percepción errónea de la realidad, aun cuando los sistemas de autoprotección de la víctima lo hayan evitado, finalmente, en el caso concreto». (F. J. 1º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Art. 629 CP. Falta de tenencia de moneda falsa para su distribución.

Recurso: Casación nº 51/2011

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 800/2011 de fecha 19/07/2011

«...ciertamente, de la escueta sentencia, hurgando y analizando no solo en los hechos probados, sino en los fundamentos jurídicos, no aparece dato alguno o mención que nos indique el modo como fueron obtenidos por el autor los dieciocho billetes falsos de 20 euros.

Habría que concluir, en beneficio del reo, que nos hallamos ante el párrafo tercero del art. 386 y no ante el segundo por el que se condena. En el párrafo tercero se castiga "al que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expende o distribuye después de constarle su falsedad", y esa es precisamente la única conducta acreditada que la sentencia describe, habida cuenta del silencio sobre el modo en que los billetes llegaron a la posesión de los procesados.

Pero el propio precepto cuya conducta nuclear acabamos de describir, se completa con la delimitación del ámbito punible, excluyendo del tipo objetivo los supuestos en que el valor aparente de la moneda no fuera superior a 400 euros. Fijémonos que el tipo exige en el párrafo tercero que "la moneda se expendiera o distribuyera", por lo que no cabe en el tipo la moneda que no se haya expandido o distribuido, circunstancia que en nuestro caso nos lleva a cifrar en 40 euros la moneda realmente distribuida, esto es, la ofrecida en los dos establecimientos para consumir adquisiciones. Incluso aunque sumásemos los 16 billetes luego ocupados al acusado, que no habían sido distribuidos, pero de los que cabe inferir ese propósito, nos quedaríamos en 18 billetes de 20 euros, es decir, en 360 euros. Ello comportaría que no se cumpliera la condición objetiva de punibilidad del párrafo tercero relativa a que el valor aparente de la moneda fuese superior a 400 euros.

En conclusión el párrafo tercero del art. 386 C.P. no puede aplicarse. La conducta descrita integraría la falta del art. 629 C.P., pues la cantidad de moneda distribuida, después de saber que era falsa, aunque se hubiese adquirido de buena fe y sin saber que lo era, fue inferior a 400 euros. Esta falta contra los intereses generales de la población se castigaría junto con la falta continuada contra la propiedad en régimen de concurso real.

Concluye el alegato señalando que pese a que el recurrente se conforme con la penalidad del párrafo tercero del art. 386 C.P., no se puede sostener esa condena por no corresponderse con el derecho material. Tal corrección, que supera en su beneficio lo pedido por el recurrente, puede surgir de dos vías.

(...)

...la voluntad impugnativa, que permite en beneficio del reo corregir cualquier error de derecho que se observe en la sentencia, aunque no se hubiese recurrido». (F. J. 2º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Concurso de normas.

Recurso: Casación nº 2504/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 873/2011 de fecha 21/07/2011

«...el Art. 386.1º Código Penal, tras la reforma operada por LO 15/03 castiga tanto al que fabrique como al que altere moneda, lo que incluye tanto la creación o elaboración ex novo y total de moneda o cheque de viaje falso como la modificación sustitución o cambio de la esencia o forma de un cheque de viaje auténtico, que es concretamente la conducta descrita en el relato de los hechos que contiene la sentencia impugnada. En efecto, la sentencia afirma y así lo recogen las recurrentes al fundamentar el recurso que "los travellers cheques habían sido manipulados en la firma original, ya que CONSUELO PILAR sustituyó la firma original por la suya propia, bien borrando aquella, bien añadiendo su firma a la rúbrica existente..." y del mismo modo actuó ANA PATRICIA insertando su firma en el lugar en que había sido borrada la original si bien solo en relación a un único cheque, sin que quepa duda alguna de que la firma es un dato esencial del citado documento.

Además no deja de ser paradójica la postura de las recurrentes que aceptan que los hechos se incardinan en el Art. 390.1.1º Código Penal, que precisamente contempla la alteración de un documento en alguna de sus partes esenciales, e impugnen la calificación como alteración de moneda, no siendo necesario, por razones obvias, que el autor conozca la concreta tipificación de la conducta que realiza, bastando la mera conciencia de la antijuricidad de la misma.

La conducta imputada a las recurrentes tiene encaje tanto en el delito de falsificación de moneda por imperativo del Art. 387 Código Penal, como en el delito de falsedad documental de los Art 392 y 390.1.1º Código Penal, como mantienen las recurrentes, pero al encontrarnos ante un concurso de normas regulado en el Art. 8 Código Penal, se aplicará el delito de falsedad de moneda conforme al criterio de especialidad, solución a la que también se llega en virtud del principio de alternatividad ambos previstos en el citado Art. 8 Código Penal.

Por último, cabe objetar que la jurisprudencia alegada por las recurrentes en apoyo de su postura impugnativa no es de aplicación en el presente caso dato que ambas resoluciones se refieren a hechos ocurridos con anterioridad a 2003 y por ello a la reforma que sufrió el precepto ahora aplicado por LO 15/03 a la que se ha hecho referencia con anterioridad». (Art. 1º)

FALSIFICACIÓN DE MONEDA. Falsificación de cheques de viajes. Nuevo art. 399 bis 1º CP

Recurso: Casación nº 2504/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 873/2011 de fecha 21/07/2011

«1. Las recurrentes, coherentemente con la postura mantenida en el primer motivo estiman que debe aplicarse el apartado 3º del citado precepto introducido por la citada LO 5/2010.

2. La reforma introducida por LO 5/2010 y que ha entrado en vigor el pasado 23 de diciembre, supone una sustancial modificación en la punición de las conductas falsarias que afectan a las tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, que hasta entonces de encontraban totalmente equiparadas a las monedas, estableciendo una regulación autónoma en el Art. 399 bis Código Penal, resolviendo así los problemas aplicativos que tal equiparación había generado y que afectaban especialmente a la proporcionalidad de las penas en la línea ya denunciada por el Tribunal Supremo, modificación que se acomoda además a las previsiones contenidas en la Decisión Marco del Consejo de Ministros de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del dinero.

El actual Art. 399 bis 1º establece "El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de 4 a 8 años".

Y el párrafo 3º del mismo precepto dispone: "El que sin haber intervenido en la falsificación usare en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados, será castigado con la pena de prisión de 2 a 5 años".

La conducta de las procesadas, a diferencia de la postura mantenida por su representación, no se integra en el párrafo 3º que exige que no se haya tenido intervención en la falsificación, sino en el párrafo 1º que contempla la acción de falsificar, alterar, copiar, o reproducir una tarjeta de crédito, débito o cheque de viaje. Como ya hemos argumentado en el primer motivo.

Siendo la regulación actualmente en vigor más beneficiosa, procede adecuar la presente sentencia a la misma, en el sentido de considerar que la conducta de manipular las firmas, elemento esencial del documento, sustituyendo la original en los cheques de viaje, debe subsumirse en el actual Art. 399 bis 1º Código Penal, que establece una pena más beneficiosa y al concurrir una atenuante muy cualificada de confesión, por aplicación de la regla penológica contenida en el Art, 66.2 Código Penal procede rebajar la pena de 4 años a 8 años de prisión establecida en el citado precepto, en un solo grado como hizo el Tribunal de instancia, siendo la pena resultante de 2 años a 4 años de prisión». (F. J. 3º)

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO. Nueva regulación y penalidad con arreglo a reforma operada por LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 11056/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 284/2011 de fecha 11/04/2011

«B) Distinta es la necesidad de adecuar la pena a la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio, cuestión advertida por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación.

La disposición transitoria 3ª de la LO 5/2010, 22 de junio, dispone que “...en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas: (...) b) si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley. c) si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho”.

En consecuencia, resulta de obligada ponderación para esta Sala la aplicación de los nuevos preceptos, valorando en su conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales y tomando en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate, con el fin de efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación. Tal idea fluye con toda lógica de lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª de la misma LO 5/2010, con arreglo a la cual, “los delitos y faltas

cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”.

Se trata, en definitiva, de la imperativa ponderación de la aplicación más favorable de la nueva norma penal, por mandato del art. 2.2 del CP, en desarrollo de lo prevenido en el art. 9.3 de la CE y en concordancia con lo previsto en el art. 2.3 del CC. Así se desprende, además, del cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional, en aplicación de normas de derecho transitorio de reformas precedentes (cfr. por todas, STS 499/2004, 23 de abril y SSTC 21/1993, 18 de enero, 131/1986, 29 de octubre) y de las pautas interpretativas sugeridas por la Fiscalía General del Estado, entre otras, en la reciente Circular 3/2010 y en las anteriores numeradas como 1/1996, 2/1996, 1/2000 y 1/2004.

Pues bien, los preceptos por los que se ha condenado al recurrente (arts. 387, en relación con el art. 386.1 del CP), castigaban con la pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que alterase o fabricara moneda falsa, teniendo en cuenta que, a tales efectos, se consideraban monedas, además de la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje.

El legislador de 2010, sin embargo, ha considerado oportuno romper con esa equiparación funcional –profundizada mediante la reforma de la LO 15/2003, 25 de noviembre- dispensando ahora un tratamiento autónomo a la falsificación de las tarjetas de crédito y débito, así como a los cheques de viaje. Así, ha creado una sección específica en el capítulo II, del título XVIII, del libro II del CP, castigando con la pena de 4 a 8 años de prisión, al que “...altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje”.

Es posible que en este viraje tan radical en el tratamiento criminológico de lo que se ha llamado, mediante expresión bien gráfica, dinero de plástico, hayan influido las críticas doctrinales que apuntaban a la necesidad de conferir un tratamiento singularizado, evitando así una artificiosa y desproporcionada asimilación penal de lo que, por su propia naturaleza y, sobre todo, por su eficacia como medio de pago, debería recibir protección autónoma. La tutela penal de las tarjetas de crédito se ha situado en un terreno intermedio entre la protección de la moneda y la del resto de los documentos tenidos como mercantiles.

Procede, en consecuencia, adaptar la pena impuesta al recurrente al nuevo marco penal, en los términos que se razonan en nuestra segunda sentencia». (F. J. 2º)

HOMICIDIO. Ánimo de matar. No concurre.

Recurso: Casación nº 1454/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1045/2010 de fecha 24/11/2010

«...nos encontramos con los siguientes elementos objetivos:

a) Los pinchazos efectuados por la navaja, que llevaba el recurrente -- al respecto no existe duda sobre la autoría-- pero de esos dos pinchazos que afectaron a las partes del cuerpo de la víctima ya citadas, el primero relativo a la zona abdominal fue leve, dado con escasa fuerza, no penetrando en la cavidad abdominal, estimándose que penetró menos de un centímetro.

El segundo pinchazo, que afectó a la capacidad torácica no puede determinarse tampoco la fuerza o intensidad del golpe. Ciertamente produjo un neumotórax, esto es, la entrada anormal del aire en la cavidad de la pleura, y por ello preciso de tratamiento médico estando ingresado 5 días.

b) Como segundo dato, el reconocido en la sentencia de que el recurrente se disculpó de los pinchazos en el momento.

Faltan los demás criterios utilizados por la jurisprudencia para indagar la intención del autor de la agresión.

No existieron expresiones del agresor ni anteriores ni acompañantes a la agresión que pudieran abundar en la tesis de la sentencia, tampoco existían relaciones previas de enemistad, porque no constan que se conocieran ex ante, tampoco existen circunstancias conexas que tiendan a confirmar la tesis de la sentencia.

En definitiva se está en presencia de dos pinchazos, uno leve y sin intensidad y el otro se desconoce su intensidad, aunque fue suficiente para producir un neumotórax, el factum dice "penetrante", término que no está exento de ambigüedad en cuanto a la violencia del golpe, y una petición de excusas dadas en el momento posterior de la agresión.

En esta situación estima la Sala que el juicio de inferencia al que arribó el Tribunal sentenciador en el sentido de que el recurrente estaba animado de un dolo homicida, aunque fuese eventual --que sería suficiente para sostener la calificación-- no aparece en este control casacional como conclusión suficientemente consistente y fundada para alcanzar el canon axiomático de certeza más allá de toda duda razonable.

Como hemos dicho con reiteración --ad exemplum entre las últimas, STS 915/2010--, "....no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión....".

En este caso, el control del razonamiento del Tribunal sentenciador no permite llegar a la conclusión de que se está en presencia de un homicidio en grado de tentativa, sino más bien, por las reflexiones expuestas ha de estimarse que los hechos deben ser calificados como constitutivos de un delito de lesiones con armas del art. 147 y 148-1º del Cpenal». (F. J. 2º)

HOMICIDIO. Complicidad.

Recurso: Casación nº 2089/2009

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 786/2010 de fecha 07/07/2010

«1. En el caso presente, los Hechos Probados, cuya relación literal recogida en los Antecedentes de esta Sentencia, aquí damos por reproducida, refleja tres momentos diferenciados: a) Aquél en que los dos acusados absueltos acompañados de un conocido suyo, que acabada de discutir en su presencia con la víctima por deudas que ésta tenía pendientes, se trasladan de noche y en un coche conducido por la víctima hasta un descampado. b) El segundo momento está constituido por la descripción de los golpes que ese tercero en el descampado le fué propinando a aquélla en lo que necesariamente fue una brutal paliza dadas las tremendas lesiones que le produjo con destrucción encefálica y señales de haber sido incluso arrastrada por el suelo y durante la cual la víctima llegó a suplicar a quien le golpeaba "ruso no me mates" -como recoge el Fundamento de Derecho Segundo en su párrafo decimoquinto, complementando el relato histórico- y c) Y un tercer momento cuando "acto seguido entre el autor de tales hechos y los procesados" introdujeron al fallecido en el maletero del coche tirándolo por un barranco.

Aunque el relato histórico solo menciona a los dos acusados en el momento primero y en el tercero, necesariamente estuvieron presentes durante la mortal paliza propinada por el tercero: los tres habían llevado a aquel lugar a la víctima; y en aquel lugar se encontraban los tres después de que uno lo matara a golpes puesto que los tres se deshicieron "acto seguido" del cadáver. Por lo tanto los dos acusados estuvieron presentes durante la paliza, sin que considerar este dato suponga modificación del Hecho Probado, sino sólo la explicitación de algo que está incluido implícita o tácitamente en el relato histórico.

2.- Esa presencia de los dos acusados constituye participación en el homicidio, a título de cómplices, como cooperadores no necesarios:

a) El pactum scaeleris concurre: no consta que surgiera con anterioridad a la agresión mortal pero se evidencia un acuerdo tácito y simultáneo a la ejecución de la acción: la hipótesis alternativa de una inicial aceptación limitada a la agresión lesiva, sin causación de muerte, sería admisible si en la dinámica del ataque por el tercero hubiera sobrevenido la acción mortal como inesperado cambio cualitativo de la acción. Sin embargo las lesiones denotan una paliza brutal en la que el agresor arrastró el cuerpo y

destruyó la masa encefálica de la víctima, que llegó a suplicarle expresamente que no le matara, lo cual evidencia tal duración e intensidad en la violencia ejercida que el desenlace mortal necesariamente hubo de hacerse patente a los dos acusados presentes, al menos como resultado eventual altamente probable.

b) Su aportación a la acción homicida está integrada por su presencia, coadyuvante a la eficacia de la acción agresora materializada por el tercero, en la medida en que su disponibilidad reforzaba las posibilidades de su ejecución y restringía o inhibía necesariamente las de defensa del agredido. Contribución relevante por su eficacia aunque no necesaria o imprescindible para producir la muerte de la víctima. Es por tanto una aportación auxiliar y secundaria de complicidad.

Por lo expuesto procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal, y el motivo tercero de la acusación particular, en cuanto viene apoyado por aquél». (F. J. 7º)

HOMICIDIO. Imputación objetiva. Asfixiar a quien padece cáncer de laringe.

Recurso: Casación nº 10522/2010 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 19/2011 de fecha 26/01/2011

«para atribuir un resultado a una determinada conducta es preciso, en primer lugar, establecer una relación de causalidad natural que, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, existirá siempre que suprimida mentalmente la causa, debiera desaparecer el resultado.

Establecida la causalidad natural mediante la relación entre la acción y el resultado, la atribución resulta limitada por la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, con los diferentes criterios de corrección establecidos por la doctrina y la jurisprudencia. No basta, entonces, con la presencia de un elemento que haya operado como causa natural, aún junto con otros, del resultado, sino que será preciso que este resultado sea precisamente una concreción del peligro creado con la acción.

En este sentido se ha afirmado que “una determinada enfermedad de la víctima, [ello] no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva” (STS nº 266/2006, de 7 de marzo). De esta forma, la existencia de otros elementos causales concurrentes desde el punto de vista de la causalidad natural no impiden la imputación objetiva del resultado, siempre que pueda afirmarse que la conducta imputada ha sido creadora de un riesgo, jurídicamente desaprobado, en cuyo marco se ha producido la concreción de aquel resultado.

2. En el caso, ambos recurrentes atacaron a la víctima conjuntamente, echándole una manta por encima, rodeándole el tronco con un cable y golpeándolo y presionándole el cuello para inmovilizarle, hasta que dejó de

moverse según se precisa en la fundamentación jurídica, dejándolo tirado en el suelo, con una segunda manta y un jersey colocados sobre su cabeza. La presión en el cuello tuvo la intensidad suficiente para provocar una extravasación sanguínea en el músculo tiroideo derecho. Según el informe de autopsia, a la asfixia contribuyó la existencia de un tumor laríngeo que ocluía parcialmente las vías respiratorias.

Objetivamente, y nada permite afirmar que los acusados lo ignoraban, la compresión en el cuello es apta para causar la muerte por asfixia, si se mantiene durante el tiempo necesario con una mínima intensidad. Es, pues, una conducta que ordinariamente crea un alto riesgo para la vida, dependiendo la concreción de los parámetros antes aludidos, relativos a la intensidad y al tiempo, de las circunstancias del caso concreto, entre ellas, las relativas a las condiciones físicas de la víctima.

La existencia de otro elemento causal, en el caso el mencionado tumor en la laringe, aunque facilite el resultado en el sentido de que la presión sobre el cuello no precisa ni tanta intensidad ni tanto tiempo, según se menciona en la sentencia, no disminuye la relevancia de la acción de los recurrentes en orden a la creación del peligro para la vida, pues dicha forma de agredir a la víctima, dado el lugar y la fuerza empleada, suponía, de todos modos, una alta probabilidad de obstruir las vías respiratorias y, en consecuencia, implicaba un alto riesgo para su vida, que además objetivamente se incrementaba al dejar a la víctima con la cabeza tapada por una manta y un jersey.

Por lo tanto, establecido, de un lado, que la conducta es adecuada para la creación de un alto riesgo de producción del resultado y que éste se produjo dentro del marco del riesgo creado, y, de otro, que la idoneidad de la acción en el sentido expuesto era conocida por los acusados que, pese a ello, la ejecutaron, nada impide la imputación del resultado en el dolo eventual.

En consecuencia, los motivos se desestiman». (F. J. 2º)

HOMICIDIO. Tentativa.

Recurso: Casación nº 592/2010

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 1165/2010 de fecha 26/11/2010

«La jurisprudencia de esta Sala ha establecido en numerosos precedentes que el art. 138 CP debe ser aplicado en los casos en los que no se ha producido la muerte, cuando de los hechos probados se infiere que el autor dirigió el golpe a zonas del cuerpo en los que el mismo podía ser letal. En tales casos se considera que el autor obró con el propósito de causar la muerte o, al menos, con representación de la probabilidad de la misma o con indiferencia respecto de tal resultado (Confr. SSTs 126/2000; 85/2005; 587/2005, entre otras).

Con respecto a las heridas sufridas por Carlos P. G. es de señalar que la circunstancia de que las heridas, salvo una de ellas, hayan sido superficiales no es relevante para excluir el dolo del homicidio, especialmente cuando -como se hace constar en el hecho probado- el arma hubiera podido alcanza el corazón y, de hecho, alcanzó la pleura y el cuello de una de las víctimas y se dirigió al pecho del otro agredido. Además, el autor lanzó el golpe con total indiferencia respecto del resultado que hubiera podido producir.

Por otra parte, es también claro, como surge del hecho probado, que el arma tenía características que no impiden considerar este caso como un supuesto de tentativa aberrante o supersticiosa, en los que se considera excluido el tipo penal de la tentativa, dado que el autor tuvo que saber que con ella era posible, en ciertas circunstancias, alcanzar un órgano vital como el corazón.

Asimismo, en el supuesto de las lesiones ocasionadas a Alejandro Y., tampoco es relevante que éste haya cubierto con su mano, en un movimiento defensivo, la zona a la que se dirigió el golpe con el arma, es decir la región torácica izquierda. Como en todas las tentativas lo decisivo es lo que el autor se proponía hacer y comenzó a hacer, no lo que logró, pues es de la naturaleza jurídica de la tentativa que el dolo del autor no se haya concretado en el resultado. Dicho de otra manera: la no producción del resultado no es un elemento que permita negar el dolo del comienzo de ejecución del delito y, consecuentemente, la existencia de tentativa». (F. J. Único)

INSTRUCCIÓN. Incoación del proceso a raíz de deducción de testimonios en otras causas (Acuerdo plenario de 26/05/2009).

Recurso: Casación nº 2004/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 151/2011 de fecha 10/03/2011

«D) Finalmente, se denuncia que las investigaciones judiciales llevadas a cabo en otro órgano jurisdiccional, que sustentan la adopción de la medida impugnada, carecen de la debida constancia de legalidad de origen, ante lo cual debe presumirse “pro reo” su ilegitimidad, con la consecuencia ineludible de la nulidad de la ahora impugnada intervención. Este argumento también debe impugnarse.

Como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-3-09, en la jurisprudencia viene imponiéndose el criterio de que, salvo que existan datos que puedan poner en duda una actuación de la autoridad judicial como irregular, no tiene que presumirse la misma contraria a derecho, si disponiendo la parte que la alega de la fácil posibilidad de interesar la acreditación de la irregularidad, permanece inactiva en la causa en la que pretende hacerla valer. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo 1643 de 24-9-2001, 498 de 24 de abril-2003 y 1393/07 de 19 de febrero de 2008.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008 (caso Atocha) sostiene asimismo la doctrina de que no puede imponerse la obligación de acreditar la regularidad de una injerencia en la intimidad más allá de las comprobaciones obrantes en la causa, si son suficientes para adoptar otras intervenciones diferentes con las que pueda existir una relación de precedente.

El Pleno no Jurisdiccional del 26 de mayo de 2009 acordó que:

"En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".

Evidentemente, de acuerdo con el criterio de la mayoría expresado en dicho acuerdo plenario, podría concluirse que tal denuncia no conllevaría la nulidad que se alega, ya que la impugnación efectuada por los recurrentes lo fue en la formalización del recurso de casación, por primera vez, no habiendo hecho referencia a ello en su escrito de conclusiones provisionales, obrante a los folios 844 a 849, ni en el Plenario, donde el acta de la sesión de 16-4-010 (fº 4) revela que esta parte interesó exclusivamente "la nulidad de las escuchas telefónicas, en virtud de vulneración del principio de especialidad y por falta de control de legalidad" (Cfr. STS 737/2009, de 6 de julio).

Consecuentemente, el motivo, en todos sus aspectos, ha de ser desestimado». (F. J. 1º)

JUICIO ORAL. Documentación por acta: valor

Recurso: Casación nº 10155/2010 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1030/2010 de fecha 02/12/2010

«En segundo lugar en relación a las deficiencias del acta, es cierto que el juicio oral ha de constar reflejado en el acta, extendida bajo la fe pública del Secretario y conformada por las partes con sus firmas y las del

Tribunal, y la sentencia que dicta su tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula por cuanto ésta es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar el control externo que nos compete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e inmediación (STC. 92/2006 de 27.3).

Igualmente la legibilidad del acta no es cuestión baladí y ya fue puesta de relieve por la STS. de 31 de enero de 1992, señalando al respecto la trascendencia de su legibilidad con relación al tema de la presunción de inocencia y su examen casacional, añadiendo el deber de los elementos de instancia de cuidar que se realice y elevar con el testimonio de la resolución recurrida en casación copia fehacientemente extendida por un medio mecánico de reproducción (ATS. 20.3.97).

En el acta debe hacerse constar sucintamente cuanto importante hubiera ocurrido, es decir el acta levantada por el Secretario no contiene una transcripción literal del contenido de las declaraciones prestadas por los acusados y testigos durante el desarrollo del juicio oral, sino una síntesis de aquél y desde luego la constancia de su presencia y de cuantos incidentes relevantes acaezcan en el plenario. Por otra parte, la valoración de dichas declaraciones corresponde en exclusiva al Tribunal después de haberlas percibido directa e inmediatamente. Luego en línea de principio debe darse prevalencia a la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia en sentencia y sólo en aquellos casos en que en el acta se revelen hechos absolutamente incompatibles con lo expresado por los Magistrados podrá suscitarse en rigor cuestión acerca de su veracidad (STS. 140/2003 de 29.10).

En definitiva, el acta del juicio oral sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados (STS. 1265/2005 de 31.10).

Consecuentemente que una frase puntual y concreta, intercalada en la respuesta dada por el recurrente al interrogatorio del Ministerio Fiscal, sea ilegible, no tiene trascendencia invalidante alguna.

-en tercer lugar, la predeterminación del fallo que se dice de los hechos probados al hacer concreta referencia a la participación del acusado en la comisión del ilícito penal, carece de cualquier justificación. El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 23.10.2001, 14.6.2002, 28.5.2003, 18.6.2004, 11.1.2005, 11.12.2006, 26.3.2007, 2.10.2007 y 28.11.2007)». (F. J. 7º)

LESIONES. Concepto de deformidad (Acuerdo del Pleno).

Recurso: Casación nº 431/2010
Ponente: Sr. Ramos Gancedo
Sentencia: nº 838/2010 de fecha 06/10/2010

«Parte el recurrente al desarrollar el motivo de un error grave al afirmar que el delito de lesiones tipificado en el art. 150 C.P. requiere DEFORMIDAD GRAVE, siendo así que esta circunstancia la reserva el legislador para el tipo penal del art. 149 y que, precisamente por constituir una alteración peyorativa del rostro de la víctima y de su expresión facial y desfigurándolas muy negativamente y produciendo una muy notable y antiestética fealdad, se sanciona con pena de seis a doce años de prisión, en tanto que la deformidad no grave lleva una pena de prisión de tres a seis años.

En el caso presente, la calificación jurídica de los hechos declarados probados efectuada por el Tribunal de instancia, es acertada y correcta. Necesariamente hemos de remitirnos al Acuerdo Plenario de esta Sala del T.S. de 19 de abril de 2.002, que estableció que si bien la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 C.P. como deformidad, este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a las posibilidades de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado, aunque en todo caso el resultado será constitutivo de delito y no de falta.

Consecuencia de este Acuerdo Plenario ha sido la flexibilización del concepto "deformidad" tradicional que consistía en "toda irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista" ("ad exemplum", STS de 17 de noviembre de 1.990). Y que, cuando afecta al rostro, la "deformidad estriba en una imperfección estética que rompe la armonía facial y es, por tanto, visible y permanente, alterando peyorativamente la armonía de los rasgos faciales".

En la actualidad, por tanto, los Tribunales de Justicia habrán de pronunciarse sobre si el supuesto de hecho objeto de su enjuiciamiento puede enmarcarse en la "menor entidad" de la deformación a que se refiere el Acuerdo Plenario citado y que, en su caso, permitiría la exclusión del art. 150 y la aplicación del tipo básico del 147 C.P. Y, con tal finalidad, habrán de ponderarse estos parámetros:

a) la relevancia de la afectación.

b) la situación o estado que tuvieran anteriormente las piezas afectadas, pues no es lo mismo que se trate de piezas sanas o que previamente ya estuvieran deterioradas.

c) la posibilidad de la reparación, debiéndose tener en cuenta la complejidad del procedimiento y el costo económico del mismo, así como las

incomodidades y padecimientos que hubiera que soportar el lesionado». (F. J. 5º)

LESIONES. Deformidad. Concurre.

Recurso: Casación nº 10157/2010 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1153/2010 de fecha 28/12/2010

«El motivo será desestimado. El relato fáctico de la sentencia declara como secuelas las siguientes: material de osteosíntesis para la reconstrucción facial; parestias faciales por afectación de ramos del nervio trigémino e infraorbitarios. Perjuicio estético de grado medio con alteraciones fisiológicas a nivel facial y alteración postraumática de la oclusión dental con limitaciones de la articulación temporo mandibular en 2,5 cm., con importantes discapacidades sobre todo para la deglución y fonación. Ese relato fáctico es congruente con los informes médicos forenses, ratificados en el plenario, en el que se afirma la existencia de varias cicatrices, una de 38 centímetros, que une las zonas periauricular, derecha e izquierda, pasando por la zona frontal. Además, el lesionado presenta dos cicatrices lineales, de 4 y 4,5 cms. A nivel de la región infraorbitaria tanto derecha como izquierda, una cicatriz quirúrgica, a nivel de labio inferior y cicatriz de un centímetro de tipo quirúrgico, a nivel de labio superior. Desde ese hecho probado, congruente con las afirmaciones del perito, la subsunción en la deformidad es procedente y ningún error cabe declarar. Hemos sostenido reiteradamente, por todas STS 430/2010, de 28 de abril, que a falta de una interpretación auténtica, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista (SSTS de 14 de mayo de 1987, 27 de septiembre de 1988 y 23 de enero de 1990). También como toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos (Sentencias 35/2001, de 22 de enero, y 1517/2002, de 16 de septiembre). En la Sentencia 110/2008, de 20 de febrero, se declara que partiendo del concepto de deformidad a efectos jurídico-penales del art. 150 del vigente Código Penal, como irregularidad visible, física y permanente, o alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, la jurisprudencia ha exigido que la misma sea de cierta entidad y relevancia, con objeto de excluir del concepto jurídico de deformidad aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética y la jurisprudencia ha venido considerando, también, que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada, siempre que siendo visibles tengan relevancia y alteren la configuración del sujeto pasivo. Y la sentencia 388/2004, de 25 de marzo, se destacan tres notas características de la deformidad: irregularidad física, permanencia y visibilidad. Y añade que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada (v. Sentencias de 30 de marzo de 1993, 24 de noviembre de 1999 y de 11 de mayo de 2001). Finalmente, hemos de destacar también que, a la hora de formar el anterior

juicio de valor, como es obvio, han de jugar un papel decisivo los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación (v. S. 17 de mayo de 1996). En el supuesto que examinamos, acorde con la jurisprudencia de esta Sala que acaba de dejarse mencionada, el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de que concurría la deformidad del artículo 150, es decir, no la grave a que se refiere el artículo 149, no puede considerarse errónea atendidas la entidad de las lesiones y secuelas que se declaran probadas, concretamente las parálisis faciales y la limitación de la articulación temporo-mandibular con las consecuencias que conllevan.

Desde lo expuesto en el hecho probado, tanto en la calificación de las lesiones como deformante, como en la especificación de la pérdida de funcionalidad de elementos faciales, la subsunción es correcta y ningún error cabe declarar». (F. J. 2º)

LESIONES. Deformidad: no procede. Pérdida de piezas dentarias.

Recurso: Casación nº 922/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 916/2010 de fecha 26/10/2010

«...la aplicación del art. 150 C.P. requiere una relación de causalidad entre la acción y el resultado que es calificado como constitutivo de deformidad.

Por eso, como se exponía en nuestra reciente STS nº 43/2010, de 6 de octubre, con cita de la STS de 15 de septiembre de 2003, para la imputación del resultado al agente se hace preciso que este resultado pueda valorarse como la concreción o realización de un riesgo jurídicamente desaprobado creado por la conducta del autor, y que el peligro creado por esa acción debe ser objetivamente adecuado para la producción del resultado, de suerte que la imputación de éste no será posible, entre otros casos, cuando la acción ejecutada genere un riesgo menor o mínimo, insuficiente desde una perspectiva objetiva para producir el resultado.

Nos estamos refiriendo a las posibles concausas que pudieran ocasionar el resultado final de la agresión, y, en particular al estado de los dientes afectados por ésta. Y también a la fuerza o violencia con la que se ejecutaron los golpes en la boca del agredido.

El primer elemento ha quedado acreditado al declararse probado que “Joaquín tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca” y la pérdida de todas las piezas dentarias que presentaba con anterioridad al hecho, así parece confirmarlo. Dato que se complementa con el dato fáctico de que las pocas piezas dentarias que tenía, todas ellas en la parte inferior según lo ya dicho, estaban poco arraigadas o agarradas.

La cuestión no es banal, y de ahí la importancia del segundo elemento. Porque si hubiera quedado debida y suficientemente acreditado que la fuerza empleada por el autor era suficiente para que la víctima perdiera los dientes aunque estuvieran sanos y no en estado tan precario, la acción se subsumía en el concepto de deformidad del art. 150.

Pero si no ha quedado determinada la fuerza y contundencia de los golpes y éstos no hubieran sido lo suficientemente violentos como para producir el resultado en una persona con la dentadura no deteriorada, estaríamos ante el caso de la creación de un riesgo insuficiente y adecuado para producir el resultado, pues éste hubiera acaecido con simples golpes leves debido al deterioro de las piezas dentales y no por la acción que, en tal caso, resultaría objetivamente insuficiente para generar el riesgo que se concretó en el resultado efectivamente producido. A no ser, claro está, que el acusado conociera el muy deteriorado estado de los dientes que golpeaba y, por tanto, fuera consciente de la previsibilidad del resultado.

En el caso objeto de este análisis, la sentencia no cuantifica la intensidad y violencia de los golpes propinados y el “factum” no refleja tampoco una agresión tan violenta a la vista de las consecuencias: contusiones en distintas zonas del rostro, codo, brazo y región glútea y nariz con epistaxis (hemorragia nasal), pero, al margen de los dientes perdidos, sin fracturas, fisuras ni heridas abiertas. Esta circunstancia fáctica, por consiguiente, queda, cuando menos, rodeada de incertidumbre.

Tampoco figura en la sentencia que el acusado tuviera conocimiento de la fragilidad y vulnerabilidad en la sujeción de los dientes debido a la escasa zona de las encías a las que éstos se arraigaban y de que esta deficiencia favoreciera o facilitara de manera notable la pérdida de las piezas con golpes de menor fuerza.

Todo ello nos lleva a declarar que el Tribunal sentenciador ha subsumido correctamente los hechos en el tipo básico de lesiones del art. 147 aplicado y, por ende, el motivo debe ser desestimado». (F. J. 3º)

LESIONES. Distinción entre delito y falta: necesidad de tratamiento médico.

Recurso: Casación nº 1666/2010

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 1170/2010 de fecha 26/11/2010

«La jurisprudencia de esta Sala viene considerando que el tratamiento médico o quirúrgico, determinante del límite entre el delito del art. 147.1 CP y la falta de lesiones del art. 617 CP, debe ser apreciado en abstracto. Ello quiere decir que no es necesario que el sujeto pasivo haya sido realmente sometido a un tratamiento médico o quirúrgico, sino que el tratamiento médico o quirúrgico haya sido necesario. Este punto de vista se explica porque este elemento diferenciador del delito y de la falta es un indicador de la gravedad de la lesión requerida por el delito.

La Audiencia entendió, apoyándose en la declaración de la médico-forense, que la sutura con grapas que se aplicó al lesionado era innecesaria, pues la herida hubiera curado sin necesidad de dicha sutura. No obstante, el Tribunal a quo admite que la médico-forense que en la práctica "se colocan grapas de forma sistemática, sin que en muchos casos sea necesario" por razones principalmente estéticas. Asimismo, entendió que el médico de urgencia actuó "amparado por la lex artis".

El Tribunal de instancia no contó con elementos que en el caso concreto le permitieran descartar las razones que el médico de urgencias pudo haber tenido en el momento de su intervención para dar preferencia a la sutura con grapas. Consecuentemente, tuvo por suficientes la manifestaciones de un médico que reconoce que la práctica es la habitual, sin haber podido contrastar la opinión personal de la médico-forense que declaró en el juicio.

Por otra parte, lo cierto es que la herida producida requería de una aproximación de los bordes mediante vendajes que debe llevar a cabo un médico y que, por tanto, también hubiera sido un tratamiento médico». (F. J. Único)

LESIONES. Lesiones imprudentes y no dolosas.

Recurso: Casación nº 10346/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 802/2010 de fecha 17/09/2010

«En efecto, la sentencia cuestionada carece de datos fácticos y de argumentos probatorios y jurídicos que permitan incardinar la conducta del acusado con respecto a Jordi M. en el tipo penal de las lesiones dolosas. Para empezar, en la premisa fáctica la Sala de instancia expone como hechos integrantes de la acción agresora que "los disparos efectuados por el acusado también alcanzaron a Jordi M. C., que se encontraba en compañía del Sr. R. R., en el antebrazo derecho y en la cadera derecha". Ni se especifica por tanto qué lugar del fútbolín ocupaba la segunda víctima, a qué distancia se hallaba de Juan José R., ni tampoco siquiera cuál fue la distancia que había entre el agresor y Jordi.

Y si en lo que atañe a la descripción de los hechos y de la escenificación de la agresión la sentencia muestra un vacío importante, no es menor el que presenta en la motivación jurídica, pues sólo dedica cinco líneas (fundamento de derecho primero, folio 6) a justificar la subsunción de los hechos en el tipo de lesiones dolosas, centradas en el resultado lesivo y en el dato de que esta segunda víctima se hallaba jugando también al fútbolín. Se omite por tanto cualquier clase de argumento o razonamiento relacionado con el elemento subjetivo del tipo penal, a pesar de que la defensa centró sus alegaciones en que el acusado no actuó con dolo con respecto a este segundo lesionado. La Audiencia no dedica razonamiento alguno a examinar

qué clase de dolo operaría en el presente caso ni tampoco expone las razones por las que se descarta la tesis de la imprudencia, opción que postuló la defensa en su escrito de conclusiones definitivas.

(...)

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso conocido como del “aceite de colza” o “del síndrome tóxico”) ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

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

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

(...)

La traslación de la doctrina precedente al caso concreto que ahora se juzga impide acoger como probado el dolo eventual como elemento subjetivo integrante del tipo penal de los arts. 147 y 148 que aplica el Tribunal de instancia. Pues, tal como se acaba de exponer, para ello sería preciso constatar que el acusado actuó con conocimiento de que su conducta generaba un peligro muy elevado para la integridad física de Jordi M., y ello, dada la falta de datos concretos y de argumentos probatorios sobre tal

extremo en la sentencia de instancia, se desconoce. Y desde luego no cabe que en esta instancia casacional se proceda a concretar nuevos hechos o a reconsiderar la prueba con el fin de complementar con nuevos datos las lagunas que se aprecian en la descripción fáctica y en la argumentación acerca de la forma en que se produjeron las lesiones de Jordi M. con motivo de los disparos dirigidos contra Juan José R.

Tal como anticipamos, la sentencia no especifica la ubicación del lesionado Jordi M. en el lugar de los hechos ni la distancia entre el agresor y el agredido. Sólo se dice, y ello con respecto a la víctima fallecida, que el acusado le disparó a unos tres metros, distancia muy corta que permite barruntar que ex ante podía controlar la dirección de los disparos dirigidos contra un sujeto concreto, Juan R., sin necesidad de alcanzar necesariamente a un tercero.

(...)

Así las cosas, procede estimar el presente motivo de impugnación y anular la condena por el delito de lesiones dolosas de los arts. 147.1 y 148.2º del C. Penal, condena que será sustituida en la segunda sentencia, en los términos que se especificarán, por la modalidad imprudente del delito de lesiones tipificada en el art. 152.1.1º del C. Penal». (F. J. 7º)

LESIONES. No concurren presupuestos subtipo agravado del art. 148 CP. pero si abuso de superioridad.

Recurso: Casación nº 10092/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 906/2010 de fecha 14/10/2010

«1.- En el primero de los motivos, indicado como A) del primero de su escrito, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida aplicación del artículo 148 del Código Penal, en relación a la sanción de las lesiones que se le imputan como causadas a D. Julio B.

No cuestiona la declaración de hechos probados. Lo que impugna es que los hechos, tal como son descritos por la sentencia recurrida contengan datos que autoricen la calificación de aquéllos como subsumible en el citado precepto.

Aquella resolución proclamaba en la fundamentación jurídica que los "puñetazos y patadas" inferidos a dicha víctima son "incardinables en la amplitud de medios y procedimientos que exige el tipo objetivo" del ordinal 1 del citado artículo 148 del Código Penal. Califica también la agresión de "brutal, reiterada y cobarde". Y, finalmente, considera que la subsunción se avala también atendiendo al "riesgo producido".

2.- De los múltiples supuestos de agravación del tipo básico que prevé el artículo 148 del Código Penal, el debate se limita a determinar si resulta o no estimable el descrito en el apartado primero.

Tal subtipo agravado exige como circunstancias objetivas delimitadores de su específica tipicidad un determinado peligro para la vida o salud de la víctima. El inherente a la utilización de determinados instrumentos (armas, objetos o medios) o procedimiento (métodos o formas) en la agresión de resultado lesivo.

Desde luego la causación de una lesión exige algún instrumento o procedimiento genéricamente dotado de la potencialidad vulnerante necesaria para la producción del resultado típico.

Elementales consideraciones de proporcionalidad exigen que, para la agravación de la responsabilidad contraída, concorra alguna especificidad que justifique la elevación de la pena imponible.

Ocurre que la descripción típica incide en una cierta indeterminación: la concreta peligrosidad en el concreto acto vulnerante. Y por ello ha de entenderse no la capacidad de producir un resultado lesivo cualquiera, sino un resultado de cierta entidad.

Tal opción en la tipificación legislativa lleva inexorablemente a la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto para poder establecer si el comportamiento enjuiciado constituye o no el supuesto del subtipo agravado. Cuando el instrumento o el procedimiento pueda haber dado lugar a la muerte de la víctima, o a un resultado lesivo como el previsto en los tipos penales de los artículos 149 y 150, el subtipo del artículo 148 será de aplicación, pese a la menor entidad de la lesión efectivamente causada. Por el contrario cuando no se ha acreditado esa potencialidad lesiva superior a la del resultado efectivamente causado, no cabe la aplicación del subtipo del artículo 148.1 del Código Penal. Tampoco será suficiente la potencialidad en abstracto de aquel instrumento o procedimiento si en el caso concreto, tal como ha sido utilizado, no cabe estimar que concurrió el riesgo de ese mayor daño.

En consecuencia la corrección de la tipificación agravada pasa por: a) la efectiva descripción como hecho probado de las concretas circunstancias concurrentes y b) de la constatación, pericial o por comunes máximas de experiencia, siempre adecuadamente expresadas, de esa concreta potencialidad de más graves resultados.

En el caso que juzgamos la sentencia describe como hecho probado que los acusados propinaron a la víctima puñetazos y patadas. Pero no se acompaña de la expresión de las características de éstas que lleven a concluir que de las mismas podía haberse derivado un resultado superior al de la lesión causada. Este no impidió la curación en 15 días, de los que solamente tres fueron de impedimento ocupacional, una cicatriz, que no mereció la consideración de deformante, y la pérdida de una pieza dental (la 37). En la

fundamentación jurídica no se exponen razones que justifiquen la atribución de mayor entidad vulnerante al comportamiento imputado.

Ciertamente la Sala de instancia alude a la brutalidad y a la cobardía. Pero ni aquélla le lleva a estimar ensañamiento, ni ésta le permite proclamar la concurrencia de alevosía. Lo que, además de no justificar la aplicación del número 1 del artículo 148, tampoco le permite, como no hace, estimar el subtipo agravado de otros ordinales del artículo 148 del Código Penal.

Por ello el motivo debe ser estimado.

No obstante, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su impugnación, la estimación de este motivo obliga a resolver sobre la aplicación de la agravante de abuso de superioridad. Ésta fue desestimada en la sentencia recurrida por considerar que su apreciación era incompatible con la tipificación de los hechos en el artículo 148.1 del Código Penal.

Excluida dicha tipificación, la declaración de hechos probados pone de manifiesto la concurrencia de todos los requisitos de aquella circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Por otro lado las partes acusadoras instaron la aplicación del abuso de superioridad, ya en el escrito provisional de calificación, y también (como ocurre con el Ministerio Fiscal) en las conclusiones definitivas en el acto del juicio oral. Así lo revela el examen de aquel escrito (siquiera con el lapsus de omitir el apartado del artículo 22 al que se referían) y la del acta del citado acto del juicio oral. No cabe decir lo mismo de la alusión a una alevosía sobrevenida que no ha sido objeto de debate». (F. J. 1º)

LESIONES. Principio de culpabilidad: resultado imprudente. Antigua doctrina del "versari in re illicita" y preterintencionalidad.

Recurso: Casación nº 361/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 855/2010 de fecha 07/10/2010

«No obstante hay un aspecto, obviado por el recurrente, en el que el motivo debe ser admitido.

El Tribunal sentenciador partiendo del relato que acepta: discusión y forcejeo mutuamente aceptado por ambos contendientes, verifica que el resultado producido a la víctima: graves lesiones que le han supuesto la práctica pérdida de visión de un ojo, efectúa una subsunción jurídica de tales hechos en una estructura correcta, a salvo lo que luego se dirá.

Se refiere la sentencia a la preterintencionalidad como construcción jurídica ya superada por desconocimiento del principio de culpabilidad y que en su día fue tributaria del principio canónico condensado en el brocardo "versari in re illicita" que hacía responsable vía dolo del resultado causado a

aquél que partía de un acto ilícito inicial aunque el resultado no fuera ni querido ni siquiera imaginado, atenuando las consecuencias punitivas que se derivaban de este planteamiento con la atenuante de preterintencionalidad del art. 9-4º del Cpenal 1973.

Hoy día se ha superado esta construcción jurídica por cuanto no es respetuosa con el principio de culpabilidad indispensable en un sistema penal propio de un Estado de Derecho. En esta situación, se considera que se está ante un ilícito inicial voluntariamente querido y del que se debe ser responsable vía dolo --el delito de lesiones del art. 147-1º Cpenal, según la sentencia--, en concurso ideal con un resultado más grave y no querido, y por lo tanto solo atribuible a título de imprudencia --el delito de lesiones imprudentes del art. 152-1-2º--.

La construcción es correcta en la medida que, en efecto, la culpabilidad del agente debe ser la medida de la pena, por lo que no querido ni abarcado por el dolo del autor, no puede serle atribuido a título de dolo.

¿Qué fue lo querido y aceptado por recurrente y recurrido en este caso?. Según el factum existió un entrecruce de insultos recíprocos que desembocaron en un forcejeo entre ambos.

La traducción jurídico-penal de esto, que según la sentencia sometida al presente control casacional es de un delito de lesiones del art. 147-1º Cpenal, no se compadece con el factum pues no existen datos en el relato que puedan dar lugar a la realidad de tales lesiones dolosas.

Por el contrario, esa situación contemplada en los hechos probados como la única querida debe ser calificada como constitutiva de una falta del art. 617-2º como con acierto indica el Ministerio Fiscal en su informe ya que dicha falta se refiere al "...que golpease o maltratase de obra a otro sin causarle lesiones....", y en efecto, la lesión producida a Angel con el palo de la bandera, no obstante su gravedad --pérdida de un ojo-- debe ser imputable a título de imprudencia grave, pero el arranque ilícito consentido, no supera la indicada falta dolosa.

Procede la estimación parcial del motivo en el sentido expuesto y con el alcance punitivo que se dirá en la segunda sentencia». (F. J. 3º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fundamento.

Recurso: Casación nº 589/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1019/2010 de fecha 02/11/2010

«A tal efecto, hemos de señalar que la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de

medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. El legislador penal dice que las medidas de seguridad «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código penal).

Desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, el art. 1.º.2 del Código penal dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley». Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino sólo las que se encuentran en los casos previstos en los arts. 101 a 104 del Código penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad. Desde otro punto de vista, los presupuestos son también dos, uno, la comisión de un hecho delictivo por una persona; dos, la peligrosidad, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el futuro.

Y es que las medidas de seguridad se «fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 CP). Esa prognosis, se fundamenta, a su vez: a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.ª del Código penal cuando dice que es preciso para que el juez o tribunal aplique una medida de seguridad «... que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». b) Necesidad de la aplicación de tales medidas: El juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (art. 95, CP) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, «si fuere necesario».

Según se especifica en la STS 603/2009, de 11 de junio, son requisitos ineludibles para la imposición de la medida: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

Como dice la STS 890/2010, de 8 de octubre, a la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Y, de otra parte, tal como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 951.2º del C. Penal.

En cuanto a los fines y función de la medida a adoptar, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de rehabilitación social que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Y se protege también con la medida a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos en el futuro.

Ratificamos así el criterio de la sentencia recurrida, en tanto que afirma que las medidas de seguridad tienden a proteger a la sociedad, ante la posibilidad de que el sujeto pueda volver a cometer este tipo de acciones, con la reactivación de un brote de esquizofrenia, algo que no es imposible, como pusieron de manifiesto las pericias médicas que citan los jueces “a quibus”, todo ello bajo la supervisión que se establece en el art. 97 del Código penal, pues durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido, alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada; o d) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Véase a este respecto, nuestra STS 47/2004, de 23 de enero». (F. J. 6º)

MEDIDAS DE SEGURIDAD. Requisitos para su aplicación.

Recurso: Casación nº 1972/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 65/2011 de fecha 02/02/2011

«Según se especifica en la STS 603/2009, de 11 de junio, son requisitos ineludibles para la imposición de la medida: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

Como dice la STS 890/2010, de 8 de octubre, a la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Y, de otra parte, tal como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 951.2º del C. Penal». (F. J. 5º)

MENORES. Intimidación de los menores.

Recurso: Casación nº 644/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 803/2010 de fecha 30/09/2010

«En segundo lugar, dado que lo cuestionado es la licitud de la obtención de las conversaciones mantenidas por vía electrónica e informática, contenidas en el disco duro del ordenador de Cristina, sería el derecho a la intimidad de ésta el presuntamente vulnerado, y no el del acusado que al exteriorizar sus pensamientos sin coacción alguna se exponía a que su intimidad estuviera al alcance de terceros.

En efecto no puede negarse que un menor tiene derecho a la intimidad, es más, en el apartado 5 del art. 197 CP, se regula como supuesto agravado de descubrimiento y revelación de secretos que éstos conciernen a menores, siendo la razón de tal agravación la mayor vulnerabilidad y el mayor perjuicio que puede suponer el hecho de que se trate el secreto de un menor, en cuanto puede afectar el desarrollo de su vida futura, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, la disponibilidad del bien jurídico intimidad es incuestionable, por cuanto para hablar de secreto es necesario que el titular de la información quiera mantener limitado su conocimiento a sí mismo o a un círculo determinado de personas. Por consiguiente, el consentimiento del titular a la información excluye la tipicidad del descubrimiento y revelación de esos datos, por cuanto ya no pueden considerarse materialmente “secreto”. La plena disponibilidad del derecho a la intimidad viene confirmada por el hecho de que se configuran como delitos de instancia de parte los previstos en el art. 197 CP, exigiendo denuncia del ofendido o su representante legal y, más decir, al otorgar eficacia al perdón para extinguir la responsabilidad penal.

Ello no obstante, ejercitar por el menor su derecho a la intimidad supone tanto disponer de ella en el sentido de dar a conocer hechos que le conciernen como el preservarla en el sentido de impedir que determinados datos sean conocidos, incluso por sus padres o representantes legales. En esta dirección en el actual CP. 1995 desapareció la justificación para padres y tutores de la apertura de la correspondencia del menor y la protección del secreto de las comunicaciones no tiene ningún límite específico, como ocurre en el derecho alemán en que los parágrafos 1626 y 1631 BGB otorgan el derecho a los padres y tutores de controlar el correo de sus hijos o pupilos.

En igual dirección la LO. 1/96 de Protección del Menor, art. 4.1 protege el secreto de la correspondencia y la comunicación también respecto de los menores, estableciendo en su apartado 5º, el deber de los padres de respetar estos derechos y además de hacerlos respetar por terceros.

Esta protección del secreto de las comunicaciones, también respecto de los menores no excluye que puedan darse situaciones de justificación, siempre que concurren los presupuestos de alguna de ellas y el tipo se realice con la única finalidad de la formación del menor. Por ello, los límites o la protección del secreto del menor, junto a su propia capacidad de disponer, deben buscarse en el interés preponderante del menor en la medida en que se adviertan los peligros que para el menor puedan surgir del mantenimiento del secreto, cual sucediera en el caso que se examina en que la denuncia de la madre se hizo con aquella finalidad y en todo caso, la menor ratificó todo lo realizado por ésta, una vez alcanzada la mayoría de edad». (F. J. 7º)

PENALIDAD. Abono de prisión preventiva. Interpretación del art. 58CP.

Recurso: Casación nº 11146/2010 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 208/2011 de fecha 28/03/2011

«Por otra parte, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, que cuenta así mismo con el apoyo expreso del Ministerio Público para el Primero de los motivos del Recurso, resulta igualmente incuestionable la procedencia de la pretensión de los recurrentes pues, en esta ocasión, la doctrina, tanto del tribunal Constitucional como la de esta Sala, en relación con la

aplicabilidad de las prisiones preventivas sufridas simultáneamente al cumplimiento de una condena privativa de libertad en ambos procedimientos que motivaron dicha situación, ha resultado pacífica, como lo evidencian la originaria STC 57/2008, de 28 de Abril, y las diversas SsTS, a partir de la 1391/2009 que, aún expresando ciertas discrepancias y críticas a la doctrina constitucional, acaba aceptándola, como no podía ser de otra forma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dice al respecto la referida doctrina:

“Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS 1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ” (STS de 11 de Febrero de 2010).

Incluso en los supuestos de aplicación del artículo 76 del Código Penal, la llamada “acumulación de condenas” o “refundición de penas”, tal criterio seguiría resultando aplicable, de acuerdo con la misma Sentencia que se acaba de citar.

En el presente momento aunque la situación legal al respecto ha cambiado, como consecuencia de la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal, operada por la reciente LO 5/2010, al menos en tanto que no se produzca con éxito su cuestionamiento constitucional, al tratarse de una norma posterior más gravosa para los reos, evidentemente, nuestro pronunciamiento no puede apoyarse en este nuevo texto.

Por consiguiente, el Recurso ha de estimarse, debiendo proceder, en su consecuencia, a unas nuevas liquidaciones de condena por el órgano para ello competente». (F. J. 1º)

PENALIDAD. Adaptación de la pena por delito de tenencia de útiles para falsificación. LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 2221/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 845/2011 de fecha 15/06/2011

«El Ministerio Fiscal, en el informe de los motivos tercero y cuarto de los recursos formalizados por Lyes Sihamida y Soufiane Sadji, estima procedente la adaptación de la pena impuesta por el delito de tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas a la nueva penalidad derivada de la L.O. 5/2010 de reforma del Cpenal.

Recordemos que ambos recurrentes fueron condenados por el delito de tenencia de útiles del art. 400 en relación con el art. 387 y 386.1º del Cpenal, es decir, partiendo de la equiparación penal entre la falsificación de moneda y la falsificación de tarjetas --ambas castigadas con pena de ocho a doce años-- , la misma pena era imponible para la tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas.

Esta equiparación punitiva ha desaparecido en la L.O. 5/2010, ya que en el nuevo artículo 399 bis. la pena tipo para la falsificación de tarjetas es de prisión de cuatro a ocho años de prisión, y es la misma para el delito de tenencia de útiles.

Por ello, procede adaptar al nuevo marco penológico la pena a imponer a ambos recurrentes». (F. J. 4º)

PENALIDAD. Art. 66.1.6º CP. Criterios para la individualización de la pena.

Recurso: Casación nº 11501/2009 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 919/2010 de fecha 14/10/2010

«En este sentido el actual art. 66.1.6º CP., permite a los Tribunales cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, recorra toda la extensión de la pena prevista para el delito concreto de que se trate, debiendo fijar su extensión atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

Por tanto en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esa "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley –hemos dicho en STS. 150/2010 de 5.3-, a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se

estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad». (F.J. 7º)

PENALIDAD. Individualización de la pena: criterios.

Recurso: Casación nº 1803/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 11/2011 de fecha 01/02/2011

«Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción

que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley». (F. J. 18º)

PENALIDAD. Penas accesorias. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. En delito de homicidio. No procede.

Recurso: Casación nº 10315/2010 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1083/2010 de fecha 15/12/2010

«Denunciasé también la indebida inaplicación del art. 46 C.P., que establece que "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso".

Sostiene el recurrente la procedencia de aplicar esta "pena accesoria" por cuanto las circunstancias del caso están perfectamente determinadas, ya que -afirma- "el acusado produjo la muerte violenta de la madre de los menores y presentes en el lugar de los hechos, pues al menos los dos mayores estaban salpicados de sangre".

(...)

Y, aunque es indudable que la cuestión aquí planteada puede ser objeto de controversia doctrinal, sin embargo en el plano jurisprudencial este Tribunal ha tomado posición al respecto (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2000), sobre la base del respeto debido a los principios de legalidad y de taxatividad inherentes al Derecho Penal [(lex previa, certa, scripta); (arts. 9.3 y 25.1 C.E.; y art. 2.1 C. Penal)], de los que se desprende claramente la conclusión de que los Jueces y Tribunales solamente podrán imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [v. art. 39 b) del C. Penal], en los casos en que el legislador lo haya así establecido expresamente para concretos y determinados tipos penales. En este sentido, se dice en la STS de 11 de septiembre de 2000, que "aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad arts. 39 b) y 46, la impone en los tipos de los artículos 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del artículo 138, sancionando con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (art. 54), la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (art. 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v. art. 41 CP); y la de inhabilitación especial –accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (art.56) –aún referida a "cualquier otro derecho" aparte los expresamente citados en el artículo 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación; (...)", determinación que no se da en el caso (véase STS de 13 de julio de 2.006, entre otras).

Pero es que, por lo demás, la sentencia objeto del recurso, profundiza atinadamente en la cuestión al razonar que en todo caso, la imposición de esta pena no puede realizarse libérrimamente, sino que el juez o tribunal deberá atender "a las circunstancias del caso", según exige el art. 46 del Código Penal al describir el concepto y ámbito de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad como pena privativa de derechos; "en atención a las circunstancias del menor" (art. 233.1 C.P.), "razonadamente" (art. 192.2 C.P.) o "motivadamente" (art. 226.2 C.P.), y "adecuado al interés del menor" (arts. 153 y 173.2 C.P.).

Tales exigencias legales muestran con claridad que, para imponer esta pena, el juez o tribunal deberá analizar su conveniencia atendiendo siempre al interés del menor, según las circunstancias de cada caso, para lo cual es necesario contar con elementos de juicio suficientes que muestren los perjuicios que puede sufrir el menor de no privarse a su progenitor de la

patria potestad, sin que a tal fin sea suficiente ni el argumento de la gravedad del delito, por cuanto ello significaría penar doblemente un mismo hecho, dado que los elementos determinantes de la gravedad ya han sido valorados al imponer la pena correspondiente; ni tampoco atender al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acrecienta. Para ello será necesario que existan "elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor" (STS 1378/2004, de 29 de noviembre).

En consecuencia, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena. Por esa razón es necesario exigir una prueba -pericial o de otro tipo- a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena». (F. J. 5º)

PENALIDAD. Prisión preventiva. Abono: doctrina de la Sala (art. 58 Código Penal).

**Recurso: Casación nº 10273/2011 P
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez
Sentencia: nº 802/2011 de fecha 19/07/2011**

«Esta sala, entre otras, en sentencias nº 1391/2009, de 10 de diciembre, haciéndose eco de conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha entendido que "no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión", de lo que se deriva como consecuencia que la coincidencia temporal durante algún periodo de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite considerar que el cumplimiento de la pena en una de ellas "prive de efectividad real" a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así, "el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada [...] pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional".

Siendo así y en vista de que las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de la primera de ellas y su negativa incidencia en la aplicación de la otra.

Pero, como ahora recuerda el Fiscal en su informe, esta sala ha dicho también (STS 74/2011, de 28 de enero) decidiendo en un caso similar al que en este momento se resuelve, que de tal constatación no puede derivarse que cuando la prisión provisional se haya producido a la vez en más de una causa, el tiempo pasado en semejante situación tenga que ser abonado en todas y cada una de ellas, llegado el momento de cumplimiento de cada una de las penas correspondientes. Por la obvia razón de que el plus de gravamen implícito en la medida cautelar no podría haber repercutido simultáneamente en más de una pena en curso de cumplimiento». (F. J. 1º)

PENALIDAD. Prohibición de aproximación ex art. 57 CP.

***Recurso: Casación nº 11282/2010 p
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 803/2011 de fecha 15/07/2011***

«En punto a la zona de exclusión, y por aplicación de los apartados 1 y 2 del art. 57 del Código Penal, se decretó la pena de aproximación a la víctima por parte del condenado, en un plazo que se fijó de cinco años, tanto a su lugar de residencia como de trabajo u otro lugar que ésta frecuente, en un radio de 1000 metros, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio, por idéntico periodo temporal.

En efecto, el artículo 57 del Código Penal establece que en los casos, entre otros, del delito de lesiones, los Tribunales podrán acordar al imposición de alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por lo tanto, entre ellas, la de acudir a determinados lugares, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Se trata, pues, de dos criterios independientes entre sí, de manera que basta la concurrencia de uno de ellos para justificar la imposición de la prohibición.

La prohibición de acudir a determinados lugares, se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales (STS 369/2004, de 11 de marzo) que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar suficientemente justificada por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica solo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se condena.

Tal automatismo tampoco debe predicarse de las distancias que se decretan en las sentencias condenatorias, en términos de rigurosa exactitud matemática, sino en función de las circunstancias concurrentes en el caso.

Con la STS 369/2004, de 11 de marzo, hemos de poner de manifiesto que, a pesar de la ubicación sistemática del artículo 57 del Código Penal vigente, se mantiene abierta la discusión doctrinal sobre su verdadera

naturaleza. El debate es antiguo y existe una jurisprudencia inicial, entre la que podemos citar la sentencia de 22 de marzo de 1969, en la que se sostiene que la indeterminación de su extensión exigía buscar si existía homologación con alguna otra medida o pena que figuraba en el Código entonces vigente. En dicha resolución se viene a señalar que, la imposibilidad de volver al lugar en que se haya cometido el delito, por un tiempo que entonces era indeterminado, equipara dicho acuerdo a una verdadera pena de destierro, debido a la indeterminación que se derivaba del antiguo artículo 67, que permitía graduar dicha medida a criterio del tribunal, según la índole del delito.

Al producirse la determinación taxativa de la duración máxima, se estima por alguna sentencia de esta Sala, que nos encontramos ante una pena accesoria, que sólo se podía imponer a personas declaradas previamente culpables. Otros sectores doctrinales consideran que nos encontramos ante una medida de seguridad, equiparable a las que se toman en otros casos, como los previstos en el artículo 105 del vigente Código Penal. En este texto se contiene medidas de seguridad, aplicables a los inimputables o a los que se hallen en otras circunstancias de exención de responsabilidad y que se integran inequívocamente, en el Capítulo II del Título I del Código Penal, que trata de la aplicación de las medidas de seguridad, y dentro de ellas, en la sección de las no privativas de libertad.

El presupuesto indispensable para adoptar una decisión de esta naturaleza, radica en que nos encontremos ante uno de los delitos, que se explicitan en el primer párrafo del artículo 57 del Código Penal.

Los elementos a tener en consideración son la gravedad de los hechos y la peligrosidad del autor. La gravedad de los hechos puede ser calibrada con datos de carácter objetivo. Ahora bien, la peligrosidad del autor, hay que valorarla y pronosticarla en función de una serie de factores que entendemos que no sólo son personales. Es necesario conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción, junto con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas, podría verse afectada. El hecho de que el artículo 57 del Código Penal considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, abona, por algunos autores, la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena.

El peligro no es desdeñable y está latente, por encima de cuál pueda ser la actitud de los familiares de la víctima o el comportamiento del autor. Es evidente que las variantes son infinitas, por lo que es necesario entrar en el terreno de la indefinición y del pronóstico aproximado e incierto.

En consecuencia, teniendo en consideración los factores de peligrosidad y de gravedad del hecho, el motivo no puede ser estimado». (F. J. 3º)

PENALIDAD. Responsabilidad penal subsidiaria (art. 58 CP).

Recurso: Casación nº 1108/2010

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 447/2011 de fecha 25/05/2011

«El segundo apartado de la impugnación del Ministerio público se contrae a la extensión del arresto sustitutorio en caso de impago, la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa impuesta. Señala el tribunal de instancia que ante la ausencia de una pretensión de condena articulada por la acusación pública la impone en la extensión mínima de 15 días. El Fiscal reacciona y considera que esa determinación del mínimo del arresto sustitutorio es errónea y cita en apoyo de su pretensión revisora la STS de 27 de noviembre de 2007. Sostiene la acusación pública que la duración del arresto sustitutorio es de un mes porque la pena de multa proporcional es una pena menos grave (art. 33.3.j.) lo mismo que la pena de multa de dos meses (art. 33.3.i), cuya previsión de arresto, de acuerdo al art. 53.1, es la de un día por cada dos cuotas diarias, esto es un mes por el impago de la pena de multa de dos meses. Estableciendo una analogía entre ambas penas, señala que el arresto sustitutorio en caso de impago de mínima extensión es de 1 mes.

Este criterio no es asumible en el presente supuesto. El art. 53 del Código penal contiene una previsión legal de responsabilidad personal en caso de impago, para la pena de multa impuesta por el sistema de días multa, y otra distinta para las multas proporcionales. Para la primera, apartado primero del art. 53, el ya señalado de un día de arresto por cada dos días de multa. Para el segundo, se señala un máximo de un año de duración, y no señala mínimo. La aplicación analógica, consistente en aplicar una previsión de duración mínima no aparece en la Ley penal y no es posible acudir a la analogía para remediar la falta de previsión, máxime en un supuesto como el presente en el que, además, se trata de un error de la acusación en la pretensión de pena». (F. J. 1º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Archivos para propio uso.

Recurso: Casación nº 1256/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1128/2010 de fecha 29/11/2010

«...El relato de hechos probados se limita a reseñar la existencia de dos archivos cuyo contenido ya hemos descrito, por lo que estimamos que es de aplicación la doctrina de esta Sala, plasmada en la Sala General no jurisdiccional, de 27 de Octubre de 2009, en el que para la concurrencia del tipo subjetivo o elemento intencional no se puede acudir al automatismo, sino que es necesario extraerlo de las circunstancias de cada caso. En el presente, solo existe constancia de la tenencia para su uso a pesar de que

hipotéticamente, por las características técnicas, alguien, cuya personalidad es ignorada y que incluso puede entrar de forma casual, entrar en estos dos únicos contenidos.

5.- En consecuencia, procede tipificar los hechos contenidos en el artículo 189.2º, que castiga la posesión para su propio uso, de material pornográfico habiéndose utilizado para su elaboración menores de edad, lo que nos permite elegir entre una pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años. Valorando las circunstancias del caso, estimamos más disuasoria la pena de multa que una prisión, que puede ser suspendida, lo que nos lleva a estimar que el caso permite situarse en el grado mínimo y fijarla en seis meses a razón de seis euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses de prisión». (F. J. 4º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Facilitar la difusión. Acuerdo del Pleno. No concurre el dolo.

Recurso: Casación nº 275/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1012/2010 de fecha 15/10/2010

«Nuestra jurisprudencia ha evolucionado desde entender que el mero uso de un programa de esa clase supone, a nivel de usuario, el conocimiento de que se facilita la difusión a terceros de todo aquel material descargado que se almacene en las referidas carpetas, a establecer que tal elemento subjetivo no puede presumirse sobre la base de ese único dato, de forma que será preciso, en cada caso, valorar expresamente las pruebas que acrediten tal conocimiento. A tal efecto, hemos declarado que en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido (STS 680/2010). Pero igualmente hemos señalado que no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa, sino que es preciso, en cada caso, establecer su existencia desde el análisis de las circunstancias acreditadas. En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, anteriormente citado (celebrado el 27 de octubre de 2009), acordó que: "establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del artículo 189.1.b) CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa". Acuerdo recogido luego en algunas sentencias como la STS 340/2010.

Es claro, por lo tanto, que la demostración del dolo exige algo más que la prueba del mero uso del programa. En este sentido, ha señalado esta Sala que se ha de tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la

recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito (STS 340/2010).

Desde esta perspectiva, el motivo no puede prosperar, pues la Sala sentenciadora de instancia ha analizado todos esos elementos fácticos con racionalidad para deducir, con una duda razonable favorable al reo, que éste ni tenía conocimiento de su difusión a terceros, ni siquiera tenía constancia de los cuatro vídeos recopilados en una carpeta de más de cuatrocientos, que desde luego no se estaban difundiendo a terceros. En este sentido, y como ha declarado la STS 842/2010, de 7 de octubre, del contenido de la sentencia impugnada resulta que no puede considerarse suficientemente acreditada la concurrencia del elemento subjetivo consistente en el conocimiento de que el uso de esa clase de programas de descarga de archivos supone automáticamente el intercambio de los que se descargan y de los que se guardan en las carpetas tipo “Incoming” del Emule. Y también se expresa en tal resolución judicial, que la difusión no es posible tenerla por acreditada cuando el imputado traslada los archivos descargados a otras carpetas de su exclusivo uso particular. Esto es lo que aquí ha ocurrido, y de todos modos, la inferencia sobre el desconocimiento de su misma existencia y contenido, ha sido explicada de manera razonable, con criterios favorables para el acusado, por lo que en esta instancia casacional no nos es posible establecer un resultado probatorio contrario a tales postulados, modificando el factum de la sentencia recurrida para llegar a ésta u otra condena relacionada con el delito que le ha sido imputado». (F. J. 3º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Subtipo agravado de intervención de menores de 13 años. Supuestos: producción y distribución.

Recurso: Casación nº 1924/2010

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 30/2011 de fecha 07/02/2011

«1.- El artículo 189.3º ha sido modificado en su apartado tres al elevar la pena que estaba prevista entre cuatro y ocho años y fijarla en una banda que va desde los cinco a los nueve años de prisión. Por lo tanto, la penalidad aplicable es la anterior, lo que nos lleva a examinar sí concretamente se ha infringido, por inaplicación, el apartado d), cuya redacción permanece inalterable. La pena agravada se impone cuando el material pornográfico represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

2.- El Ministerio público plantea dos cuestiones diferentes. En primer lugar, discrepa de la sentencia cuando razona que el subtipo agravado sólo es aplicable a las figuras delictivas de la producción de pornografía infantil y no a los supuestos, como el que aprecia en la presente causa de distribución de material pornográfico. Los supuestos de agravación del subtipo (art. 189. 3º

C.P.) se basan en la utilización, es decir, producción pornográfica en la que intervienen menores de trece años, o bien cuando el material contenga hechos particularmente degradantes o vejatorios, se fija también en el volumen del material pornográfico producido o difundido, y se agrava asimismo en los casos de la existencia de una organización o ser los autores ascendiente, tutor o persona encargada de su guarda y custodia.

3.- En la redacción vigente en el momento de la comisión de los hechos la agravación específica se aplicaba tanto a los supuestos de captación o utilización de menores en espectáculos pornográficos, como a los supuestos de producción o distribución de material pornográfico en el que figuren menores, bastando la mera posesión para su distribución para integrar el tipo penal. Como puede observarse, la nueva regulación derivada de la LO 5/2010, de 22 de Junio, que entró en vigor el 23 de Diciembre de 2010, introduce leves retoques en esta materia y mantiene las agravantes específicas tanto para los casos de producción como de distribución o difusión de material pornográfico en el que intervienen menores.

4.- Como puede verse, en el caso presente, solo se estima que concurre la agravante de producir o difundir material pornográfico que represente a niños o incapaces víctimas de violencia física o sexual. Como se puede comprobar con la lectura del siguiente apartado, no es lo mismo hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que ejercer violencia sexual.

5.- El hecho probado al que debemos ajustarnos por exigencia de la naturaleza del motivo elegido, nos refiere que: "se mostraban imágenes en las que se ven menores de trece años, desnudos con exhibición de genitales, y practicando felaciones, masturbaciones y penetración entre sí y con adultos". Es decir, se trataba de videos que por su contenido eran pornográficos, lo que es un elemento objetivo necesario para la existencia del tipo básico y no se puede volver a utilizar estos mismos hechos para una agravación específica que, como reconoce el Ministerio Fiscal, exaspera la pena.

6.- Descartada la violencia física, por inexistente, el Ministerio Fiscal, sostiene una interpretación extensiva llegando a la doble incriminación por hechos que, repetimos, constituyen el tipo básico e implican comportamientos de tipo sexual en los que, a priori, no existe la violencia sexual que se derivaría del ejercicio de una fuerza física o coactiva para obligarles a realizar el acto sexual. Esta interpretación sería desproporcionada si se la compara con el artículo 189.4º del Código Penal que castiga con la pena de seis meses a un año de prisión al que haga participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual, exigiendo, además, que perjudique la evolución o el desarrollo de su personalidad.

7.- La cita que meritoriamente hace el Ministerio Fiscal de acuerdos internacionales sobre menores no autoriza, en el ámbito del Derecho Penal equiparar y castigar el mismo hecho como pornografía infantil y, asimismo, como violencia sexual, cuando nos encontremos con hechos como los que se declara probados en esta sentencia. Habrá casos en los que la violencia

sexual sea de tal manera explícita y superior a la mera participación que podría hacer compatible el tipo básico con el subtipo agravado». (F. J. 2º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Tenencia y distribución. Uso de “emule”. Elemento subjetivo del tipo penal.

Recurso: Casación nº 1312/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1098/2010 de fecha 13/12/2010

«Los hechos probados de la sentencia recurrida nos relatan que Antonio Castaño Caballero desde finales del año 2004 hasta el 10 de mayo de 2007, venía haciendo acopio de gran material pornográfico –vídeos y fotografías–, en donde aparecían menores de edad, en multitud de ocasiones por debajo de los 13 años de edad, de indudable contenido sexual, utilizando para ello dos fuentes de aprovisionamiento: ora la bajada de Internet, vía programa y aplicación eMule (intercambio de ficheros “peer to peer”), ora utilizando igualmente el correo electrónico y mensajería instantánea, “medios éstos a través de los cuales, el acusado se proveía del material pornográfico descrito a la vez que lo compartía con otros usuarios”. Practicada diligencia de entrada y registro, se ocuparon tres discos duros de almacenamiento separado, que arrojaron el siguiente resultado: en el primero, 230 archivos de pornografía infantil, vídeos y fotografía, en donde aparecen menores de edad (en muchos casos, menores de 13 años), sometidos a prácticas sexuales por adultos y en algunos casos, por animales (perros); en el segundo disco duro, aparecen archivos de niñas sometidas a abuso sexual, y en el tercero, 5 imágenes y vídeos de pornografía infantil. También se hace constar que en el primer disco duro, y a través de la carpeta “MUL” el acusado compartía con los demás usuarios de la red P2P 30 archivos de menores de 13 años, desnudos y sometidos a prácticas sexuales.

Por otro lado, del contenido de correo electrónico, se detecta el intercambio mutuo con otros usuarios de material pornográfico conteniendo imágenes, ya en fotografía, ya en vídeo, de menores de 13 años sometidos a abusos sexuales y violencia sexual, que se relacionan en el factum, de manera que recibe y envía multitud de vídeos y fotografías de este género.

Para llegar al elemento subjetivo, el Tribunal sentenciador se ha valido de la multitud de archivos compartidos a través de la red mediante el programa Emule, lo que es indicativo de su conocimiento, al repetir continuamente tales prácticas, además de mantener una ingente cantidad de correos electrónicos en donde se produce la difusión, que en este caso no ofrece duda, dada la falta de automatismo de dicho sistema de comunicación, que requiere seleccionar el destinatario, insertar el archivo correspondiente, y activar el mecanismo difusor, lo que igualmente concurre en este caso al utilizar con tanta frecuencia el sistema de descarga compartida a través del programa utilizado, que prioriza las descargas cuanto más material se comparte –y por consiguiente, se difunde–, lo que se determinó así mediante la prueba pericial que arrojó como resultado tal difusión. A tal efecto, el Pleno

de esta Sala para la Unificación de Doctrina, de fecha 27 de octubre de 2009, ya dejó claro que la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa, lo que aquí se constata en función de los parámetros anteriores.

Por consiguiente, esta censura casacional no puede prosperar».m (F. J. 2º)

PORNOGRAFÍA INFANTIL. Utilización de menores en conducta degradante y vejatoria.

Recurso: Casación nº 644/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 803/2010 de fecha 30/09/2010

«Respecto al contenido de las tres citas videográficas, la sentencia de instancia (fundamento jurídico sexto) analiza sus imágenes y concluye que no pueden sustentar la aplicación del subtipo agravado con argumentos que no pueden asumirse en su totalidad, por cuanto si bien en la cinta DV n. 12 en la que el acusado defeca y al parecer se masturba, mientras discute con Cristina, lo que ciertamente no implica intervención alguna de la menor, en la cinta VHS n. 12, ya la menor vuelca sobre las nalgas del acusado una sustancia marrón, que dado el contexto en que suceden los hechos, aspecto y color de la sustancia y el contenido de otras grabaciones, puede presumirse que se trata de heces humanas, con lo que ello supone de humillante para la menor. Y en relación a la cinta videográfica DV n. 3 en la que aparece grabada una escena en la que el acusado defeca sobre Cristina y extiende sus excrementos sobre el abdomen de la misma; el argumento de la Sala, que admite implícitamente su contenido degradante y vejatorio, pero entiende que una sola grabación en el conjunto total de las escenas grabadas y visto su contenido, esa exclusiva grabación no puede servir para sustentar la aplicación al total de tan agravatoria norma, no resulta asumible porque - como se sostiene en el motivo-, el art. 189.3b no exige que sean varias las grabaciones para que pueda aplicarse el subtipo cualificado, bastando una sola grabación, cuyo contenido sea particularmente degradante o vejatorio, para tal aplicación, de modo que cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del art. 74 CP, no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado.

Consecuentemente el comportamiento que se refleja en las imágenes, además de su componente sexual, el acusado y la menor están desnudos, tumbados en el suelo, y se besan y acarician -supone una situación escatológica que produce sentimientos de asco, repugnancia y es especialmente envilecedor para la menor por la sensación de humillación y sentimiento que produce. En este sentido las sentencias 1239/2000 de 5.7 y 1855/2000 de 4.12, aplicarán la agravación específica del nº 1 del art. 180.1 CP, en casos de agresión sexual, considerando conductas particularmente degradantes y vejatorias para la mujer, el orinar y defecar encima de ella.

El motivo, por lo expuesto, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal debe ser estimado». (f. j. 3º)

PRESCRIPCIÓN. Cómputo de plazos a tenor de la LO 5/2010.

Recurso: Casación nº 1177/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1187/2010 de fecha 27/12/2010

«Tomando ahora como consideración que el plazo dispuesto por el art. 131 del Código penal, que lo es de 5 años, hemos de estudiar el efecto de los actos de interrupción de la prescripción mediante lo ahora nuevamente disciplinado por la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, que lo ha hecho el día 23 de diciembre de 2010. Como es de ver, esta ley modifica el apartado 2 del art. 132 del Código penal confiriendo un modo de interrumpir la prescripción que se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción. Sin embargo, la novedad reside en que, tras la modificación legal citada, se entiende dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. Sobre lo que ha de entenderse por esa “resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación”, al responsable indiciario de la infracción, en un hecho delictuoso, aunque es lo cierto que parece que tal modificación se refiere ahora a la admisión de la querrela o denuncia, en realidad en este apartado del precepto analizado no se dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse resoluciones judiciales diversas, como una intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. que han de interrumpir la prescripción porque el precepto no exige que tal resolución judicial motivada sea dictada al incoar una causa, aspecto procesal necesario en el supuesto de querrelas o denuncias iniciales, sino en una fase posterior, que ha de comprender una previa investigación judicializada mediante tales mecanismos de investigación citados, que requieren una resolución judicial y que se dirigen a investigar un delito concreto, limitando derechos fundamentales o activando mecanismos que han de producir tal efecto de interrupción de la prescripción. Es cierto que –después– el precepto parece partir exclusivamente de tal modo de incoación de una causa mediante los aludidos modos de denuncia o querrela, pero indudablemente la amplitud de la norma ha de significar que los actos previos de investigación judicial deben tener virtualidad interruptora.

Otra de las novedades de tal reforma la constituye la posibilidad de suspensión del plazo, institución desconocida con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona

determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Las posibilidades existentes son que, dentro de ese plazo, el órgano judicial resuelva algo, o no lo haga. Si sucede esto último, la solución legal es que se continúe el cómputo de la prescripción sin que opere de forma alguna tal suspensión por la presentación de la querrela o denuncia, sin mayores complicaciones. En cambio, si el Juzgado de Instrucción resuelve, puede serlo naturalmente en sentido positivo a la admisión o denegatoria de ésta. Y si lo fuera en sentido positivo, “la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia”. No resuelve, sin embargo, el legislador el problema de que dentro del plazo de los seis o los dos meses, el Juzgado de Instrucción rechace la admisión a trámite de la querrela o denuncia y por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoque tal decisión judicial y admita la querrela, desautorizando así el criterio del Instructor. Este es nuestro caso precisamente, si bien la sentencia recurrida no nos aclara la fecha en que se produjo tal inadmisión, ni si se presentó un recurso de reforma frente a tal decisión, y ante la negativa, el recurso de apelación, mediante el cual, la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta, dice la fundamentación jurídica de la recurrida, acordó dirigir el procedimiento el día 10 de mayo de 2006 frente a Adolfo M. B. como presuntamente responsable de un delito medioambiental. Y aquí se encuentra precisamente la dificultad interpretativa, pues claro es que si, dentro de tales seis o dos meses, la Audiencia revocando la decisión anterior del Juzgado, admite la querrela a trámite, es meridiano que “la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia”. Si fuera de esos plazos, y aquí en efecto consta que han transcurrido en exceso, la Audiencia dicta esta resolución judicial motivada, no podemos operar del mismo modo, pues el legislador opta por regular una respuesta jurídica que necesariamente se ha de producir dentro de tales plazos para que el efecto suspensivo de la presentación de la querrela o denuncia tenga virtualidad jurídica. Entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que en ese plazo se decida definitivamente la cuestión, como parece apuntarlo en el caso de inadmisión, en donde ha de recaer resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada, para que se produzca el efecto contrario, esto es, que el término de prescripción continúe desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia como si nada hubiera sucedido. Al incluir el legislador en este último supuesto la mención “firme”, valora la posibilidad de que tal resolución judicial haya sido sometida al criterio de un recurso ulterior, devolutivo o no». (F. J. 3º)

PRESCRIPCIÓN. En delitos conexos.

Recurso: Casación nº 11437/2009
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 912/2010 de fecha 11/10/2010

«En el motivo noveno, formalizado por estricta infracción de ley, por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso reclama la prescripción de algunos delitos por los que ha sido condenado Hamid D., por el transcurso de la paralización del procedimiento por más de tres años, ocasionada precisamente por la fuga del recurrente. Pero ni el delito de homicidio está prescrito, como se admite, y con respecto a los delitos contra la salud pública, los dos delitos de robo violento con armas y el delito de lesiones, por estar castigados con penas de más de tres años, tampoco lo estarían. Y respecto a la tenencia ilícita de armas, con la que se perpetró el ataque a la vida e integridad de las personas, su conexidad delictiva con estos últimos es palmaria, y la doctrina de esta Sala Casacional, deducida entre otras, de la STS 54/2002, de 21 enero, que citando a las de Sentencias de 18 de mayo de 1995 y la 758/1999, de 12 de mayo, afirma que no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 de febrero 2000 o 3 de julio de 2002, 31 de octubre de 2002). Este criterio jurisprudencial es confirmado en la reciente LO 5/2010, que entrará en vigor próximamente, cuyo apartado 5 del art. 131 del Código penal, dispondrá: “En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”. Como se ve es traslación legislativa de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos conexos». (F. J. 6º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. No la enervan las declaraciones prestadas en otro juicio, no sometidas al principio de contradicción en el juicio posterior.

Recurso: Casación nº 10927/2010 P
Ponente: Sr. Varela Castro
Sentencia: nº 1108/2010 de fecha 21/12/2010

«4.- Las manifestaciones de los otros acusados que la Sala de instancia toma en consideración, se produjeron en otro juicio oral, aunque en esta misma causa, en el que el ahora recurrente no tuvo ninguna oportunidad de intervenir, ya que no participó en dicho juicio.

En consecuencia la toma en consideración de tales manifestaciones la efectúa el Tribunal de instancia con ignorancia de la más elemental exigencia

de contradicción, es decir sin seguir el método legalmente impuesto. Este exige que la parte pueda intervenir en la producción del medio probatorio dirigido a enervar la presunción de inocencia. Las manifestaciones de cualesquiera sujetos en otro procedimiento, efectuadas sin someterse al eventual interrogatorio contradictorio del acusado, no puede afectar en medida alguna a la presunción de inocencia de éste». (F. J. 4º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba indiciaria.

Recurso: Casación nº 1421/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 73/2011 de fecha 22/02/2011

«2. Antes de resolver el motivo es conveniente dejar sentada la verdadera doctrina de esta Sala, que el recurrente no refleja con fidelidad, haciendo a su vez notar que el Tribunal Constitucional ha repetido hasta la saciedad la suficiencia de esta clase de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia.

Esta Sala viene exigiendo los siguientes condicionamientos:

"La prueba indiciaria, circunstancial o indirecta es suficiente para justificar la participación en el hecho punible, siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, ha repetido hasta la saciedad. Tales exigencias se pueden concretar en las siguientes:

1) De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aún cuando pueda ser sucinta o escueta, se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2) Desde el punto de vista material es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

Respecto a los indicios es necesario:

a) que estén plenamente acreditados.

b) de naturaleza inequívocamente acusatoria.

c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa.

d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar.

e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuerzen entre sí.

En cuanto a la deducción o inferencia es preciso:

a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia.

b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"». (F.J. 1º)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba por indicios: "mosaico inconexo"

Recurso: Casación nº 2283/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 33/2011 de fecha 26/01/2011

«...ya hemos dicho en otros precedentes –cfr. SSTS 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo- que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes». (F. J. 5º)

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA. Requisitos.

Recurso: Casación nº 1173/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 48/2011 de fecha 02/02/2011

«Establecidas las matizaciones fácticas que impone la estimación del motivo anterior, debemos ahora examinar el último motivo que denuncia infracción de ley por indebida aplicación del tipo penal de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

En primer lugar porque el comportamiento imputado se circunscribe al hecho de intervenir en la actuación inspectora hasta la extensión de actas de conformidad. Como dejamos antes expuesto no se le atribuye que dictase acto administrativo alguno de aprobación de la liquidación que legalmente

corresponde en todo caso a funcionario diverso del que efectúa la inspección reflejada en el acta.

Es más, de existir tal eventual aprobación debería explicarse su compatibilidad con el afloramiento que se dice ocurrido por una inspección en el año 1996.

Pues bien, en relación con el levantamiento de actas ha de advertirse su no adecuación típica a los efectos del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal que exige que el comportamiento se constituya por la resolución de un asunto administrativo.

Así lo hemos recordado en nuestra Sentencia nº 939/2003 de 29 de junio, en la que el delito juzgado se habría constituido por el levantamiento de unas actas de infracción por un inspector de Trabajo que la sentencia de instancia calificó como acto de trámite y no de resolución de asunto administrativo.

Dijimos entonces: Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es «tomar determinación fija y decisiva». Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión.

La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedidas de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el «thema decidendi». Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final.

Es frecuente que se hable de ellas como «actos de trámite», lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que «a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes». Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada».

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal «resolución» del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de «autoridad [es] o funcionario[s] público [s]», que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito -especial propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de «arbitraria», para que pueda considerarse típica, haya sido dictada «a sabiendas de su injusticia». De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 Código Penal, «resolución» es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de nº 38/1998, de 23 de enero, que cita el recurrente, que reserva ese concepto para el «acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados», considerando al respecto que «lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración».

Pues bien, así las cosas, es patente que los actos atribuidos al ahora recurrente no tienen esas características. Pero ello no impide que, en la calidad de actos arbitrarios, ejecutados -como dice la sala de instancia- por «la animosidad que sentía [el acusado Octavio] hacia el Sr. Pedro Jesús», sean totalmente reprobables e indignos de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de derecho; como tampoco significa que deban ser indiferentes para el derecho (por ejemplo, el administrativo sancionador). Pero, con todo, lo cierto es que, por lo razonado, carecen de aptitud para constituir delito de prevaricación». (F. J. 4º)

PRINCIPIOS PROCESALES. “Non bis in idem”.

Recurso: Casación nº 10212/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 862/2010 de fecha 04/10/2010

«“En dicho Acuerdo ya se establecían normas en aplicación del principio "non bis in idem" que se reflejaron en sus artículos 54 y ss. La preclusión para la persecución se condicionaba a que la persona haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante y por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena. Lo que suponía aplicación del denominado principio de "agotamiento del procedimiento”.

Por lo tanto, si los arts. 54 a 58 del referido Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen exigen de forma reiterada para operar con el principio del “non bis in ídem” que en alguno de los procedimientos en trámite haya recaído una sentencia firme, parece claro que en este caso, contrariamente a lo que se alega por la parte recurrente, ese principio no debe aplicarse. Con mayor razón todavía si se repara en que los hechos concretos que se le atribuyen al recurrente Luis Fernando Henao se han perpetrado en España y las pruebas han sido obtenidas por la policía española. Sin desdeñar tampoco el dato de que los imputados se hallan presos preventivos en España desde hace más de cuatro años y que sólo ese recurrente interesa ante esta Sala la inhibición a la jurisdicción italiana, jurisdicción que, según se desprende de las actuaciones, ha suspendido la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal de Roma a la expectativa de lo que se decida por la jurisdicción española con respecto a unos imputados que en aquél país han sido juzgados además en rebeldía». (F. J. 6º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Hechos que exceden la mera precisión del título de imputación.

**Recurso: Casación nº 2276/2010
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 108/2011 de fecha 28/02/2011**

«En este caso no hay según lo expuesto homogeneidad alguna entre de un lado el delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal por posesión de estupefacientes destinados al consumo ajeno, de que se acusaba a la recurrente, y de otro lado el delito por el que la condena de encubrimiento por ocultación del cuerpo y efectos del delito ajeno de tráfico de drogas es decir sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, para impedir su descubrimiento (art. 451.2º del Código Penal); En segundo lugar el hecho en que se apoya (tirar por la ventana cierta cantidad de heroína que pertenecía a otro) no estaba en la acusación formulada contra ella, y su incorporación al relato histórico de la Sentencia no es una mera precisión de la imputada posesión de droga propia, -que no se considera probada- sino un hecho sustancialmente diferente en su propia identidad en cuanto integrador del delito distinto y heterogéneo por el que se condena.

De este modo se vulnera el principio acusatorio y es procedente por ello la estimación del motivo segundo». (F. J. 3º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Tentativa de asesinato y lesiones con deformidad. Homogeneidad. No se vulnera.

**Recurso: Casación nº 11518/2009 P
Ponente: Sr. García Pérez
Sentencia: nº 793/2010 de fecha 15/09/2010**

«3. Las pretensiones punitivas comprenden también el componente consistente en la calificación jurídica; por lo que la congruencia del fallo exige la homogeneidad de los delitos y que no sea mayor la sanción; esto último llevado a su más extrema consecuencia a partir del Pleno no jurisdiccional celebrado el 27/11/2007.

Ahora bien, respecto a la homogeneidad, la doctrina jurisprudencial -sentencias de 2/7/1999 y 22/1^o1/2006- ha sentado que tentativa de asesinato y lesiones con resultado de deformidad, arts. 139.1 y 150 CP, se encuentran en una misma línea de homogeneidad y no determina el cambio de calificación una incongruencia intolerable, siempre que los hechos sean en todas sus dimensiones -salvo en el mero aspecto del animus-substancialmente idéntico.

Así ocurre en el presente caso, sin rastros de la proscrita indefensión; pues idéntica es la parte objetiva de la acción y del resultado, dentro de la misma línea de tutela de los delitos contra las personas situadas las lesiones con deformidad en un escalón inmediatamente inferior al del asesinato intentado, mediando la alevosía, como circunstancia constitutiva o como agravante.

El motivo del Ministerio Fiscal ha de ser estimado, declarando haber lugar al mismo para dictar otra sentencia más ajustada a Derecho». (F. J. M. FISCAL)

PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración por no concurrir homogeneidad entre amenazas y realización arbitraria del propio derecho.

Recurso: Casación nº 86/2011

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 846/2011 de fecha 15/07/2011

«Es cierto que tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 144/2011, de 7 de marzo, que el requisito de la homogeneidad no ha de contemplarse desde una perspectiva meramente formal, nominal o retórica, interpretándolo con tal automatismo que la mera modificación del título de imputación por otro no comprendido en el mismo capítulo del texto legal ya determine necesariamente la vulneración del principio acusatorio. Los criterios de interpretación han de ser mucho más sustanciales y relevantes, descartando por tanto una visión meramente formal o superficial de la cuestión. Debe atenderse, consiguientemente, a que la sustitución del precepto en sentencia genere una real y efectiva indefensión en el acusado por no poder alegar a su debido tiempo argumentos jurídicos susceptibles de desvirtuar la subsunción jurídica que realiza el Tribunal. Se añade en esa Sentencia, que es importante la doctrina que establece la sentencia del Tribunal Constitucional 73/2007, de 16 de abril, en la que se afirma que “la sujeción de la condena a la acusación no es tan estricta como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existe infracción constitucional cuando el

Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 71/2005, de 4 de abril; 266/2006, de 11 de septiembre). A ello responden los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, esto es, a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilita per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/1997, de 15 de diciembre). Y por eso hemos afirmado que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse en un debate contradictorio con la acusación (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre; 278/2000, de 27 de diciembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 189/2003, de 27 de octubre; 145/2005, de 6 de junio; 262/2006, de 11 de septiembre)”.

Y si bien es cierto que pudieran afirmarse una cierta homogeneidad en las figuras delictivas de amenazas y extorsión, delitos por los que se acusó, con relación al delito de realización arbitraria del propio derecho, sin embargo no puede decirse lo mismo respecto a la necesaria identidad de los elementos fácticos de la acusación y los que caracterizan esta última figura delictiva, ni sostener que esos elementos que caracterizan la realización arbitraria del propio derecho hubieran podido ser debatidos plenamente por la defensa, como se razona por el Tribunal de instancia.

Así las cosas, en cuanto no puede descartarse algún tipo de indefensión, deberá prevalecer, como se ha estimado en la sentencia recurrida, el principio acusatorio, lo que excluye la aplicación del delito de realización arbitraria del propio derecho». (F. J. 4º)

PRINCIPIOS PROCESALES. Publicidad del juicio oral. Grabación de la vista.

Recurso: Casación nº 10545/2010 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1131/2010 de fecha 01/12/2010

«...la doctrina jurisprudencial ha precisado que no es necesaria la grabación de las vistas, ni se requiere su visualización por el Tribunal de Casación. Así, la STS 616/2007, de 15 de junio, señala: "En cuanto a la inexistencia de grabaciones del juicio oral y la negativa a su suspensión estimamos que no afectan a la validez de las pruebas indiciarias que constituyen la base de la condena que ahora se recurre.

La reproducción gráfica de las sesiones del juicio oral no supone un requisito que afecte a formalidades esenciales del juicio que lleven aparejada la nulidad de actuaciones. En primer lugar bastaría con recordar que un juicio no grabado cuya resolución no fuese recurrida, no afectaría para nada a la validez de su celebración a la regularidad de los trámites procesales.

Con carácter general el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe considerarse como precursora y complementaria, establece que se pueden documentar las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido. Se hace un especial hincapié en las sesiones de las vistas orales pero se advierte que, en todo caso, quedan bajo la fe del Secretario Judicial a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos de grabación, lo que implica la posibilidad de la simple grabación oral.

Mas adelante, en el artículo 187 del mismo texto legal, se dispone que las vistas se recogerán en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido y si no fuera posible solo el sonido. Ahora bien, ello no es obstáculo para unir a las actuaciones, la transcripción literal escrita de lo que se hubiera grabado en los aparatos de sonido.

Conviene recordar que si los medios de registro no se pudieran utilizar por cualquier causa, incluyendo además de su inexistencia su defectuosa técnica o deficiencias notables, la vista se documentará por medio del acta realizada por el Secretario Judicial.

No por ello se descarta la absoluta supremacía de la fe pública judicial que corresponde al Secretario Judicial así como la de expedir copias, certificados y testimonios de las actuaciones (artículos 145 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Todo ello sin perjuicio de incorporar a los trámites de la oficina judicial las nuevas tecnologías de la comunicación en cuanto a escritos y notificaciones (art 135.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La grabación íntegra de las vistas no significa que necesariamente deben ser visualizadas y oídas por el Tribunal al que se recurre. Su visualización y escucha supone, en principio, para los recursos extraordinarios como el de casación una innecesaria actividad que dilata injustificadamente el tiempo hábil para dictar resoluciones. Incumbe a las partes indicar, como se hace en la actualidad, cuáles son aquellos pasajes probatorios que tienen interés para la defensa de sus posiciones sin que se pueda hacer una remisión genérica a todo el contenido de la grabación. Es obvio que siempre contienen aspectos que nada tienen que ver con los motivos esgrimidos. Esto sucede cuando lo que se discute es simplemente la calificación jurídica de los hechos, es decir, el error de derecho en la aplicación de las normas penales sustantivas.

Las referencias que se hacen en la Ley de Enjuiciamiento Civil se extienden, con carácter general, a todas clase de jurisdicciones en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contempla, como potestativa, la

utilización de medios técnicos de grabación o reproducción pero recuerda contundentemente que los Secretarios Judiciales conservan la exclusividad y plenitud del ejercicio de la fe pública. En los casos de utilizar las nuevas tecnologías solo ellos podrán garantizar la autenticidad e integridad de la reproducción o de lo grabado".

En cuanto a las restantes objeciones del recurrente tampoco pueden prosperar.

La falta de identificación de la víctima con DNI o pasaporte no es necesaria, ni imprescindible para acreditar su identidad, y en la presente causa el recurrente nada manifestó en la instancia sobre esta cuestión, especialmente cuando declaró en el plenario la denunciante.

Por lo que se refiere a la publicación en la prensa local del contenido de las sesiones del juicio oral, amén de no estar acreditada por prueba objetiva alguna, no afectaría en modo alguno a la valoración de las declaraciones de la víctima prestadas con posterioridad, no supone infracción alguna de las normas procesales que exigen la incomunicación de los testigos al tratarse de sesiones del juicio oral celebrado en fechas diferentes, y el recurrente nada adujo en la instancia sobre quebranto de las normas de incomunicación de testigos.

El defensor firmó el Acta del J.O. de conformidad».(F. J. 6º)

PRISIÓN PROVISIONAL. Doble cómputo. Acumulación de condena.

Recurso: Casación nº 10895/2010 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 759/2011 de fecha 30/06/2011

«Analizado el contenido de las actuaciones se constata que tanto el período de 14 días prisión provisional al que fue sometido el hoy recurrente en la causa enjuiciada por el Tribunal de instancia como los 647 días, 909 días y 1.583 días por los que estuvo sujeto a prisión preventiva en otros tres procesos penales le fueron abonados de los 56 años de prisión que habría de cumplir según liquidación de condena efectuada por el Juzgado de lo Penal nº 11 de Sevilla en fecha 30 de abril de 2002 aprobada mediante auto de dicho Juzgado de 22 de mayo de 2002, derivada de la acumulación de condenas efectuada por el mismo por auto de fecha 15 de febrero de 2001 rectificada por sentencia de esta Sala con referencia 1898/2001.

Una vez dicho lo anterior, un primer impedimento para la viabilidad de la petición efectuada derivaría de la falta de competencia del Tribunal de instancia para decidir sobre la misma ya que la misma se limitaría a resolver sobre el período de prisión preventiva al que estuvo sometido en el procedimiento ordinario 42/1987, ante la misma enjuiciado, que abarca desde el 26 de abril de 1987 al 9 de abril de 1989. En cualquier caso, con relación a la incidencia de dicha sentencia en el tiempo de cumplimiento efectivo de las

penas privativas de libertad impuestas al hoy recurrente en los períodos de prisión preventiva que se indican por la parte recurrente, la inviabilidad de la cuestión planteada deriva, por una parte, de que, como se afirma en el razonamiento jurídico primero del auto recurrido, en el presente caso no nos encontramos ante una coincidencia temporal entre el cumplimiento de penas de prisión y una situación procesal de prisión preventiva del hoy recurrente, afirmación sobre la que ninguna argumentación en contrario se alega por la parte recurrente que fundamente su pretensión. Partiendo de dicha premisa, se constata, como señala el Tribunal de instancia, "que el período de prisión provisional acordado en la causa seguida ante la Audiencia ha sido computado en el auto que aprueba la liquidación de condena, con la oportuna deducción temporal", al igual que ocurre con los demás períodos de prisión preventiva que menciona la parte recurrente, como acredita la liquidación de condena realizada por el Secretario del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla en fecha 30/04/2002, aprobada mediante auto de 22/05/2002.

Por tanto, habida cuenta de la falta de constancia en el presente caso de la coincidencia temporal que constituye el presupuesto de la doctrina del Tribunal Constitucional y computado ya el tiempo de los períodos de prisión provisional en las penas resultantes de la liquidación efectuada, de las que se ha restado el tiempo de la duración de aquéllas, no cabe repetir el cómputo volviendo a deducir el mismo tiempo de prisión provisional de una segunda pena de prisión.

Finalmente procede recordar en lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de acumulación de penas que como afirmamos recientemente en nuestra sentencia 207/2011, la cuestión ha de ser abordada desde la perspectiva del criterio establecido en la STS 197/2006 conforme al cual una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica, por lo que las diferentes penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho de tal modo que la forma de cumplimiento de la condena total se iniciará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, dándose comienzo al comienzo del cumplimiento de la siguientes una vez extinguida la primera y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973 o 76 del Código Penal vigente y produciéndose la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante llegados a dicho estadio. Por tanto, el cómputo de los períodos transcurridos en prisión preventiva se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 del Código Penal». (F. J. 3º)

PRUEBA. Declaración de testigo menor de edad.

Recurso: Casación nº 941/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1036/2010 de fecha 10/11/2010

«2. Las declaraciones testificales de los menores de edad, especialmente cuando se trata de testigos de edades inferiores a los diez años, suscita en la práctica procesal complejos problemas debido a la dificultad que se presenta a la hora de compatibilizar los intereses del menor con los derechos procesales del acusado. Ambos factores han de ponerse a su vez en relación con el interés público y social que late detrás de todo proceso penal, en el que se aplican normas sustantivas que tutelan bienes jurídicos que el legislador sitúa en un plano superior o prioritario, amparándolos con el sistema punitivo con el fin de disuadir al ciudadano de la ejecución de conductas que pudieran menoscabarlos o violentarlos.

En cuanto a los intereses de un menor, debe sopesarse el riesgo que para su formación y el desarrollo de su personalidad supone declarar en un proceso penal rememorando situaciones traumáticas que sufrió en el pasado, con ocasión de ser víctima de una conducta delictiva que menoscaba bienes de carácter personal. Por ello, se tiende siempre a evitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria que todo proceso conlleva, procurando que los perjuicios que las incidencias procesales pudieran irrogar en el equilibrio mental y emocional del menor sean los mínimos posibles. Todo ello buscando siempre que al daño moral que ha sufrido con motivo de la acción delictiva no se le sume una estigmatización todavía mayor derivada de su intervención como testigo de cargo.

Precisamente con el fin de proteger los intereses personales del menor y de paliar los efectos secundarios que su intervención en el proceso pudiera generarle, el legislador ha ido implantando una serie de medidas procesales encauzadas todas ellas a amortiguar los perjuicios que para el testigo pudieran derivarse de las formas rigurosas del proceso, de las tensiones que entraña y de la propia escenificación que comporta la celebración de un juicio penal.

Y así, según el último párrafo del art. 448 de la LECr., cuando el testigo sea menor de edad, el juez, en atención a la naturaleza del delito y circunstancias del testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En el art. 445 de la LECr. se prohíben los careos con testigos menores de edad, salvo que sean imprescindibles y no lesivos para los intereses del menor. Y lo mismo se reitera para la fase del plenario en los arts. 707 y 713 del mismo texto legal.

El art. 325 de la LECr. prevé que cuando la comparecencia de cualquier persona en un proceso penal pueda ser gravosa o perjudicial, esta pueda efectuarse a través de videoconferencia u otro sistema similar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 229.3º LOPJ.

El párrafo tercero del art. 433 de la LECr., redactado con arreglo a la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, dispone que "...La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba...".

En el art. 229 de la LOPJ, según la redacción acogida por la L.O. 19/2003, de 24 de diciembre, se dispone en su párrafo 3º lo siguiente: "Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal".

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad (art. 15.3). Y el mismo texto añade que el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal (art. 15.5).

Ahora bien, las peculiaridades y especialidades del testimonio de un menor deben compatibilizarse en todo caso con los derechos procesales que todo imputado tiene en un proceso penal. De modo que ha de evitarse que resulten cercenados sus derechos fundamentales a la defensa, a un juicio con todas las garantías y, por supuesto, a la presunción de inocencia. Ello quiere decir que el acusado debe, en principio, tener la posibilidad procesal de escuchar, percibir y contradecir el testimonio que lo inculpa, que deberá por tanto practicarse como norma general con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Tales exigencias pueden verse atemperadas o aligeradas con el fin de salvaguardar los intereses del menor, acudiendo generalmente para ello a distintos medios técnicos, como pueden ser la videoconferencia o a la grabación de la exploración del menor en fases previas al juicio oral, pero desde luego lo que no cabe es la supresión de toda cumplimentación de las

garantías probatorias que las normas constitucionales y legales reconocen al acusado.

En este sentido, conviene subrayar que los testimonios de los menores de corta edad presentan unas connotaciones muy especiales, que obedecen fundamentalmente a diferentes factores. Así, los expertos y los estudiosos de esa clase de testimonios señalan que el recuerdo libre de un niño suele ser muy pobre. El menor tiende a recordar los aspectos más llamativos del hecho que presencia, lo que no quiere decir que sean los más relevantes o destacados de la escena que perciben. Los niños son propensos también a dar respuestas positivas cuando son interrogados por adultos o por personas que aparecen revestidas de cierta autoridad, debido a que por su escasa edad son más sugestionables, especialmente a una edad de cuatro o cinco años. Resulta, pues, muy fácil para un adulto inducir las respuestas de un menor dada la tendencia de los niños a complacer con sus contestaciones a la persona adulta que los interroga.

Estas connotaciones que suelen caracterizar el testimonio de los menores aconsejan que en la práctica procesal se opere con criterios restrictivos a la hora de admitir los testimonios de referencia, generalmente de personas próximas al menor, que han escuchado su versión y que comparecen después a narrarla y explicarla en la vista oral del juicio, sin que su declaración de referencia pueda ser contrastada con la del propio infante debido a la incomparecencia de éste. De modo que a los recelos y reticencias con que acostumbra a ser contemplado y admitido el testimonio de referencia en todo proceso penal, se le suman ahora los obstáculos derivados de que el testimonio referido o narrado es el de un menor de edad». (F. J. 4º)

PRUEBA. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 11279/2009

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 1005/2010 de fecha 11/11/2010

«1. También constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984, 81/1998, 69/2001, 28/2002, y 66/2009). Y así ha venido a corroborarlo en su momento la dicción normativa del art. 11.1 LOPJ.

Dicha prohibición afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones. Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo; 184/2003, de 23 de octubre; y 165/2005, de 20 de junio).

La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas (SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 171/1999, 136/2000, 28/2002, 167/2002, 261/2005, y 66/2009).

La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad) (SSTC 22/2003 y 66/2009).

A su vez, para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad se estableció en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y

efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005, FJ 7; y 66/2009, FJ 4).

El TC ha matizado también que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios, limitándose el control del TC a la comprobación de la razonabilidad del mismo (81/1998, 259/2005 y 66/2009)». (F.J. 1º)

PRUEBA. Intervenciones corporales: intimidad.

Recurso: Casación nº 1178/2010

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1133/2010 de fecha 21/12/2010

«2.- Como recuerda la sentencia de esta Sala 13-4-2009, nº 277/2009, dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son sólo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica y a las que es preciso dar respuesta individualizada.

(...)

Dicho en palabras de la misma jurisprudencia constitucional, debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que (...) exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, F. 5). El art. 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales".

De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida" (STC 206/2007, 24 de septiembre).

Es doctrina de esta Sala -señala la STS 92/2004, 30 de enero- que la diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es el art. 19.2 de la LO 1/1992 de 21 de febrero , que autoriza su realización por la policía judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos. Será necesario, además, que esté racionalmente justificado, y se mantenga en los límites de la proporcionalidad.

El derecho a la integridad física no está afectado tampoco por la mínima intervención corporal que el cacheo supone y el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a la persona haciéndolo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes. (cfr. en este sentido SSTS 1066/23 de diciembre, 1378/1999, 6 de octubre y 3139/1998, 31 de marzo)». (F. J. 4º)

PRUEBA. Lectura de declaración sumarial prestada por el imputado: art. 714 LECrim.

Recurso: Casación nº 2235/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 843/2011 de fecha 29/07/2011

«Se refiere a la posibilidad de que se tomen en consideración las declaraciones prestadas en fase de instrucción sobre cuya cuestión conviene recordar la doctrina de esta Sala expresada, entre otras, en STS 1030/2009 de 22 de octubre (citada oportunamente por el Fiscal en su informe), en la que advertíamos que cuando el imputado declara en el juicio oral en forma distinta a como lo hizo ante el juez de instrucción, la jurisprudencia, en una interpretación amplia de la norma, ha aceptado que aquellas declaraciones prestadas ante la autoridad judicial, de forma inobjetable, pueden ser incorporadas al juicio oral por la vía del artículo 714 de la L.E.Cr. (STS. nº 830/2006 y 25/2008, entre otras). Asimismo, con carácter general, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que tal incorporación debe realizarse mediante su lectura, que es la forma prevista en la ley y que, por lo tanto, debe ser considerada la ordinaria. Sin embargo, evitando la exigencia de formalismos prescindibles, también ha aceptado que la incorporación al plenario tenga lugar mediante el interrogatorio a través de las preguntas que se efectúen al declarante, dándole de esta forma la oportunidad de aportar las explicaciones pertinentes acerca de lo dicho o de las contradicciones que se aprecien entre las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción y las prestadas en el plenario. Por el contrario, no ha considerado válido practicar la prueba mediante el recurso a dar por reproducida la declaración como prueba documental (STS nº 94/2001, por todas).

Cuando el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario, habiendo declarado en instrucción ante el juez, el Tribunal Constitucional, aunque no ha negado la posibilidad de valorar esas declaraciones sumariales como prueba de cargo si se incorporan

adecuadamente al plenario en condiciones de que la defensa las someta a contradicción, ha entendido que no se trata de un supuesto de auténtica retractación (artículo 714 L.E.Cr.) o de imposibilidad de practicar la declaración (art. 730 L.E.Cr.). Y ciertamente es claro que no se trata de un supuesto cobijable en el art. 730, pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con imposibilidad de practicar la declaración. También lo es que, en estos casos, el declarante no ratifica ni rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio (art. 714 L.E.Cr.). Pero la L.E.Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, por lo que una interpretación literal de esos preceptos impediría la práctica de la prueba en el juicio oral a través de la lectura de las declaraciones. La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, ha entendido hasta ahora que también en esos casos es posible acudir a la aplicación del art. 714 de la L.E.Cr. dando lectura a las declaraciones prestadas ante el juez y dando al acusado la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo entonces declarado (S.T.C. 284/2006 de 9 de octubre; y SS.T.S. 830/2006 de 21 de julio; 1276/2006 de 20 de diciembre; 203/2007 de 13 de marzo; 3/2008 de 11 de enero; 25/2008 de 29 de enero; 642/2008 de 28 de octubre y 30/2009 de 20 de enero, entre otras). Hemos de hacer la precisión de que su negativa a declarar no alcanzó a las preguntas que le formuló su propia defensa.

Es evidente que la decisión del imputado acogiéndose al derecho a no declarar constituye una manifestación de su derecho de defensa, y que no es una posición irreversible, de manera que, oída la lectura de la declaración sumarial puede decidir responder a alguna pregunta e, incluso, puede hacer las aclaraciones que considere pertinentes a través del ejercicio del derecho a hacer uso de la última palabra, como una manifestación del derecho de defensa ejercido personalmente.

3. De otro lado, la declaración del imputado o coimputado, aunque solamente es posible hacer uso de su contenido documentado al no prestarse ante el Tribunal del enjuiciamiento, no es una prueba documental, sino una prueba personal, aunque su acceso al proceso en las manifestaciones de contenido inculpatario tenga lugar sin intermediación. Es por ello que el momento adecuado para su lectura es el del interrogatorio de quien declaró en la instrucción y no el de la prueba documental, pues en todo caso debe permitirse al declarante la aclaración de lo ya manifestado, aunque decida no hacer uso de ese derecho en todo o en parte.

La Sala entiende que la forma de practicar la prueba en el caso permite la valoración de su contenido como prueba de cargo. La razón de que sea necesario proceder a la lectura de la declaración prestada ante el juez en fase de instrucción, cuando no es ratificada en el juicio oral y su contenido puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo contra el propio declarante o contra un coimputado, se encuentra fundamentalmente en la puesta de manifiesto al declarante, en condiciones aptas para la contradicción, de lo que ya había manifestado con anterioridad ante el juez, con la finalidad de permitirle las aclaraciones o precisiones necesarias, o de guardar silencio si no considera pertinente hacer alguna, y así facilitar al tribunal la valoración de una declaración auto o heteroinculpatoria cuya práctica no ha presenciado.

En consecuencia, la lectura de las declaraciones judiciales de los coimputados evacuadas en instrucción, en las que estuvieron presentes no sólo el letrado propio sino el de la parte contraria, constituyen prueba de cargo suficiente.

El motivo debe decaer». (F. J. 4º)

PRUEBA. Pericial psicológica: valor de las manifestaciones sobre “la veracidad” del testimonio.

Recurso: Casación nº 2068/2010

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 238/2011 de fecha 21/03/2011

«2.- Lo expuesto no impide la desestimación del motivo, por otras razones que atañen a la falta de pertinencia y de necesidad de lo propuesto:

A) Por lo que respecta al denominado "perfil" psicológico del maltratador, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que no hay un perfil sino varios. Pero es que en todo caso semejante diagnóstico, obviamente encaminado a la determinación de la propensión al delito de maltrato, es decir de un grado de peligrosidad, podrá ser útil a la Administración Pública que ha de prestar servicios de prevención del maltrato familiar, de protección de víctimas y en su caso de reeducación de quien tenga ese perfil. Pero es improcedente, e incluso inconveniente, en el ámbito de un proceso penal. No estamos en un Derecho Penal de autor, sino de responsabilidad por el hecho. Es maltratador quien de hecho maltrata, y esto sólo puede afirmarse de quien se prueba, en juicio y con todas las garantías, que realizó esa acción típica, tenga o no tenga perfil psicológico de maltratador. Así que introducir en un proceso penal ese dato solo es pertinente si como diagnóstico psicológico afecta a la imputabilidad -lo que obviamente no sucede- pero en absoluto procede como un elemento auxiliador de la valoración de las pruebas. La presunción de inocencia rige para todos incluso para los que ofrezcan ese perfil o cualquier otro perfil criminal; y para una razonable valoración de las pruebas de cargo, lícitas y válidas, que desvirtúe la presunción de inocencia no se precisa de la averiguación del perfil psicológico del acusado denotativo de su inclinación a la comisión del tipo penal que se le imputa. Más bien el hacerlo introduce un inconveniente factor de prejuicio incompatible con una objetiva valoración razonable de las pruebas y con el correcto entendimiento de la presunción de inocencia y de la responsabilidad penal por el hecho. Y por las mismas razones, pero en sentido contrario, es claro que carecer de tal perfil psicológico no es incompatible con la posibilidad de ejecución del maltrato, ni puede servir para apoyar una valoración probatoria favorable al acusado, que ya dispone para ello de la presunción de su inocencia y del principio in dubio pro reo, sin necesidad de acreditar que tiene perfiles psicológicos socialmente aceptables.

Se trata de una prueba impertinente y correctamente inadmitida.

B) Por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la "veracidad" de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia.

En este sentido la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2010 señaló que los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los Jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte esencialísima de su función juzgadora. Pero es claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia. En este caso las pericias psicológicas ya practicadas no señalaron que las declarantes presentasen cuadro alguno de tendencia a la fabulación, por lo que si al recurrente le hubiese interesado probar esa patológica inclinación a la mentira debió proponer una pericia sobre esa supuesta singularidad de las testigos, y no, como hizo, proponer una pericia sobre la veracidad de lo declarado, que es competencia del Tribunal. La prueba por tanto fué correctamente inadmitida». (F. J. 1º.2)

PRUEBA. Pericial psicológica sobre un testimonio.

Recurso: Casación nº 2791/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 867/2010 de fecha 21/10/2010

«Respecto a la prueba pericial de las psicólogas que entrevistaron a la menor y expresaron su convicción en relación a su credibilidad, como hemos dicho en SSTs. 721/2010 de 15.7 y 969/2009 de 21.10, 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. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de la víctima establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, 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. Por tanto la prueba pericial psicológica aplicada a verificar el grado de fiabilidad de la declaración de una menor, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de una menor, víctima de un delito de naturaleza sexual (SSTS. 715/2003 de 16.5, 224/2005 de 24.2, 1313/2005 de 9.11, 1031/2006 de 31.11).

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 si 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. 14.2.2002), pero a “sensu contrario” si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas (SSTS. 1308/2005 de 30.11, 949/2005 de 20.7), como ha acontecido en el supuesto de autos.

Consecuentemente ha existido prueba de cargo lícita, practicada en el juicio oral y suficiente para alcanzar un pronunciamiento condenatorio. La valoración que de la misma lleva a cabo el Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación no debe esta Sala sustituirla por otra valoración alternativa de los elementos de prueba disponibles (STS. 580/2006 de 23.5)». (F. J. 1º)

PRUEBA. Proposición no extemporánea de pericial.

Recurso: Casación nº 2068/2010

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 238/2011 de fecha 21/03/2011

«1.- Aunque el motivo no es estimable por lo que después se dirá, no puede esta Sala compartir el criterio del Ministerio Fiscal cuando en su oposición al recurso argumenta que el recurrente mostró conformidad con el Auto de conclusión del sumario, salvo para interesar la declaración del médico de cabecera firmante del informe obrante al folio 105 de la causa, sin hacer referencia alguna a la necesidad de realizar también una prueba pericial psicológica. De donde deduce que su proposición en el escrito de conclusiones provisionales, pudiendo haberlo hecho antes, era extemporánea.

Por el contrario hemos dicho en Sentencias de 11 de febrero de 2010, y 2 de diciembre de 2008 que la posibilidad de solicitar la pericia durante la fase de instrucción no es razón de inadmisión aceptable: la prueba se propone donde y cuando, como prueba, se puede proponer, es decir en el escrito de conclusiones provisionales en el proceso ordinario (art. 656 de la LECriminal); y en el escrito de defensa o en el acto del Juicio Oral en el Procedimiento Abreviado (art. 784.1 de la LECriminal). La tesis de que podría haberse solicitado durante la fase sumarial no es admisible. En efecto ya dijo esta Sala en Sentencia de 20 de noviembre de 2000, cuya doctrina reiteran las antes citadas, que la preclusión que resulta de la finalización por resolución firme de unas diligencias sumariales atañe a la actividad sumarial misma, es decir a la práctica de diligencias de esa naturaleza que no pueden confundirse con la actividad probatoria propiamente dicha a desarrollar en el Juicio Oral, y cuya proposición tiene lugar, concluida la fase sumarial, en las conclusiones provisionales, dando lugar a un pronunciamiento de admisión, favorable o no, que depende de la relación existente entre el objeto del proceso y las pruebas propuestas por la parte.

Ha de añadirse ahora que el extendido hábito de concentrar en la fase sumarial lo que en correcta aplicación de la ley habría de ser la actividad probatoria de un juicio oral público y contradictorio, obedece a la patológica hipertrofia del sumario que reduce el juicio oral, (que es donde se juzga) a mero colofón destinado a dar por reproducido, o a ratificar o a repetir las diligencias de aquél. El acusado lo es en el escrito acusatorio de las conclusiones provisionales, siendo entonces cuando el objeto del proceso se delimita permitiendo determinar la actividad probatoria pertinente y necesaria. Será entonces cuando el acusado podrá decidir la proposición de pruebas de que intente valerse. Si la que propone es pertinente y necesaria no es razón para inadmitirla el que lo mismo no se interesara, antes de la acusación, como diligencia sumarial.

Extemporaneidad habría si se hubiese pretendido continuar la instrucción. Pero es obvio que el recurrente en su escrito de calificación provisional no propuso eso ni interesó diligencias de tal naturaleza, sino que propuso una prueba para practicarla en el Juicio Oral, y lo hizo en el tiempo y en la forma que la Ley previene para ello, porque ninguna norma exige que las pruebas del Juicio Oral hayan de tener algún antecedente en las diligencias practicadas en fase de instrucción». (F. J. 1º.1)

PRUEBA. Prueba ilícita: conexión de antijuricidad.

Recurso: Casación nº 1875/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 286/2011 de fecha 15/04/2011

«La excepcionalidad de la desconexión ante una confesión debe exigir que la declaración del acusado pueda en realidad calificarse de tal verdadera confesión. Y no ocurre eso cuando el acusado admite un dato de

hecho pero con simultánea protesta de la negación de otros elementos de dicho tipo penal. Porque entonces no cabe decir que su decisión de declarar con tales contenidos constituya el fruto de esa voluntaria admisión, suficientemente informada de su responsabilidad penal, que es lo que constituye el verdadero fundamento de la desconexión, más allá de la mera admisión del dato histórico sobre el que se le emplaza a declarar. Muy al contrario esa declaración no va más allá del puro ejercicio de un derecho de defensa respecto de un dato de hecho que se le imputa y que es el ilícitamente obtenido por quien dirige la imputación. No se trata en tal hipótesis más que de una actitud claudicante, que lo único que procura es desvanecer el efecto de un dato, que se le presenta como ya adquirido por otras fuentes y ya inútilmente cuestionable.

En tal caso la exigencia de protección del derecho al secreto de las comunicaciones no puede compatibilizarse con una voluntad de autoinculpación que ni siquiera existe. Excluida de la realidad jurídica, preexistente a su admisión por el acusado, el dato histórico -posesión de la droga-, requerir al acusado para que lo corrobore implica un ilícito aprovechamiento de lo sabido con infracción de derechos fundamentales sin que esta antijuricidad de origen se desconecte de lo que no es más que su aprovechamiento.

Por ello hemos venido perfilando en reiteradas sentencias las condiciones para que la desconexión de antijuricidad permita la utilización de la declaración del acusado cuando versa sobre datos conocidos antes con infracción de derechos fundamentales. De tal doctrina da cuenta la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2011. En la misma esbozamos ya un catálogo de requisitos para, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, poder determinar si cabe o no la desconexión jurídica de lo ilícitamente sabido y lo declarado en confesión por el acusado:

Por consiguiente, podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la "desconexión de antijuricidad":

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse o, en el caso de ser sumarial, ratificarse en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre por supuesto, completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.

Ratificábamos así lo ya dicho en la Sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 2005, cuando decíamos: En este sentido, la aplicación de la excepcionalidad de una doctrina como la de la referida «desconexión de antijuridicidad », sobre una situación de reconocimiento tan sólo parcial de los confesantes, respecto de los hechos objeto de acusación, deviene en exceso forzada para, esencialmente sobre ella, alcanzar una condena con olvido de la evidente vulneración previa del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria."

Por ello estimamos el primero de los motivos de este recurrente». (F. J. 1º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Escuchas telefónicas nulas. Conexión de antijuridicidad respecto a la intervención y declaración de los agentes.

**Recurso: Casación nº 1437/2010
Ponente: Sr. Sánchez Melgar
Sentencia: nº 320/2011 de fecha 22/04/2011**

«La conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado.

Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 –inciso segundo– de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal modo que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Ahora bien, tal efecto: directo e indirecto, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser valoradas –si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal– aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las

propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el "discovery inevitable" o la flagrancia delictiva, como supuestos de desconexión.

En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de inferencia (en realidad, no propiamente de experiencia, sin perjuicio de los casos en que así pueda establecerse) acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.

Y en suma, el mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige.

Pero todo ello, teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

A su vez, y de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica. La primera perspectiva –la natural– supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en

el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente.

De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad». (F. J. 3º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Hallazgo inevitable.

Recurso: Casación nº 1622/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 53/2011 de fecha 10/02/2011

«Al amparo de esta construcción constitucional se han incorporado dos tipos de excepciones: la de confesión voluntaria del acusado y la del descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente. La primera no afectaría al recurrente quien en ningún momento durante la instrucción o en el juicio oral, realizó declaración autoincriminatoria reconociendo haber remitido en el paquete una bolsa con anfetaminas. La segunda se aplicó por primera vez en la STC. 81/98 al estimarse que el delito obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato “neutro”, pues no fue indispensable un determinante por sí solo de la ocupación de la droga en poder del acusado. Dicha excepción se aplicó también en las SSTC. 171/99 y 238/99. Esta construcción produce, defecto, según la doctrina, sin reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del “inevitable discovery”, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aún cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar, esto es, la inevitabilidad del descubrimiento por medios lícitos. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de “probabilidad”, ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad e la regla de exclusión. Dicha excepción parece inspirarse en la doctrina alemana de los “cursos de investigación hipotéticos según la cual la utilización del material probatorio obtenido ilícitamente

debería aceptarse en los supuestos en que el mismo pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas”.

En definitiva se ha mantenido la posible independencia y validez de la diligencia de entrada y registro de las evidencias obtenidas en ella –en el caso presente sería la apertura del paquete- respecto de las intervenciones telefónicas ilícitas, si la misma se pudiera haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haberse conocido por éste la circunstancia de la lesividad de su derecho fundamental (STC. 22/2003 de 10.2, FJ. 10 y 11, contenida en el FJ. 10 de la STC. 49/99 de 5.4, 171/99 de 27.9), o examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal para condenar (STC. 87/2001 de 2.4)». (F. J. 4º)

PRUEBA. Prueba ilícita. Requisitos de la confesión para sanar la invalidez de unas intervenciones telefónicas previas.

Recurso: Casación nº 1988/2010

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 91/2011 de fecha 18/02/2011

«...podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la “desconexión de antijuridicidad”:

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse, o en el caso de ser sumarial ratificarse, en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre por supuesto, completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable. (F. J. 3º)

(...)

Por lo tanto hemos de convenir, concluyendo ya, en que, siguiendo la misma línea de razonamiento de la propia doctrina constitucional, la desvinculación absoluta de la confesión respecto de la anterior infracción del derecho fundamental ha de producirse también de forma categórica e incuestionable, sin duda alguna, con la plena constancia de que el propio interesado es consciente de los efectos de su declaración, pues eso supone la exclusión de todo vínculo jurídico pernicioso con la diligencia declarada nula y sólo así puede considerarse producida la referida desconexión». (F. J. 4º)

PRUEBA. Testifical del menor de edad.

Recurso: Casación nº 1888/2010

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 505/2011 de fecha 03/05/2011

«Tratándose de niños que figuran como víctimas, la Jurisprudencia ha admitido excepcionalmente que los testimonios de referencia, aludidos en el art. 710 LECr., puedan sustituir a los directos, en casos como los de que el menor carezca de un mínimo de raciocinio para comparecer o no quiera declarar, o la comparecencia o la declaración suponga un grave deterioro para la personalidad del niño. Citando la Jurisprudencia normas relativas a la protección de los niños (cuales el art. 39.4 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, el art. 11.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y el art. 417 LECr.), pero marcando la necesidad de conciliar ello con el principio de inmediación, y el derecho de contradicción, recogido en el art. 24 CE; lo que determina la necesidad de una gran cautela en la evaluación de los testimonios de referencia a pesar de que se admita, por la habitual soledad de la víctima en el ejecución de los abusos, que la declaración del afectado -aun recibida a través de terceros- pueda servir para enervar la presunción de inocencia. Todo lo cual conduce a señalar, como guía para la evaluación, la existencia de algún elemento corroborante. Véanse las sentencia de 30/1/1996, 1/7/2002, 17/3/2003, 14/8/2996, 27/2/2007 y 27/5/2010, TS. Además de que, con carácter general haya de atenderse a la ausencia de móviles espurios, la prontitud, la persistencia, la coherencia y la ausencia contradicciones; extremos todos, salvo el de la mencionada no persistencia en el juicio, evidenciados o por medio de las declaraciones y pericias a que se refiere la Audiencia.

Pues bien, la Audiencia recoge con detalle lo que declararon en el juicio las Sras. J., P. y T. acerca de lo que les había dicho con palabras y gestos Iván. Además de los dictámenes que, en faceta pericial, aquellas emitieron positivamente sobre la fiabilidad de la menor; siendo oportuno recordar que los Tribunales pueden necesitar la ayuda de peritos en Psicología acerca de la credibilidad de los testimonios de las víctimas, sobre todo cuando se trate de niños, aunque ello no excluya que la última depuración pertenezca a la función propia de los magistrados; Véanse sentencias de 26/4/2005 y 28/9/2006, TS.

A todas las cuales declaraciones y de J., P. y T. no se opone lo que, como testigo también referencial, contó Nadia.

Y el Tribunal a quo toma en cuenta asimismo un elemento de corroboración consistente en que el acusado reconoce haber dado al menor besos y mordiscos en pecho, piernas y espalda y practicado el juego de la patata; pero sin besarle el pene o el culo, como había manifestado en el Juzgado con asistencia de Letrado.

Invoca el acusado en su declaración que, cuando realizaba aquellos actos "no tenía excitación sexual para nada", pero tal consideración no responde, habida cuenta de las características de aquellas maniobras, a una pauta deducible de la experiencia general sobre lubricidad». (F. J.1º)

PRUEBA. Testigo de referencia.

Recurso: Casación nº 2791/2009

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 867/2010 de fecha 21/10/2010

«En este sentido, debemos recordar STS. 680/2010 de 15.7, es cierto que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba (STS. 945/2005 de 20.7), pero lo que no es factible es que el testigo de referencia se utilice como medio para sustituir al testigo directo sin que concurra ninguna excepcionalidad para tal mutación por cuanto dicho testigo de cargo puede ser llevado sin imposibilidad y sin ni siquiera en comodidad a presencia judicial.

En efecto, los testigos de referencia no aportan sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, puesto que lo que aquéllos conocen no son sino las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se produjeron estas afirmaciones por el testigo directo es lo único que resulta de la veracidad de lo declarado por aquéllos, por lo que subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Por ello los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr. tienen una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción.

Por ello el valor del testimonio de referencia o es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o es el de una prueba subsidiaria, para ser considerada cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical –

lo que ocurrió en el caso de autos en el que la menor y su madre no estaban localizadas y no habían podido ser citadas». (F. J. 1º)

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Alejamiento: notificación policial.

Recurso: Casación nº 10469/2010 P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia: nº 778/2010 de fecha 01/12/2010

«1. La Audiencia ha sostenido que la notificación realizada por la Policía Local "no supuso que el acusado conociera el alcance de la medida, ni las consecuencias de su incumplimiento (a pesar del contenido de la parte dispositiva al no acreditarse que se le hubiera leído la resolución), ni el tiempo de vigencia de tales medidas, porque siempre teniendo en cuenta que la policía local carecía de la fe pública, el referido agente dijo en el juicio que le explicó lo que era el alejamiento, pero no dijo que le requiriera para el cumplimiento a partir de la fecha de entrega, ni que le hiciera las advertencias legales relativas a las consecuencias del incumplimiento de las medidas" (p. 13 de la sentencia recurrida). Asimismo sostiene que en esas circunstancias sólo cabe concluir que "no concurrió el elemento subjetivo imprescindible para la configuración del tipo penal, por lo que procede absolver al acusado del delito de quebrantamiento de medida cautelar" (p. 14 de la sentencia recurrida).

2. El Tribunal a quo ha admitido también que "ha quedado probado por su propia declaración [la del acusado] que el agente de la Policía Local de Santpedor (...) entregó copia del auto a Manuel G. P. y que éste firmó un 'recibí' en el que consta como fecha de recepción el día 25 de noviembre de 2008", (p. 13 de la sentencia recurrida). También hace constar que el Policía le declaró haberlo instruido del significado del alejamiento (loc. cit) y que el acusado manifestó que "los agentes le dijeron que no se podía acercar, pero que no sabía que había sido denunciado, que no estaba notificado y que "no sabía que no podía acercarse" .

3. El razonamiento en el que la Audiencia basa su decisión respecto del delito del art. 468.2 CP es claramente defectuoso. En efecto, de los defectos formales en los que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho, según su propia declaración, tuvo el acusado, de que una autoridad le entregó una resolución judicial explicándole que no debía acercarse a la víctima y de que esa resolución le imponía el alejamiento respecto de la víctima. Tales defectos no excluyen el tipo subjetivo.

Cierto es que, no obstante, se podría sostener que, en realidad, la Audiencia quiso decir que los defectos de la notificación determinan que el deber impuesto por la resolución no se haya concretado respecto del sujeto al que va dirigida la prohibición. Sin embargo, esa interpretación no tiene apoyo alguno en el texto legal. Por el contrario, el tipo objetivo del delito del art.

468.2 CP sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima. Otra interpretación del tipo objetivo contenido en el art. 468.2 CP sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida. Consecuentemente, el tipo subjetivo, es decir el dolo, sólo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple.

4. Tampoco es acertada a decisión del Tribunal a quo cuando deduce de la carencia de fe pública del agente de la Policía que "esa entrega [del auto judicial] no supuso que el acusado conociera el alcance de la medida, ni las consecuencias de su incumplimiento", dado que no se acreditó que se le hubiera la resolución ni se le requiriera su cumplimiento.

No es claro en la sentencia si el acusado alegó o no que no conocía el alcance de la medida de alejamiento. En todo caso, lo cierto es que, al fº 45, consta que el acusado ya en su primera declaración manifestó que "sabía que no se podía aproximar a la Sra. García por una orden judicial".

De cualquier manera, si el Tribunal a quo, pese a esa declaración, llegó a lo largo del proceso a la conclusión de que "el acusado no había tenido conocimiento de que había sido denunciado", debió aplicar las normas relativas al error sobre la ilicitud que prevé el art. 14.3 CP. Ello le hubiera impedido llegar a la absolución del acusado por el delito del art. 468.2 CP. En efecto, de acuerdo con ellas debió considerar si el error referente al alcance de la prohibición que le imponía el auto era vencible o no. Nuestros precedentes han establecido que el error es vencible, y por tanto imputable, entre otros supuestos, cuando el autor con un esfuerzo de conciencia normal hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta o cuando al menos hubiera podido dirigirse a una fuente fiable de información jurídica para entender el alcance de la prohibición. La citada declaración del acusado del fº 45 revela, por el contrario, que éste entendió la parte dispositiva del auto que obra al fº 105 de las diligencias de instrucción. Los términos de esa resolución eran, por lo demás, claros como para que una persona normal pudiera comprenderlos sin más. Por lo tanto, no es que haya incurrido en un error sobre la existencia o el alcance de la prohibición, sino que actuó con el conocimiento de la misma, lo que no permite excluir el tipo subjetivo en la forma que lo ha hecho el Tribunal de instancia.

Por otra parte, el mandamiento judicial era obligatorio sin necesidad de requerimiento de su cumplimiento, dado que en sí mismo ya contenía un claro requerimiento de someterse a él, en tanto le advertía que el incumplimiento de la prohibición podía ser "constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar"». (F. J. Único)

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Consentimiento de la mujer.

Recurso: Casación nº 10151/2010 P

Ponente: Sr. Marchena Gómez
Sentencia: nº 1065/2010 de fecha 26/11/2010

«No puede tener acogida el argumento de la defensa referido a un posible consentimiento por parte de Jessica a la hora de facilitar la proximidad de su ex pareja. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes –decíamos en la STS 61/2010, 28 de enero- en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional.

Sin embargo, el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008, proclamó que “...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP”. Esta tesis ya ha sido proclamada, entre otras, por la STS 39/2009, 29 de enero.

El problema no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad.

Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta.

Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección.

Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en

función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material –pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.

En consecuencia, resulta obligada la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por Jessica para la reanudación de los encuentros o de la convivencia». (F. J. 2º)

RECURSO DE CASACIÓN. No cabe contra Auto dictado en pieza separada de responsabilidad civil de Procedimiento Abreviado. Tampoco cabe formalizarlo como recurso de casación civil.

**Recurso: Casación nº 2278/2010
Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar
Sentencia: nº 195/2011 de fecha 14/03/2011**

«En efecto contra los Autos dictados por las Audiencias el recurso de casación sólo es admisible según el art. 848 de la LECriminal, si tratándose de un Auto definitivo además la Ley lo autoriza de modo expreso, lo que significa que la admisibilidad de la casación contra un Auto no constituye una regla general y exige una específica autorización legal.

Como recuerda el Ministerio Fiscal son supuestos expresamente establecidos por la Ley los relativos a cuestiones de competencia (arts. 25,31,32,35,40 y 43 de la LECriminal) el derivado de la recusación mencionada en el art. 69 de la LECriminal, el previsto en su art. 625 referente a la declaración del hecho como falta, los supuestos del art. 676 sobre artículos de previo pronunciamiento, declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción, amnistía e indulto, y el supuesto contemplado en el art. 988 sobre acumulación de penas.

Fuera de los casos previstos entre los que cabe incluir también algunos Autos de ejecución penal, como los de abono de prisión preventiva, y los de aplicación de los límites penológicos del art 76 del Código Penal (Sª 17 de julio de 2000), no cabe recurso de casación, contra los Autos dictados en materia de ejecución de la responsabilidad civil, con las excepciones siguientes admitidas por la jurisprudencia: cuando el Auto es complemento de la Sentencia y es por ello susceptible del recurso que cabe contra ella (Sª 4

de diciembre de 2007); cuando el Auto es concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del Fallo, según lo establece el art. 142 de la LECriminal (S^a 22 de julio de 1996); cuando el Auto recaído en fase de ejecución tiene verdadera naturaleza decisoria al incidir en el fallo modificándolo, por lo cual debe estar sujeto a los recursos admitidos contra la Sentencia, como el de casación (S^a 16 de octubre de 2000); cuando el Auto contiene un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de la obligación de indemnizar que pudo resolverse en Sentencia, si las partes lo hubieran planteado en sus calificaciones, como es el Auto que resuelve la liquidación de intereses (S^a 14 de marzo de 1995) y el que fija en ejecución las bases del cálculo de la indemnización (S^a 30 de abril de 2008).

Es evidente que el Auto que aquí se impugna desestimatorio de una tercería de dominio planteada para dejar sin efecto un embargo no pertenece a ninguno de los supuestos indicados. Por lo cual no es admisible contra esa resolución el recurso de casación. (F. J. 4º)

Lo expuesto no significa que el Auto ahora impugnado sea irrecurrible: se trata de un Auto de una Sala Penal de la Audiencia Nacional, y como tal es impugnabile conforme al art. 236 de la LECriminal que establece con carácter general que contra los Autos de los Tribunales de lo criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el mismo que los hubiese dictado. Se exceptúa el caso de que la Ley prevea contra el Auto otro recurso (art. 237 de la LECriminal), pero esta excepción no se da en este supuesto, por lo cual el Auto de referencia podía haberse recurrido en súplica, única vía impugnativa que contra él cabía. Y que el impugnante no utilizó, optando por las que no eran admisibles. En todo caso la recurribilidad del Auto impugnado excluye la posibilidad de admitirse el incidente de nulidad de actuaciones como ya se dijo en el Fundamento Primero.

Cierto es que en la notificación del Auto se omitió la expresión informativa del recurso de que era susceptible, y que luego se quiso subsanar el defecto mediante Providencia que además daba una información incorrecta, pero de ello sólo se sigue que el error provocado en el impugnante impide tener por transcurrido el plazo de tres días en que puede interponerse el recurso de súplica (art. 211 de la LECriminal); plazo que empezará a correr desde su correcta y válida notificación que deberá indicar, como exige el art. 248.4 de la LOPJ, si la resolución es o no firme y en su caso los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Es claro que la información dada acerca de la recurribilidad en casación del Auto impugnado era errónea -como lo es también hacerlo en providencia y no como exige el art. 248.4 de la LOPJ en la notificación-. Por lo tanto habrá la Sala de instancia de repetir la notificación en términos correctos según lo indicado, y a partir de ella dispondrá el recurrente del plazo legal del recurso de súplica, único que cabe contra la resolución dictada». (F. J. 5º)

RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba: momento procesal.

Recurso: Casación nº 1054/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 966/2010 de fecha 29/10/2010

«Para justificar la improcedencia de la censura que formula el recurrente conviene hacer una precisión previa. Está fuera de dudas que el derecho a la prueba goza del rango constitucional que le confiere el art. 24.2 de la CE, sin que su vigencia pueda condicionarse al acatamiento de meras exigencias formales. Pero es también exigible que su ejercicio se acomode a las secuencias procesales que definen cada uno de los procedimientos regulados por la LECrim. Conforme a esta idea, conviene no olvidar que la petición de una triple prueba pericial, se produjo en el momento de la formulación del escrito de conclusiones profesionales. Tal fase del proceso, perfectamente idónea en otro tipo de procedimientos, tiene un significado especial cuando se trata del procedimiento ordinario. Y es que el traslado para la formulación del escrito de defensa se produce cuando ya el juicio oral está abierto, se ha prestado conformidad al auto de conclusión del sumario y, precisamente por ello, ya ha decaído la competencia funcional del Juez Instructor, cuya investigación se ha declarado formalmente cerrada a partir de la ratificación por la Audiencia Provincial del auto de conclusión del sumario (arts. 630, 632 y 651 de la LECrim). De ahí que el escrito de defensa, si se ha consentido el auto de conclusión del sumario y no se ha instado formalmente su revocación, no permita la retroacción del procedimiento resucitando una competencia para la investigación del delito que ya no tiene el Juez de Instrucción y que nunca podrá tener la Audiencia Provincial. Consentir el auto de conclusión del sumario supone aceptar que el régimen jurídico de la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas ya no mira a la realización de actos genuinamente instructorios, sino a los actos de prueba que hayan de practicarse en el acto del juicio oral (arts. 659 y 728 de la LECrim) o cuya procedencia surja ex novo obligando a practicar una sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6 LECrim).

No se trata de propugnar un rígido entendimiento del principio de preclusión procesal, cuyo alcance en el proceso penal, dirigido a la verdad material, no puede ser idéntico a su vigencia en el ámbito civil. De lo que verdaderamente se trata es de evitar que peticiones probatorias claramente extemporáneas sean camufladas bajo el aparente respeto a normas concebidas para modalidades procedimentales que nada tienen que ver con el sumario ordinario. Y es que lo que el recurrente llama ahora prueba anticipada, no es tal. Prueba anticipada no es la que se anticipa al juicio oral porque así le conviene a la defensa, sino aquella que, por algunas de las razones expresadas en los arts. 448 y 777.2 de la LECrim, no puede reproducirse en el acto del juicio oral.

Al procesado le fue notificado el auto de conclusión del sumario y pudo entonces, al amparo de la lectura constitucional de esa fase proclamada por la STC 66/1989, 17 de abril, propugnar cuantos actos de investigación

complementaria considerara oportunos. Como es sabido, aquella sentencia llevó a cabo una interpretación integradora del repetido art. 627 LECrim, precisamente para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes.

En suma, habiendo mostrado su conformidad el procesado con el auto de conclusión del sumario, su petición de tres nuevas pruebas periciales, contenida en el escrito de defensa, resultaba manifiestamente improcedente por extemporánea y, por tanto, susceptible de rechazo, incluso implícito por la Audiencia, sin que ello implique menoscabo de su derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes (cfr. SSTs 249/2008, 20 de mayo y 942/2009, 23 de septiembre).

Ninguna indefensión constitucionalmente relevante puede alegar el recurrente. De hecho, en la fase de instrucción pudo haber solicitado la práctica de esas pruebas periciales (art. 311 LECrim). Además, pudo tener una participación activa en la elaboración de las conclusiones periciales promovidas a instancia del Juez o el Ministerio Fiscal. El art. 471 de la LECrim, autoriza al procesado "...a nombrar a su costa a un perito que intervenga en el acto pericial". Además, el art. 480 de la LECrim permite a las partes que asistieren a las operaciones o reconocimientos que integran la pericia "...someter a los peritos las observaciones que estimen convenientes, haciéndose constar todas en la diligencia".

Frente a esa capacidad alegatoria que ofrece la LECrim, el recurrente guardó un estratégico silencio para, agotada ya la fase de instrucción –a la que, por cierto, había prestado conformidad- y abierto el juicio oral, reivindicar una diligencia genuinamente instructora». (F. J. 7º)

RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia absolutoria. Límites.

Recurso: Casación nº 848/2010

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1013/2010 de fecha 27/10/2010

«1. Con carácter previo hemos de recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional limita la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias, para sustituirlas por otras de carácter condenatorio en vía de recurso, a los casos en los que no sea preciso realizar una nueva valoración de las pruebas de naturaleza personal para la cual sea exigible la inmediación. En otro caso sería necesaria la práctica de esas pruebas ante el Tribunal que resuelve el recurso, posibilidad que la ley no contempla en el recurso de casación.

La aplicación de esta doctrina al recurso de casación implica que la sustitución de una sentencia absolutoria de la instancia por una condenatoria en casación, excluida la posibilidad de proceder en este recurso revisorio a la práctica de pruebas, queda limitada, en primer lugar, a los casos de pura

infracción de ley, en los que se corrige la interpretación y aplicación de la ley por parte del Tribunal de la instancia sin alterar el relato de hechos probados consignado en la de instancia; en segundo lugar a los supuestos de error en la apreciación de la prueba, en los que la modificación del relato fáctico a causa del error demostrado por el particular del documento de que se trate por la vía del artículo 849.2º de la LECrim, determine la tipicidad de la conducta, siempre que en esa valoración del documento no sea precisa la valoración conjunta de alguna prueba personal, generalmente, la declaración del acusado que ha negado la comisión del hecho.

Y en tercer lugar, a los supuestos de rectificación de inferencias sobre hechos subjetivos en el recurso de casación si bien, aunque ha sido admitido por Tribunal Constitucional (STC 328/2006 y 91/2009), tal cosa solo será posible, según su misma doctrina, cuando para ello no sea preciso rectificar la valoración realizada en la instancia sobre una prueba personal». (F. J. 3º)

RECURSO DE REVISIÓN. “Autorización previa”. Antecedentes legislativos y naturaleza jurídica.

Recurso: Casación nº 607/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 254/2011 de fecha 29/03/2011

«La autorización forma parte del recurso de revisión, entendido éste como una acción impugnativa autónoma, de naturaleza rescisoria. Esta conclusión se obtiene a la vista del tratamiento sistemático que la LECrim, dispensa al acto de autorización (art. 957), regulado bajo el epígrafe “del recurso de revisión” e inmediatamente después de la enumeración de las personas que tienen legitimación para entablar el juicio rescindente. Pero sobre todo, se deriva del propio significado histórico de la diferencia entre una fase inicial de promoción y otra de interposición propiamente dicha. En efecto, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 10/1992, 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, nuestro sistema procesal distinguía entre aquellas personas que podían promover el recurso de revisión y aquellas otras que podían interponerlo. Las primeras, habían de dirigirse mediante escrito razonado al Ministerio de Justicia, que incoaba un expediente examinando el fundamento de las alegaciones del recurrente. De esta forma, la interposición quedaba exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal, ya por propia iniciativa (art. 961), ya por orden del Ministerio de Justicia (art. 956), a la vista del resultado del expediente abierto a petición del interesado. La clara contradicción entre ese esquema regulador, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. STC 124/1984, 18 de diciembre) y, en fin, la configuración constitucional del Ministerio Fiscal, precipitaron el proceso de reforma.

Subrayar ahora la diferencia formal entre una y otra fase, con el objetivo de degradar la etapa inicial a la condición de acto preparatorio, exige dar la espalda a esa evolución histórica, que ofrece la clave para entender la exigencia de autorización como un acto procesal más, plenamente integrado

en la tramitación procesal del recurso de revisión y, por tanto, susceptible de definir el principio de ejecución en supuestos como el que nos ocupa». (F. J. 15º)

RECURSOS. Audiencia del acusado absuelto.

Recurso: Casación nº 2626/2010

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 698/2011 de fecha 22/06/2011

«2.- Como dejamos anunciado, hemos de examinar ahora las consecuencias de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 184/2009 de 7 de septiembre, respecto a la necesidad de audiencia del acusado en el recurso contra la sentencia que le absuelve, y en la que se hace referencia a la STC 120/2009 de 18 de mayo, FJ 3, que sintetiza de manera detallada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

Ciertamente se advierte que el contenido de esa garantía está en función "de las características del proceso en su conjunto". Así, dice el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 45/2011 de 11 de abril, que ha de atenderse a la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos.

Entre los postulados establecidos destaca como rector que, cuando el órgano ad quem "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

Ciertamente se deroga tal exigencia cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia

entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica.

Lo que nos obliga a examinar el sentido de esta calificación de la discrepancia como estrictamente jurídica, cuando es determinante de la revocación de la absolución y la sustitución por una condena. A tal efecto recuerda el Tribunal Constitucional que el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36).

Es verdad que en la reciente Sentencia que examinamos, la nº 45/2011, se matiza que la configuración legal de un recurso puede circunscribirlo a cuestiones estrictamente jurídicas. Y cita en esa línea precisamente el recurso de casación penal. Pero, obviamente, en la medida que la cuestión se plantee dentro de sus característicos y estrictos motivos legales. Sin embargo, cuando aquéllos se extravasan, abriendo el debate sobre el hecho objeto de imputación, resurgen las mismas objeciones que podrían formularse si se tratase de un recurso de otra naturaleza.

Y eso es lo que pretende el motivo formulado por el ICS ya que, lejos de limitarse a discutir si el hecho probado es subsumible en la norma típica, lo que postula es que se matice la declaración de tal hecho probado para formular un nuevo juicio de culpabilidad, en el que, por otra parte, el sentido y alcance de la norma penal sustantiva queda fuera de cualquier debate.

Es pues oportuno advertir que el Tribunal Constitucional indica que en el caso de la Sentencia 184/2009, la discrepancia entre tribunales a quo y ad quem no era estrictamente jurídica. Y es relevante comparar el caso que dio lugar al amparo con el que ahora juzgamos. En aquél la discrepancia se centraba en la afirmación de si el sujeto había tenido o no conocimiento de un determinado dato, cual era, allí, la sentencia de separación. En el que ahora juzgamos, la discrepancia entre la declaración de la sentencia y la que propone el recurrente se centra en la divergencia entre el informe emitido y el que sería correcto y, además, en que tal discrepancia era conocida por el acusado». (F. J. 5º)

RECURSOS. Recurso supeditado (LOTJ).

Recurso: Casación nº 10329/2010 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 852/2010 de fecha 08/10/2010

«8.- El artículo 846 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro y terminante en cuanto que el recurso supeditado de apelación quedará

supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo. Esto indica, como se ha dicho, que el apelante supeditado no adquiere ninguna obligación procesal, ya que si comparece en término y desiste el principal se quedará sin recurso, lo que indica que la comparecencia fuera de plazo o incluso en el momento de la vista del recurso, cuando los apelantes principales han tenido la oportunidad, como sucede en el caso presente de instruirse de su contenido, mantiene su posición procesal ya que se trata, en todo caso, de un requisito superfluo y, en todo caso, subsanable.

9.- En cualquier caso, no hay duda de que mantiene intacta la posibilidad de interponer recurso de casación frente a una decisión que agrava notoriamente la condena inicial. La admisión de este motivo no lleva aparejada consecuencia alguna sobre lo tramitado, que por razón de la conservación de los actos procesales, sigue adelante y da lugar a que se entre en el examen de los motivos de casación que coinciden sustancialmente con los del recurso supeditado de apelación. ». (F. J. 1º)

RECURSOS. Revisión de sentencias firmes: audiencia al reo.

Recurso: Casación nº 10716/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 746/2011 de fecha 11/07/2011

«Ampara el recurrente el primer motivo de su recurso en el art. 849.1 de la LECrim., denunciando la infracción de la DT 4ª de la LO 10/95 y la DT 1ª de la LO 5/2010.

Se alega, en síntesis, que las disposiciones mencionadas imponen como trámite preceptivo, para determinar la ley penal más favorable, la audiencia al reo, trámite que considera debe ser personal, y que no se ha producido en el caso de autos, resaltando que dado el momento en el que se produce esa revisión, el sistema jurídico debe asegurar que efectivamente los interesados, los condenados en este caso, puedan realizar las manifestaciones que tengan por conveniente.

Siendo las expuestas las alegaciones del recurrente, éstas deben ser desestimadas.

La Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010 de modificación del C. penal, donde se regula expresamente la revisión de sentencias firmes tras la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por dicha Ley, no prevé expresamente que a estos efectos sea oído el reo, declaración ésta compatible con lo previsto en el art. 2.2 de la C. penal que dispone que dicha audiencia tendrá lugar sólo en caso de duda sobre la aplicación de la ley penal favorable, sin perjuicio naturalmente de que el condenado pueda ser oído a través de su defensa técnica, que será la que le asistió en el proceso penal precedente, o bien el nombrado por él a su instancia, o el proporcionado de su oficio para verificar tal audiencia. En cualquier caso, en

este concreto procedimiento fue oído puesto que fue él quien solicitó mediante escrito, la revisión al amparo del vigente art. 368 del C. penal.

Este escrito fue presentado a través de su representación en autos, por lo que, a los efectos pretendidos, la posible aplicación del nuevo párrafo segundo del art. 368 del C.penal, ha de considerarse suficiente y que, por consiguiente, no se ha producido indefensión alguna.

Ha de desestimarse pues este primer motivo del recurso». (F. J. 2º)

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Cuasi objetiva.

Recurso: Casación nº 2207/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 204/2011 de fecha 23/03/2011

«Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., se alega por la acusación particular infracción de ley "por inaplicación de los artículos 109, 110, 113, 116 y 120 del Código Penal y 156 LCCh y 1162 CC y demás disposiciones concordantes, y la doctrina legal que los interpreta, por cuanto que, concurriendo los elementos que tipifican la responsabilidad civil, en este caso de las Entidades Financieras, la sentencia recurrida las absuelve de dicha responsabilidad civil". Postula el recurrente la responsabilidad civil directa y subsidiariamente indirecta de las entidades bancarias B., S.A. y Banco S., S.A.

En apoyo de la reclamación casacional, se aduce que la responsabilidad de las Entidades Bancarias que operan mediante sucursales y ofrecen servicios de caja se configura en la normativa general que regula el contrato de cheque, entre otros en los artículos 534 y 536 del CCo, 1162 CC y el propio art. 156 LCCh, sin que pueda limitarse la misma por medio de las prevenciones contractuales de cada Entidad financiera.

En lo que hace a la responsabilidad civil directa de los Bancos que hicieron efectivos los cheques falsificados y presentados al cobro por la acusada, es claro que la pretensión carece de todo fundamento, pues en la órbita del proceso penal en la que nos movemos, el art. 116 C.P. establece que solo pueden ser responsables civiles directos los criminalmente responsables del delito.

En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria, las alegaciones impugnativas de los recurridos son jurídicamente correctas y acertadas. En efecto, en relación con la aplicación del art. 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, este precepto establece que "el daño que resulta del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiera procedido con culpa".

Significativa y elocuentemente, nuestra STS nº 504/2010, de 17 de mayo señalaba que "Estas circunstancias que pone de manifiesto la

Audiencia al interpretar el referido art. 156 de la Ley 19/1985, destacan que no es posible en esta vía penal, cuando se suscita esta cuestión, resolverla en un proceso como el que nos movemos, al existir una serie de implicaciones que afectan a la propia custodia del talonario, por quien no es sujeto pasivo de aquél. De manera que el supuesto enjuiciado difiere de otros ya resueltos por esta Sala, en donde las infracciones de reglamentos, incluso el probado comportamiento de los empleados o dependientes, era de ver que claramente habían conculcado el principio general de "alterum non laedere", en virtud del cual la actuación negligente origina una obligación de reparar el daño causado, dejando de algún modo este comportamiento puesto de manifiesto en los precedentes invocados, bien en su resultancia fáctica, bien en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Nada de ello se produce aquí, en donde el relato histórico guarda absoluto silencio sobre el particular, y del contenido de lo razonado por los jueces "a quibus" tampoco puede deducirse infracción alguna en el comportamiento de los empleados bancarios. Objetivar así -de todos modos y en cualquier caso- la responsabilidad civil dimanante del art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, sería tanto como dejar sin contenido la excepción expresada en el mismo al principio general de imputación al librado, de forma tal que ésta no pudiera ser ejercitada por el responsable civil, por no tolerarlo el esquema del proceso penal, en donde el librador del cheque aparecería siempre en el lado activo del proceso penal, posición ésta incompatible con cualquier género de estrategia defensiva, y extramuros desde luego de lo resuelto en la instancia penal.

Estos criterios jurisprudenciales respaldan el razonamiento del Tribunal de instancia que relaciona la responsabilidad civil subsidiaria cuasi objetiva que determina el precepto mencionado con lo que dispone el art. 120.3 C.P. que el recurrente estima indebidamente no aplicado, exponiendo que en el presente caso y en este ámbito del proceso penal y como consecuencia de la prueba practicada en el Juicio Oral ninguna responsabilidad debe atribuirse a las entidades bancarias. Así ha quedado acreditado que los cajeros de los bancos, tal y como han declarado procedieron al pago de los cheques después de haber procedido a hacer las comprobaciones de las firmas digitalizadas. En este sentido los peritos que declararon en el Juicio admitieron que los cheques falsos estaban muy bien hechos y que no era fácil detectar la falsificación. Y por otro lado como ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad se valora que existía un cierto desorden en la empresa, que se rectificó en lo que se refiere al control de los efectos, como declaró el testigo Sr. A., a partir de que se descubrieran los hechos, sobre los que sorprende que se tardasen diez meses en detectar lo que estaba sucediendo.

Es decir, la ausencia del debido control de los talonarios por los responsables de la recurrente, configura la excepción legal del art. 150 L.C. y CH. Y, por otra parte, no hay que olvidar que el motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1º, únicamente puede fundamentarse en la aplicación no inaplicación de una norma penal sustantiva y no de otra clase. Y, en este marco, la disposición legal sobre la que se habría producido error de derecho por su inaplicación es el art. 120.3 C.P., que ciertamente no procede al no haber incurrido los empleados de las entidades bancarias en

desidia o negligencia en la adopción de medidas de autoprotección mínimamente relevantes, según explica la sentencia». (F. J. 6º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Empresas de trabajo temporal.

Recurso: Casación nº 1564/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 121/2011 de fecha 03/03/2011

«El art. 124.4 C.P. dispone que son también responsables civiles, en defecto de los que lo 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."

(...)

Se trata, en efecto, de dar prevalencia a la nota de dependencia del trabajador respecto de la empresa que le contrata y que se beneficia de su actividad laboral. Y en este sentido es claro que las empresas de trabajo temporal serán las responsables de los trabajadores que cedan temporalmente a otras empresas en una triple faceta. En primer lugar, porque el trabajador está vinculado laboral y contractualmente con la empresa de trabajo temporal. En segundo lugar, porque dicha empresa es la obligada a abonar el salario y las cuotas de la Seguridad Social del trabajador. Y en tercer lugar, porque la empresa de trabajo temporal es la única que tiene capacidad para sancionar y/o despedir al trabajador cedido en caso de comportamiento irregular del mismo (véanse arts. 11.1, 12, 15.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo temporal)». (F. J. 3º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Exoneración de compañía aseguradora. Interpretación de la Ley del Contrato de Seguro a la luz de la jurisprudencia civil.

Recurso: Casación nº 10594/2010 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 318/2011 de fecha 31/03/2011

«Es cierto que en el seguro de daños, a cuyo género pertenece el de responsabilidad civil se da la peculiaridad, entre otras, de la cesión del contrato por transmisión del objeto asegurado subrogándose en tal caso el adquirente del objeto en la posición del asegurado (art. 34 de la L.C.S pero ni un subarriendo es propiamente una transmisión de la vivienda, ni era ésta el "objeto asegurado", es decir el bien sobre el que recae el interés sometido a riesgo sino "la responsabilidad civil" de la Sra. E., ni en todo caso podría aquí fundarse el aseguramiento de la responsabilidad civil del subarrendatario por vía de subrogación, porque no aparece en la Sentencia se comunicara en el

plazo de quince días a la aseguradora como exige el art. 34 de la LCS la transmisión del objeto -si por tal se entendiera el subarriendo de la vivienda- requisito necesario para posibilitar a aquella el ejercicio de su derecho a rescindir el contrato. (F. J. 3º)

(...)

4.- La interpretación de la Sala de instancia no puede compartirse porque se basa en el error de trasladar al ámbito objetivo de la delimitación del riesgo asegurado los criterios de protección del cliente en el ámbito del clausulado contractual:

A) El contrato de seguro está en efecto sometido a una regulación protectora del cliente (tomador y asegurado) del siguiente modo: a) las normas de su ley reguladora, salvo que ellas mismas digan que son dispositivas, son semiimperativas es decir solo pueden ser sustituidas por cláusulas de la póliza que sean más favorables al asegurado (art. 2 de la LCS); b) el clausulado general de la póliza es objeto de supervisión y aprobación por la Administración Pública y debe inspirar la interpretación de las cláusulas particulares añadidas en el contrato salvo cuando las generales hayan sido claramente excluidas por éstas (STS 11 de abril de 1991); c) las cláusulas lesivas a los derechos del tomador y asegurado reconocidos en la ley son nulas y cuando una cláusula es reconocida lesiva por el Tribunal Supremo deberá ser suprimida de las pólizas a requerimiento de la Administración Pública (art. 3 de la LCS); y d) las "cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados" se han de destacar de modo especial (generalmente se hace imprimiéndolas en letra negrita) y deberán ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 de la LCS).

La Sentencia de instancia erróneamente traslada parte de los referidos criterios protectores del tomador y del asegurado a la posición del beneficiario del seguro de responsabilidad civil que es el perjudicado destinatario de la indemnización debida.

B) Al perjudicado o a sus herederos lo que la ley concede en el seguro de responsabilidad civil es acción directa contra el asegurador sin perjuicio del derecho de éste para repetir contra asegurado causante del daño si se debió a conducta dolosa de éste, esto es de "mala fe", en expresión del art. 19 de la LCS. Acción directa que es: 1º) una acción propia y no por subrogación en las que deriven del contrato de seguro; y 2º) consecuencia del contrato, lo que significa -y esto es lo relevante en este caso- que solo se produce si existe éste y que solo dentro de los límites contractuales podrá el perjudicado ejercitarla contra el asegurador: así que el asegurador no puede oponer, como dice la Sentencia de instancia, las excepciones personales que tuviese contra el asegurado (como por ejemplo que éste no haya pagado la prima), pero sí puede oponer, y esto lo olvida la Sentencia recurrida, las cláusulas que delimitan el riesgo cubierto que son de carácter objetivo, sean las que positivamente lo describen o sean las de exclusión de cobertura.

C) En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 declaró que mantener el carácter limitativo de la cláusula inserta en las condiciones de la póliza sobre la extensión de la cobertura y sostener que la aseguradora no suscribió ningún documento supone tanto como negar la realidad del contrato que regula las relaciones entre aseguradora y asegurado en virtud del cual -art. 1- el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima "y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura" a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Por su parte la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006, siguiendo la jurisprudencia anterior diferencia claramente, de un lado las cláusulas limitativas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización "una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido", y de otro las cláusulas delimitadoras del riesgo que son aquellas mediante las cuales "se concreta el objeto del contrato fijando qué riesgos en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla". Y por ello se ha de distinguir lo que es la cobertura de un riesgo de lo que son las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tiene que ver con éstos sino con las delimitativas en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad (S 7 de mayo de 2009).

D) Por consiguiente en el caso presente, habiéndose pactado en la póliza que el riesgo asegurado era la responsabilidad civil y que la persona asegurada- o sea la titular del interés afectado por el riesgo- era D^a Mercedes E. M., no cabe extender la responsabilidad contractual de la aseguradora recurrente a un riesgo diferente y mayor que el delimitado objetivamente en el contrato, como hace la Sentencia de instancia ampliándolo a las responsabilidades civiles derivadas de un delito cometido por quien no era asegurado en la póliza. Por otra parte, ha quedado claro que quien sí lo era -la Sra. E.- no se sitúa, ni por las normas del Código Penal ni por ninguna otra civil, en codeudora principal o subsidiaria de las responsabilidades civiles del autor del delito. Y en modo alguno la interpretación de la Audiencia puede fundarse ni en los criterios protectores de los asegurados, en materia de cláusulas limitativas de sus derechos ni en la inoponibilidad frente al perjudicado de las excepciones personales que tuviera la aseguradora frente al asegurado, pues ninguna de las dos cosas tiene nada que ver con la delimitación objetiva del riesgo pactado, en la póliza que es lo que excluye la obligación indemnizatoria, que indebidamente la Sentencia de instancia ha impuesto a la entidad recurrente». (F. J. 3^o)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización: cálculo de los daños y perjuicios.

Recurso: Casación nº 2221/2009

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 780/2010 de fecha 16/09/2010

«1. El Código Penal impone la obligación de indemnizar los perjuicios materiales derivados del hecho delictivo. Cuando se trata de cantidades entregadas para un fin determinado, es la fecha de la reclamación la que debe tenerse en cuenta. La jurisprudencia (STS nº 394/2009 y STS nº 370/2010, y las que en ellas se citan), ha distinguido entre los intereses procesales consistentes en el legal incrementado en dos puntos (artículo 576 LEC), devengados desde la fecha de la sentencia de instancia, y los intereses moratorios, que deberán atender a los pactados o en su defecto al interés legal, que se computan desde la reclamación del acreedor.

2. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser parcialmente estimado. Los querellantes entregaron las cantidades que aparecen en los hechos probados con la finalidad de pagar parte de la adquisición de una vivienda. No se pactaron intereses en ninguna modalidad, por lo que solo desde el incumplimiento pueden ser exigidos (artículo 1.100 C. Civil). En el contrato se preveía la construcción en seis meses, aunque igualmente se contemplaba la posibilidad de ampliar el plazo para el caso de que se retrasara la concesión de la licencia de obras, lo que no ocurrió hasta julio de 1998. La reclamación de los querellantes se produce con la interposición de la querrela en octubre de 1998, y por lo tanto, como dice el Ministerio Fiscal, deben calcularse desde esa fecha. Los intereses moratorios deben ser calculados atendiendo al interés legal, dada la inexistencia de pacto al respecto, de acuerdo con el artículo 1108 del Código Civil, incrementado en dos puntos para los intereses procesales computados desde la fecha de la sentencia de instancia, según dispone el artículo 576.1º de la LEC.

Por lo tanto, el motivo se estima». (F. J. 4º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Inexistencia de responsabilidad subsidiaria de la Administración en motín sobrevenido, espontáneo e impredecible.

Recurso: Casación nº 10822/2009 P

Ponente: Sr. Prego de Oliver y Tolivar

Sentencia: nº 1191/2010 de fecha 27/11/2010

«B) La Sentencia impugnada declara que "ninguno de estos hechos ha quedado acreditado" y afirma, en el fundamento sexto, complementando el relato histórico que no había creada situación conflictiva alguna que pudiera hacer previsible lo que sucedió; que no tenían dato alguno que les llevara a pensar que se estaba organizando un motín; que la situación fué sobrevenida y espontánea, y por ello impredecible. Añade que la alegación sobre la falta de efectivos personales tampoco ha quedado probada; que estaban en el patio cuatro funcionarios con el Subdirector y otro funcionario en el búnker o cabina de seguridad; que no hay pruebas sobre las supuestas quejas de los Sindicatos sobre una insuficiencia de efectivos personales en el Módulo 1; que tampoco hay prueba acerca de que los medios coercitivos estuvieran en lugar inidóneo, siendo la rapidez de los acontecimientos lo que imposibilitó

contar con ellos en los primeros momentos de la agresión; y que los instrumentos peligrosos utilizados por los internos fueron en su mayor parte palos obtenidos del rompimiento de las mesas del recinto. Por todo ello concluye la Sala de instancia que no se ha aportado prueba alguna del incumplimiento de preceptos legales o reglamentarios que pudiera servir de base para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña». (F. J. 1º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Procedimiento abreviado: no es necesaria la notificación al responsable civil en fase de instrucción.

Recurso: Casación nº 1564/2010

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 121/2011 de fecha 03/03/2011

«...no se ha producido ninguna irregularidad ni vulneración de las disposiciones legales que regulan el Procedimiento Abreviado, en el que, a diferencia del procedimiento ordinario, no existe trámite preceptivo de notificación o llamamiento al responsable civil en fase de instrucción, y en aquél únicamente "a instancia del actor civil" para exigirle fianza. Es en el Auto de apertura del Juicio Oral cuando, a instancia de las acusaciones que en sus escritos "expresaran las personas civiles civilmente responsables" (art. 781.1 L.E.Cr.) aparece a la presencia de éstos y la necesidad de notificarles de ello». (F. J. 2º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad de compañía aseguradora: lesiones dolosas causadas con vehículo.

Recurso: Casación nº 10972/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 338/2011 de fecha 16/04/2011

«3. La doctrina aplicada en las resoluciones precedentes es aplicable al supuesto ahora enjuiciado por la Sala, toda vez que en este caso el acusado, cuando circulaba con su vehículo por la vía pública, decidió introducirse por una calle peatonal, a cuya entrada había dos maceteros, y dirigir a continuación el automóvil contra los peatones que transitaban por la vía pública, a los que fue embistiendo con dolo directo de lesionarlos y dolo cuando menos eventual de causarles la muerte.

Por lo tanto, se está ante un supuesto en que el vehículo es utilizado como instrumento para causar con dolo directo las lesiones que sufrieron los peatones atropellados; dolo directo que excluye en el caso la responsabilidad civil de la entidad aseguradora recurrente con arreglo al acuerdo de esta Sala de 24 de abril de 2007 relativo a la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil.

Ahora bien, en el caso que ahora se enjuicia los riesgos generados por el vehículo se hallaban también cubiertos con una póliza de seguro voluntario, tal como admite la propia entidad aseguradora frente a las alegaciones del Ministerio Fiscal. Con lo cual, los problemas hasta ahora examinados se desplazan del ámbito del seguro obligatorio al voluntario. Y ubicados ya en este marco asegurador, mientras que el Ministerio Público insiste en la responsabilidad de la entidad aseguradora, esta replica alegando que las cláusulas generales de la póliza de seguro voluntario excluyen de la cobertura aquellos supuestos en que se utilice un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes (art. 25 del clausulado general de la póliza).

Tal cláusula general es cierta, a tenor de la documentación que figura unida a la causa. Sin embargo, a ello debe replicarse que la jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo un distinto régimen de responsabilidad con motivo de la circulación de vehículos de motor cuando se opera con el seguro obligatorio y el voluntario. Con respecto a este se considera que no puede oponerse frente a las víctimas la "exceptio doli", a tenor de lo que se dispone en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

Este precepto dice lo siguiente: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último (STS 707/2005, de 2-6; y 2009, de 27-2).

Y en la sentencia 232/2008, de 24 de abril, se dice, a la hora de compatibilizar lo dispuesto en los arts. 1, 19, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro con lo que se preceptúa en el art. 117 del C. Penal, que aquellos preceptos han de referirse a las relaciones de las partes contratantes, pero no en lo que respecta, tratándose de seguros voluntarios, a la protección de las víctimas, frente a las que deberán responder directamente los aseguradores.

Por lo tanto, la referida cláusula que cita la entidad aseguradora no puede oponerse frente a la víctima o el tercero perjudicado. Su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado, pero no con respecto a las terceras personas que resultaron perjudicadas por el siniestro, las cuales tienen derecho a reclamar

directamente a la compañía aseguradora, sin perjuicio de que esta después repercuta el pago contra el asegurado o contra la persona causante del siniestro con su conducta dolosa.

Así las cosas, se desestima el recurso de la entidad R. S. G., S.A., imponiéndosele la mitad de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.)». (F. J. 4º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Administración Penitenciaria.

Recurso: Casación nº 10883/2010 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 115/2011 de fecha 25/02/2011

«En cualquier caso, podemos afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida, que podría ser un supuesto análogo al planteado por el recurrente. Y así, en las sentencia 966/2001, de 29 de mayo, se argumenta que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso penitenciario concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo el previsto en los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Y en la sentencia 47/2007, de 29 de mayo, se insiste en que cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso. En la misma resolución se matiza que sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro del proceso penal cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración, al poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar una posibilidad de fuga y en la reacción posterior a la concesión del permiso una vez que el interno no se reintegra. Según se desprende de la resolución reseñada, la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro, que es lo que sucedió en el supuesto contemplado en la referida sentencia 47/2007.

Doctrina legal aplicable al caso de autos, por lo que, en consecuencia, esta censura casacional ha de ser estimada, dictándose a continuación segunda sentencia en donde se dejará sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria declarada por el Tribunal de instancia, por lo que se activarán las previsiones de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre». (F. J. 4º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria. Cuestiones de legitimación.

Recurso: Casación nº 21/2011

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 762/2011 de fecha 07/07/2011

«2.- La posición procesal de las personas convocadas en calidad de responsables solamente civiles ha sido objeto de atención jurisprudencial, también constitucional, en la que, a la inicial posición, han sido formuladas importantes matizaciones.

De ello da cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2001 de 26 de febrero.

La decisión de la jurisdicción venía fundada en que el responsable civil subsidiario carece de legitimación para impugnar extremos referidos al propio responsable directo, que lo es también penalmente, pues debe constreñirse a los relativos a su propia responsabilidad.

El Tribunal Constitucional reconoció que él mismo había proclamado la legitimidad constitucional de la limitación de las posibilidades de actuación en el proceso penal del condenado como responsable civil subsidiario. Pero estima necesario diferenciar los supuestos: a) de daños ocasionados mediante el uso y circulación de vehículos de motor cubiertos por el seguro obligatorio, o como responsables subsidiarios en caso de seguros voluntarios, de aquellos otros, y b) en los que la ley no ha considerado necesario imponer la existencia de un seguro obligatorio y el responsable civil no es una compañía aseguradora, cuya actividad profesional se beneficia de la imposición legal de seguros que cubren los riesgos de un sector determinado y cuya relación con el condenado penalmente nace y se regula por un específico contrato de seguro., sino que la razón de responder es la condición de principal o empresario en relación a los daños y perjuicios consecuencia de las infracciones penales cometidas por sus dependientes o trabajadores en el ejercicio de su actividad profesional en un establecimiento que tienen a su cargo y en los que el marco legal aplicable es el referido de forma genérica a los responsables civiles subsidiarios.

Y concluye el Tribunal Constitucional que la diferente regulación legal de la intervención de las compañías aseguradoras, actores civiles y responsables civiles subsidiarios en general en el proceso penal constituye un dato especialmente significativo en el examen del caso analizado, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva es de los denominados de configuración legal.

Y esa configuración en la Ley de Enjuiciamiento Criminal difiere en lo que concierne a las aseguradoras de los daños de tráfico o al actor civil, donde impone restricciones inexistentes en los demás casos, respecto de otros terceros responsables civiles, en que no se establecen esas restricciones.

Por otra parte este Tribunal Supremo ha tenido ocasión de examinar el estatuto procesal de responsables civiles encuadrables en aquel segundo grupo. Así, en la Sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 898/2003 de 20 de junio, en que los responsables civiles lo eran por beneficiarse a título lucrativo del resultado del delito, en que los responsables penales fueron declarados tales por conformidad, siguiéndose el juicio en sesión solamente sobre la cuestión de la responsabilidad civil de quienes no lo eran penalmente.

En la instancia se les negó legitimación para debatir cuestiones - nulidad de actuaciones- referidas exclusivamente a la responsabilidad penal. El condenado civil recurrió en casación.

En tal ocasión dijimos que: los condenados que lo fueron sólo por su responsabilidad civil ... carecen de legitimación procesal para impugnar los pronunciamientos estrictamente penales, tema ya fijado en este caso particular por lo convenido por las partes directamente ligadas al problema, las acusaciones pública y privadas y los acusados penales, y aceptado en la sentencia.

De manera más amplia la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo nº 234/1996 de 6 de marzo abordó ese estatuto procesal del responsable civil, en el marco del procedimiento ordinario y fuera del específico ámbito del seguro automovilístico. Y. haciendo referencia a la cuestión que ahora se nos suscita, recordando la Sentencia de 19 de abril de 1989, en que se acogía al decisión del Pleno de la Sala, dijo: el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales, máxime en los supuestos en que el inculcado en la instancia se conforma con la pena que contra él se solicita por la acusación o cuando el ya condenado se acalla frente a la sentencia del tribunal "a quo" no formalizando el correspondiente recurso de casación".

Y esta doctrina no se opone a la citada constitucional. De ésta deriva solamente la ampliación de las posibilidades de actuación procesal de las aseguradoras del riesgo automovilístico, que soportan una limitación constitucionalmente aceptada.

Baste recordar que la doctrina constitucional acota el alcance de la proscripción de la indefensión, constitucionalmente relevante, a la limitación o privación del derecho de defensa que "entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto". Pero, como en el caso del amparo resuelto en la citada Sentencia del

Tribunal Constitucional, no se consideró tal indefensión, argumentando que una respuesta individual al responsable civil subsidiario no podría haber tenido un sentido distinto a la fundamentación de la desestimación de la misma pretensión respecto del condenado penalmente, lo que hizo irrelevante la limitación que se le impuso en el proceso a dicho responsable civil». (F. J. 1º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de Aseguradora. Actos del Abogado del Estado.

Recurso: Casación nº 2187/2009

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 905/2010 de fecha 21/10/2010

«El primer motivo se formula por infracción de ley, y de los arts. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía, en relación con los arts. 1,73, y 76 LCS, y 117 CP.

1. La recurrente entiende que no es extensiva a ella la responsabilidad civil, según el art. 117 CP, puesto que el hecho punible no está dentro del objeto de la cobertura dispensada, restringida a los actos de abogado ejerciente, y propios de tal actividad. El condenado, vendiendo fincas y gestionando patrimonios, no ejerció actividades propias de Abogado, ni ellas respondían a ningún encargo profesional. Además hay una manifiesta falta de cobertura temporal no apreciada por el tribunal sentenciador.

2. El Artículo 78 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, dispone, "1. Los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión. 2. Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio".

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, señala en su Artículo 1: "El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas".

Y el Artículo 73 del mismo texto indica, en su inciso primero que, "Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas

consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

Finalmente, el Artículo 76, añade que, "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Y, por su parte, el Artículo 117 CP indica que "Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".

Pues bien, no pueden entenderse infringidos los transcritos preceptos, ya que, si bien resulta evidente -y por eso resultó condenado el acusado- que la venta del inmueble contra la voluntad de la víctima es un acto que escapa al contenido de su relación profesional con la Sra. A. C., eso no significa que los poderes que permitieron al acusado realizar tal venta no tuvieran su causa en una gestión que le fue encargada en condición de letrado. En este sentido, los hechos probados de la sentencia, a cuyo tenor hay que sujetarse al impugnar la sentencia por infracción de ley, son ciertamente claros: María Antonia encargó al acusado que realizara diferentes operaciones en su beneficio, "en su condición de Abogado". Y para poder realizar esas operaciones, le otorgó poderes notariales, de los cuales el acusado más adelante abusa, abusando al tiempo de la relación de confianza que entre abogado y cliente ha de existir.

3. En cuanto a la falta de cobertura temporal, alegada por el recurrente, no creemos que le asista la razón. La póliza en virtud de la cual la compañía recurrente es condenada tenía una vigencia que iba desde el 4 de abril de 1997 hasta el 4 de abril de 1998, al margen de las prórrogas acordadas. La reclamación al asegurado, según los hechos probados se realiza durante ese periodo, como reconoce el recurrente en su recurso. Es decir, que según la cláusula 3.3 de las condiciones especiales de la póliza, que transcribe la sentencia, el siniestro está cubierto temporalmente dado que la reclamación se realiza durante la vigencia de la póliza. No combate la recurrente, aunque la sentencia aborda la cuestión de modo que puede considerarse satisfactorio, la cuestión de que el hecho generador de la

responsabilidad se hubiera realizado con anterioridad a la vigencia de la póliza (pero bajo la cobertura de otra diferente). Lo cierto es que esta previsión está contemplada en las condiciones especiales de la póliza, transcrita en la sentencia (Fundamento Jurídico Duodécimo) y de su contenido hay que entender que resulta obligada la responsabilidad de la compañía, sin perjuicio del derecho de repetición contra el asegurado». (F. J. 11º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria de Ayuntamiento. No procede.

Recurso: Casación nº 10391/2010 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 963/2010 de fecha 21/10/2010

«El motivo siguiente ya hemos señalado que invoca por el mismo cauce procesal la aplicación del artículo 120.3 C.P., por no haberse declarado la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. La aplicación de dicho precepto la fundamenta en una invocación genérica del “principio de riesgo social en relación con el fundamento locativo”, citando expresamente el ámbito normativo constituido por el artículo 54 de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases del Régimen Local, añadiendo los artículos 223 y siguientes del Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y la Ley sobre Potestades Administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, concretamente el artículo 4.1.a). Se refiere igualmente a la falta de entrada o salida para los servicios de emergencias y a la insuficiente dotación policial “en la zona, que procure mediante su presencia evitar la producción de hechos delictivos”, para concluir que ello comporta un gran peligro para la seguridad ciudadana y por ello concurre “la relación de causalidad entre las infracciones y deficiencias de seguridad advertidas y el suceso enjuiciado”.

El Ministerio Fiscal, que había solicitado también en la instancia la condena del Ayuntamiento, en su informe dirigido a la Sala de Casación interesa la desestimación del motivo a la vista de los argumentos de la Audiencia. En primer lugar, después de analizar los requisitos que deben concurrir para la aplicación del precepto que se dice infringido, con toda razón aduce que el ámbito normativo invocado por la acusación no es específicamente aplicable al caso debatido. La Ley de Bases del Régimen Local y el Reglamento citado más arriba “se refieren a los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o por la actuación de autoridades, funcionarios o agentes, situaciones distintas a las contempladas en el supuesto que nos ocupa. Por otro lado, tampoco se aprecia la infracción del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas –Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto- que en su Nomenclátor se refiere a la realización de actividades concretas que no guardan relación con la habilitación de una zona para ocio al aire libre. Y, en cuanto a la ya citada «Ley Antibotellón» de la

Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque pudiera entenderse que debían establecerse unas medidas de seguridad en los espacios habilitados para desarrollar actividades de ocio y que la dotación prevista por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera fuera escasa, no es apreciable un nexo entre la carencia de policías y la producción del resultado lesivo”.

Si la infracción reglamentaria concreta no es constatable en el presente caso, pues hay que tener en cuenta que se trata de un espacio abierto cuyo acceso no es por ello objeto de control individual de las personas que allí acuden, y que está destinado al esparcimiento consistente en el llamado “botellón”, por lo que no está prohibido el consumo de bebidas alcohólicas y por ello no es posible la requisa de sus envases, tendremos que llegar a la conclusión que la acción de las autoridades competentes en materia de seguridad no puede trasladarse a prevenir conductas individuales y puntuales sino que deberá versar sobre la prevención de los riesgos derivados de las aglomeraciones de personas, como puede suceder si se da una sobresaturación del espacio, incluso concurrencia de tumultos o enfrentamientos entre bandas rivales conocidas o insuficiencia de los accesos o de las medidas generales de seguridad e higiene, pero lo que no es posible es prevenir acciones individuales como las descritas en el “factum”. Los precedentes citados se refieren a lugares cerrados con accesos controlados y utilización de armas u objetos peligrosos susceptibles de ser requisados por ello. De aquí se desprende que no se da en el presente caso la relación de causalidad, además reforzada, que exige el entendimiento del precepto entre la omisión de la que se acusa y el suceso acaecido, que además no se hubiese producido sin dicha infracción (causalidad reforzada).

Es cierto que nuestra Jurisprudencia más reciente (S.T.S. 768/09) ha destacado respecto de la relación causal que la infracción de los Reglamentos ha de tener un enlace simplemente adecuado, de manera que el resultado se vea propiciado por ella, añadiendo la sentencia mencionada que “sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero –autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de causalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el artículo 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular transcendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal –más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas, entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectividad de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad”.

Pero en el caso no se trata de que la insuficiencia de la presencia policial generase un riesgo para la seguridad colectiva o social, porque no está en ello el origen de los hechos, sino que las acciones individuales realizadas por los autores, incluso con los medios empleados, cuya posesión en el lugar estaba permitida, hubiesen tenido lugar a pesar de aquélla en una perspectiva razonable de lo que puede alcanzar dicha prevención respecto de la seguridad individual, es decir, de la relación de causalidad entre la infracción y el daño o resultado.

Por último, como bien dice el Ministerio Fiscal, tampoco consta en el hecho probado “que la mayor o menor celeridad en la recepción de ayuda y asistencia sanitaria prestada al lesionado, hubiese afectado al curso de curación de las heridas recibidas”, por lo que la alegación del recurrente en relación con este punto de la asistencia tampoco puede ser objeto de estimación, pues carece de base fáctica». (F. J. 2º)

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria del Estado. Pasividad de la Policía.

Recurso: Casación nº 10782/2010 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1074/2010 de fecha 21/12/2010

«El motivo segundo denuncia la indebida aplicación del artículo 120.3º del Código Penal.

1.- Estima que la responsabilidad civil subsidiaria ha sido indebidamente impuesta al Estado en virtud de una interpretación extensiva del artículo 120.3º del Código Penal. Dicho artículo ha sido interpretado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala que no ha dudado en incluir en este apartado, a los empleados, en este caso funcionarios, que hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible.

2.- En el caso de los establecimientos penitenciarios, las disposiciones judiciales, respecto a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de salvaguardar la integridad física de aquellas personas que están sometidas a un régimen de sujeción especial derivado de la imposición de una pena privativa de libertad, son numerosas. En este caso, además, consta como probado que los funcionarios policiales adoptaron una posición de pasividad, tanto en su intervención personal, como en solicitar auxilio de otros empleados de la cárcel. Nos encontramos ante un supuesto incuestionable de responsabilidad del Estado como titular de los establecimientos penitenciarios.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado». (F.J. 7º)

REVELACIÓN DE SECRETOS. Elementos: arts. 197.2 y 199 CP.

Recurso: Casación nº 1072/2010
Ponente: Sr. Monterde Ferrer
Sentencia: nº 1084/2010 de fecha 09/12/2010

«En el art. 197.2 se incrimina tanto el hurto ,como el espionaje informático, dentro del tipo básico, al que también corresponde el número anterior, de modo que se sanciona el “apoderamiento, utilización o modificación” de los datos personales o familiares, tanto automatizados (soportes informáticos, electrónicos o telemáticos) como residentes en ficheros (archivo o registro) de tipo manual, (tanto público como privado); es decir, cuando las referidas conductas se hayan efectuado de manera ilegal con infracción de la Ley de protección de datos de carácter personal 15/1999, de 13 de diciembre, vigente.

Subjetivamente se exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar. La STS 11-7-01 toma en cuenta el apoderamiento a través del ordenador de datos personales reservados del Padrón Municipal, aun que sea con finalidades desconocidas.

Por tercero ha de entenderse, en primer lugar, al afectado, esto es la persona titular de los datos que son objeto de tratamiento (art. 3 LOPDP); pero, también, en segundo lugar, puede serlo otro posible tercero distinto del titular de los datos.

Y basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

Supone un supuesto agravado, castigado con prisión de 3 a 5 años, y en su mitad superior si los datos se ceden, difunden o revelan, que el delito sea realizado por un encargado o responsable del fichero de datos personales. (197.4)

-- Por su parte, el art. 199 C.P. castiga la revelación de secretos personales con infracción de la obligación de secreto profesional o con infracción de la obligación laboral de secreto, incriminándose así las infracciones del secreto profesional que establece el art.10 de la LORTAD, que cometen los llamados confidentes necesarios.

Hay que advertir que el auténtico bien jurídico protegido es la intimidad ajena, aunque exista un interés indirecto de tutela de la dignidad o prestigio de la profesión.

En cuanto a los profesionales del sector bancario, no cabe duda que los mismos acceden cotidianamente a datos relevantes de la intimidad de sus clientes, pudiendo ser calificados de “confidentes necesarios”, difuminándose sin embargo su deber de reserva frente a los requerimientos de la Administración Tributaria y de Justicia.

Y si pudiera cuestionarse su inserción en el concepto del profesional del art. 199.2, su deber de reserva podría encuadrarse en el delito del art. 199.1, en cuanto a los secretos conocidos por razón de su oficio o relación laboral, pues tal tipo, abarca los deberes de sigilo con relación a los clientes.

El TC (STC 110/84) excluyó del ámbito del art. 24 último apartado el secreto bancario de la esfera de los secretos profesionales que pueden llegara a facultar para la dispensa testimonial en el proceso penal, sin embargo tal pronunciamiento -estrictamente procesal- no tiene por qué corresponder necesariamente con el ámbito de los sujetos obligados a la reserva en el C.P». (F. J. 1º.2)

ROBO DE USO DE VEHÍCULO A MOTOR. Interpretación del art. 244 del CP.

Recurso: Casación nº 10744/2010 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 8/2011 de fecha 26/01/2011

«Es claro que, como explica la sentencia, se empezó a realizar por el acusado una sustracción del vehículo sin fuerza en las cosas, empleándose finalmente violencia por el acusado para conseguir dicha sustracción al acelerar el vehículo. Y ello es así porque violencia comporta, sin duda alguna, el hecho de acelerar la marcha cuando la víctima del acto depredatorio, tras asirse a la ventanilla y volante del vehículo, intenta detener al conductor. La reacción del propietario del automóvil tratando de impedir la sustracción del mismo, se produjo antes de que se consumara el ilícito apoderamiento, es decir antes de que el acusado tuviera la efectiva y real disponibilidad del coche y, por consiguiente, los actos de violencia ejecutados para evitar la reacción de la víctima deben integrarse en la fase de ejecución material del delito que califica el hecho como robo a tenor de lo dispuesto en el art. 244.4 C.P». (F. J. 1º)

SEGURIDAD VIAL. Dolo eventual homicida.

Recurso: Casación nº 10312/2010 P

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 890/2010 de fecha 08/10/2010

«Para dirimir la cuestión suscitada es importante partir de la premisa de que la parte recurrente no impugnó el relato fáctico de la sentencia en lo que se refiere a los elementos externos de la conducta del imputado. Ni lo objeta ahora ni lo cuestionó tampoco en el juicio de instancia. Ello significa que el acusado —tal como se expresa en la narración fáctica— circuló en sentido contrario al permitido, y después de tener una primera colisión por raspado positivo contra el vehículo turismo Peugeot 307, prosiguió circulando por dirección contraria hasta aproximadamente el km 27, lugar donde se desplazó hacia la izquierda, ocupando el arcén y parte del carril derecho. En dicha posición circuló a lo largo de 12,850 km, estando a punto de colisionar

de frente con varios vehículos, cuyos conductores hicieron maniobras evasivas para evitarlo. Y al llegar a la altura del punto kilométrico 017,150, existiendo intensidad circulatoria que ocupaba ambos carriles de la calzada, colisionó frontalmente contra el turismo Peugeot 205, matrícula A-xxxx-DP, que iba conducido por su propietario, quien no pudo evitar la colisión frontal con el vehículo del procesado. Por efecto de tal choque el vehículo Peugeot 205 colisionó a su vez contra la motocicleta Harley Davidson que iba ocupada por dos personas. Como consecuencia de la colisión fallecieron los dos ocupantes del turismo y resultaron lesionadas las personas que viajaban en la motocicleta.

A tenor de lo que se acaba de exponer, resulta evidente que el acusado generó un peligro concreto muy elevado para la vida y la integridad física de las personas que circulaban con sus vehículos por la autovía, peligro de tal magnitud que entrañaba una probabilidad muy alta de materializarse en un resultado de muerte o de lesiones muy graves para la integridad física de otros conductores y viajeros que se desplazaban correctamente con sus vehículos.

(...)

Si nos situamos en el plano propio de los fenómenos empíricos, todo indica que resulta francamente difícil que el autor perciba un peligro concreto de acentuada intensidad y no perciba al mismo tiempo un resultado eventual de lesión, pues si el autor se percata de un elevado peligro concreto para un bien jurídico no parece fácil que no esté percibiendo al mismo tiempo la lesión eventual de la víctima. Y en el caso de que perciba la posibilidad de lesión pero confíe en que no se produzca, habrá que verificar si tiene realmente controlado el riesgo o si la propia víctima lo tiene controlado, en cuyas hipótesis podría hablarse de una confianza racional y excluirse por tanto el dolo eventual de lesión.

Si, como sucede en el presente caso, el peligro generado para los bienes jurídicos es muy elevado y no constan datos indiciarios de que el acusado tuviera controlado el riesgo y tampoco constan indicios de que las víctimas lo tuvieran neutralizado, es claro que no concurren los supuestos fácticos de una situación objetiva que propiciara la confianza en la evitación del resultado. Y si se diera una creencia de esa índole, sería realmente totalmente irracional.

Por lo cual, en el supuesto enjuiciado no sólo cabe hablar de dolo de peligro concreto como señala la defensa, sino también de dolo eventual de lesión. Y es que al conocer el acusado la gravedad del peligro concreto, escenificado en los coches que casi lo rozaban al pasar y en las maniobras que tenían que hacer para esquivarlo, tenía la obligación de tomarse en serio ese peligro y abstenerse de conducir en dirección contraria por una carretera de circulación densa y rápida. Máxime cuando no concurrían elementos objetivables que neutralizaran el riesgo ya que en ningún momento se hizo referencia a ellos.

Al conocer el grado muy elevado de peligro concreto que estaba generando, tuvo que captar —ex ante— necesariamente el eventual resultado (“iba cagado de miedo”, según sus propias palabras”). Y si lo percibió y no desistió de su comportamiento arriesgado, sólo cabe concluir que, en contra de lo que alega la parte recurrente, sí estaba asumiendo o aceptando ese resultado muy probable en que acabó materializándose el riesgo.

Por consiguiente, ha de concluirse que el autor actuó con dolo eventual homicida. E igualmente, y por los mismos argumentos, ha de hablarse de dolo eventual de lesión y no de culpa consciente con respecto a las víctimas que viajaban en la motocicleta, que resultaron con graves lesiones. Ello comporta, pues, la desestimación de los motivos quinto y sexto del recurso». (F. J. 1º)

SEGURIDAD VIAL. Interpretación del art. 381 CP.

Recurso: Casación nº 1729/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1135/2010 de fecha 29/12/2010

«...el delito que se estima cometido (el previsto en el art. 381 C.P.), no es ni mucho menos un delito doloso, aunque redujéramos la voluntad dolosa a la conciencia del resultado. Basta que el resultado se produzca (poner en concreto peligro la vida y la integridad de las personas) y que ello sea consecuencia o efecto de una acción voluntaria, en el sentido de proveniente de la voluntad no condicionada del sujeto, para que tal comportamiento o conducta generadora del riesgo pueda ser calificada de absolutamente inadecuada, por la inobservancia de los más elementales deberes de cuidado, y por tanto integradora del delito culposo del art. 381 C.P.

Tiene razón el recurrente en el sentido de que la conducta no difiere de otras relativas a la inobservancia de una señal de tráfico sensible o importante. La conciencia del resultado, que pretende insertar el impugnante, formaría parte en el mejor de los casos del delito del art. 384 C.P. del que se absuelve al mismo. En el art. 384 C.P. se regula una particular aplicación del dolo eventual a los delitos de riesgo. La conciencia a que tanto se refiere el recurrente no puede ir referida al resultado como altamente probable, so pena de incurrir en el mentado delito del art. 384 C.P.

3. Consecuentes con lo dicho, hemos de concluir que en el supuesto concernido se dan los elementos precisos para efectuar la subsunción en el art. 381 C.P. La creación del peligro fue consecuencia de su conducta omisiva, gravemente imprudente, pues tanto da incumplir una de las señales de tráfico a que alude el recurrente (v.g. semáforo en rojo), que no apercibirse de una importantísima señal, perfectamente visible y que todos ven o deben ver. Tal conducta no puede sino calificarse de temeraria, pues equivaldría a conducir por un instante con una venda en los ojos, situación que crearía el mismo riesgo que si se incumpliera abiertamente una importante señal de tráfico, si

con ello se crea un concreto y preciso peligro para la integridad corporal y la vida de las personas.

El motivo ha de rechazarse». (F. J. 1º)

SEGURIDAD VIAL. Reglas concursales. Doctrina.

Recurso: Casación nº 1729/2010

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1135/2010 de fecha 29/12/2010

«1. Así, en el motivo 6º, canalizado por la vía prevista en el art. 849-1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley) entiende indebidamente aplicado el art. 383 del C.Penal, aunque en sus cuatro líneas argumentales, no acierte a descubrir las razones de la aplicación indebida del precepto en cuestión.

Aunque no cite los argumentos y razones de su indebida aplicación, al Mº Fiscal, única parte contraria, no se le produce indefensión alguna, ya que en todo momento tuvo la posibilidad de sostener la adecuada consideración del precepto o su aplicación improcedente, por razones diferentes a las aducidas por la parte, dada la obligación orgánica que le afecta de actuar con criterios de imparcialidad y objetividad.

2. En efecto el art. 383 C.P. que, a partir de la reforma operada en el Código Penal a través de la Ley Orgánica nº 15 de 2007 de 30 de noviembre, ha pasado a formar parte del art. 382 del actual Código Penal, no resulta aplicable al caso, por así impedirlo el principio de legalidad o de no retroactividad de las leyes perjudiciales o desfavorables para el reo (art. 9-3, 25 C.E. y art. 2 C.P.).

Los hechos ocurrieron el 5 de octubre de 2007 a las 11,30 horas, luego el precepto en vigor es el antiguo art. 383 C.P., que establece "cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas previstas en el art. 66 C.P."

A pesar de las críticas unánimes de la doctrina científica, es patente que dicho precepto consagra una cláusula concursal específica. En este sentido, el legislador ha considerado que se trata de un concurso de leyes y sanciona tan sólo uno de los hechos, el más gravemente penado. Aplica directamente la cláusula de alternatividad y mayor rango punitivo que el art. 8.4º C.P. establece para resolver el concurso de normas que se proyecta sobre el hecho enjuiciado, siendo por ello doctrina de la Sala que el delito de peligro

seguido de otro con resultado de igual o mayor rango penal queda consumido en éste.

La regla concursal específica no se ve alterada en el caso de concurrencia de diversos resultados lesivos, pues la absorción se producirá siempre en la infracción mas gravemente penada. Realmente el art. 383 (ahora 382) consagra un concurso de normas a resolver por el nº 4 del at. 8 C.P. que es la solución específica prevista por el referido art. 383 C.P.

3. Trasladando estas ideas a nuestro caso podemos comprobar que efectivamente, además de la producción de la muerte (art. 142-1º C.P.), se incurrió en el delito del at. 383 C.P. entonces vigente, ya que además de ese resultado se puso en peligro concreto la integridad corporal y la vida de Félix Perera, conductor del vehículo, cuyos ocupantes sufrieron a su vez lesiones del art. 147.1 del C.Penal sin importar ahora que fueran del 147.2 C.P.

Consiguientemente la protesta contenida en el motivo séptimo, articulado por el cauce del art. 849-1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 77 C.P. será igualmente estimable. Este precepto prevé el concurso ideal, medial o instrumental de delitos cuando el art. 383 C.P. resuelve la concurrencia de éstos como concurso de normas, estableciendo una excepción a la aplicación específica del art. 77 C.P. que lo excluye.

4. A la vista de la dúplice estimación, resulta indiferente la resolución de los restantes motivos como ya anticipamos.

En efecto, en los motivos 4º, 5º y 9º, se pretende degradar la infracción delictiva imprudente de lesiones que se aplica (art. 152-1.1º, en relación al 147 ambos del C.Penal) a la consideración de falta del art. 621-1º C.P. en un caso por entender que no quedó acreditado "el tratamiento médico" como elemento integrante del injusto típico a efectos de calificar como delito el resultado lesivo afectante a dos de los usuarios de la vía (motivo 4º) o bien por no aplicar el nº 2º del at. 147 C.P., que conduciría a la calificación de la infracción punible como falta (art. 621-1º, en relación al 147-2º C.P.) argumento que integra el contenido del motivo 5º, bien, finalmente, por incluir dentro del factum la expresión "tratamiento médico" sin especificar suficientemente en que consistió (predeterminación del fallo) lo que alegó y sostuvo en el motivo 9º, como quebrantamiento de forma.

Pues bien, la indiferencia de la estimación o desestimación de esos tres motivos deriva de la imperativa consideración de la infracción más grave a efectos punitivos, que es la prevista en el art. 142-1º en relación al 138 C.P. Pero es que además desde el punto de vista de las responsabilidades civiles, las producidas a los afectados por el accidente, deben incluirse en todo caso, provengan de un delito o de una falta, o nos hallemos ante un concurso de normas o de delitos, según prevé el art. 383 C.P. en su redacción anterior a la reforma producida por la Ley Orgánica 15/2007.

5. También pierde su interés por improcedente e inaplicable el art. 77 del C.P., que el recurrente pretende sea considerado, en la alternativa más

favorable -según él- de penar las infracciones por separado (motivo 8º). Como dijimos el art. 383 C.P. prevé una aplicación especial del concurso de normas penales, concretamente del art. 8-4º C.P. que lógicamente excluye de modo absoluto por incompatible la aplicación del art. 77 C.P., previsto para el concurso ideal, medial o instrumental de delitos.

La reforma operada por la tan citada Ley Orgánica 15/1007 dio una redacción más acorde con el conjunto de infracciones que pretenden castigarse en el art. 383 C.P. que pasa a ser el 382 C.P. con el siguiente texto: "Cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces y tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado".

Es obvio que el nuevo texto consagra un concurso ideal específico, en cuanto contiene una previsión o régimen particular que lo separa del art. 77 C.P. ya que en el art. 382 C.P. no se prevé el castigo por separado de las distintas infracciones, aunque ello pudiera ser más favorable para el reo.

En suma, los motivos 4º, 5º, 8º y 9º, debe desestimarse por inoperantes e inútiles, estimándose los figurados en los números 6º y 7º». (F. J. 4º)

SEGURIDAD VIAL. Reglas concursales. Puesta en peligro de varias vidas.

Recurso: Casación nº 589/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1019/2010 de fecha 02/11/2010

«El motivo cuarto, formalizado por el mismo cauce que el anterior, denuncia la indebida aplicación del art. 383 en su redacción anterior a la reforma operada por LO 15/2007, de 30 de noviembre. Dice el recurrente que lo que hay es un concurso real y no ideal. Ya hemos señalado que una misma acción ha ocasionado todos los aludidos resultados, estando en presencia, en consecuencia, de un concurso ideal pluriofensivo (no medial o instrumental), que a ambas variedades de concurso ideal se refiere el art. 77 del Código penal, en su construcción penológica, lo que ha de producir la desestimación de este reproche casacional, así como la segunda parte del mismo, mucho más sugerente, en donde el autor del recurso plantea que, entre el primer accidente y el segundo, debe existir otro concurso real, penando separadamente los hechos. Pero hemos de convenir que a lo más que podría accederse es a la aplicación de una continuidad delictiva, de dificultosa construcción en tanto se afectan bienes personales, y en todo caso, consideramos que la acción es única, en tanto que todos estos luctuosos sucesos se han producido prácticamente en unidad de acto, dada la progresión del móvil y lo inmediato de la causación de ambos accidentes, en función del corto espacio en el que se producen. Así, en el caso de varias

vidas puestas en peligro, la STS 1464/2005, de 17 de noviembre, se pronuncia a favor de que el tipo entraña una unidad delictiva en el sentido de que existirá un sólo delito con independencia del número de vidas despreciadas o puestas en peligro. Y la STS 703/2001, de 28 de abril, exige que se imponga una pena única.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar». (F. J. 5º)

SEGURIDAD VIAL. Temeridad manifiesta

Recurso: Casación nº 589/2010

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1019/2010 de fecha 02/11/2010

«Los hechos declarados probados de la sentencia recurrida narran que el acusado el día 11 de marzo de 2007, se incorporó a una autovía en sentido contrario, situación en la que mantuvo su marcha durante aproximadamente 40 kilómetros, lo que produjo que los demás usuarios de la vía, que circulaban correctamente, tuvieran que realizar maniobras evasivas de emergencia, ante el pánico de esta situación, de manera que, primeramente, en el punto kilométrico 194,600, el vehículo M-6168-VG ha de saltar la mediana, al perder el control, colisionando con el 9664 DLT, que circulaba en sentido contrario, y fruto de tan violenta maniobra, resultan muertos ambos conductores (un hombre y una mujer), y se originan lesiones gravísimas las dos ocupantes del primero, además de siniestro total ambos móviles, y apenas 6 kilómetros después, el vehículo VA-7089-AC colisiona contra la biomba de protección de la vía, a causa de la conducción del turismo del acusado, que seguía por el carril contrario a su marcha, originándose importantes lesiones tanto su conductor, como la ocupante del mismo, produciéndose importantes desperfectos en el vehículo en el que transitaban (por importe de 9.085,17 euros), y resultando dañada la protección de la vía pública en la suma de 290,17 euros.

Es evidente que quien desprecia la vida de los demás, conoce y admite que lo hace, pues no puede despreciarse lo que no se conoce, sea de forma consciente o bien de manera manifiesta.

Resuelto el problema del dolo, que la doctrina ha acuñado bajo la modalidad del dolo eventual, pues no de otro modo puede calificarse la conducta del que conduce un trayecto tan largo (y aún menor, aunque éste no es el caso) en el sentido contrario al sentido de circulación de los vehículos en una autovía, los hechos no pueden calificarse en el tipo delictivo correspondiente a la conducción temeraria, sino en un grado más, esto es, la conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384, en la redacción vigente en el momento de ocurrir tales hechos), que ahora, con mayor precisión, determina la ley como de manifiesto desprecio, en el art. 381 del Código penal. La conducta es la misma (la aludida conducción temeraria), pero se añade un componente de dolo eventual, que está sin embargo ausente en el tipo básico, que la ley califica como culposo. Esto tiene una

importancia decisiva en orden a la relación concursal, pues mientras que en la conducción temeraria ordinaria los demás resultados producidos entran en la relación concursal que establecía el anterior art. 383, dejando fuera el art. 384, que por consiguiente seguía la norma general del art. 77 del Código penal, ahora el art. 382 llega al mismo resultado, pero aplicando a todos ellos el concurso de delitos, con su misma solución penológica, sin que proceda ahora discusión alguna relacionada con los aludidos concursos, si se trata de normas o delictuales.

Esta Sala Casacional también ha calificado como constitutivo de delito de conducción con consciente desprecio por los demás situaciones como la que ahora juzgamos. Así, en la STS 890/2010, de 8 de octubre, declaramos que “resulta evidente que el acusado generó un peligro concreto muy elevado para la vida y la integridad física de las personas que circulaban con sus vehículos por la autovía, peligro de tal magnitud que entrañaba una probabilidad muy alta de materializarse en un resultado de muerte o de lesiones muy graves para la integridad física de otros conductores y viajeros que se desplazaban correctamente con sus vehículos”.

Estos delitos –continúa diciendo dicha resolución judicial– son concebidos en la doctrina como tentativas de homicidio con dolo eventual, al estimarse que el “manifiesto desprecio” supone una objetivación del dolo basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, de tal modo que no se puede alegar que se esperaba o se confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado. Y lo que sucede en el presente caso es que el riesgo típico de la conducción temeraria acabó materializándose en el resultado, de ahí que no quepa acudir a una mera tentativa con dolo eventual, tipificada como delito de peligro concreto en el (antiguo) art. 381.1 del C. Penal, hoy 384, en lo que puede entenderse como una modalidad de tentativa de homicidio atenuada o privilegiada (conducción suicida). Debe acudirse por tanto, una vez producidas las muertes, al tipo doloso de resultado previsto en el art. 138 del C. Penal. Ya que es meridiano que el que actúa con dolo eventual en este tipo de comportamientos, causa uno o varios delitos de homicidio dolosos, o uno o varios de lesiones, si fuera el caso, en la modalidad de dolo indirecto eventual.

La STS 561/2002, de 1 de abril, ya declaró que un detenido análisis pone de relieve que en el consciente [hoy manifiesto] desprecio por la vida de los demás, (...), el tipo subjetivo está constituido por la conciencia y voluntariedad de la infracción de una norma de cuidado relativa al tráfico, a la conducción de un vehículo de motor o a la seguridad vial, pero no por la conciencia y voluntariedad del resultado que eventualmente puede ocasionar aquella infracción, mientras que en el delito a que ahora nos referimos el dolo abarca no sólo la infracción de la norma de cuidado sino también el eventual resultado. No de otra forma puede ser interpretado el tipo en cuestión. Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que los pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al

menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual. Y si, en tal caso, el resultado representado y admitido se produjese, difícilmente se le podría dejar de imputar al autor a título de dolo.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 11-4-2001, cuando, después de describir que el allí recurrente en casación transitó por una vía rápida, en sentido contrario al obligatorio, durante un trayecto notablemente superior a 1,5 kilómetros, aumentado incluso su velocidad ante la advertencia de otro conductor sobre la irregularidad de su proceder y mientras se cruzaba con otros vehículos, concluye que no cabe duda que en ese modo de obrar fue patente la concurrencia del "consciente desprecio por la vida de los demás" que requiere el (entonces) art. 384.1 de. CP, puesto que el hecho descrito constituye, en términos de experiencia corriente, para cualquiera, un foco de grave peligro actual, dada la previsible entidad lesiva de las consecuencias de un choque o incluso de una maniobra evasiva de emergencia, de probable fácil producción, en tales condiciones.

Por consiguiente, es igualmente de estimar el motivo de la acusación particular, en tanto que el dolo eventual que se deja expuesto, concurrente en la conducta del acusado, conduce inexorablemente a la calificación del delito ocasionado como de consciente desprecio por la vida de los demás, y además, genera su combinación concursal –ideal, en la modalidad de concurso pluriofensivo–, en el caso, con dos delitos de homicidio dolosos y cuatro delitos de lesiones dolosas, ya que una misma acción produce todos los aludidos resultados delictivos, a castigar conforme a las reglas disciplinadas en el art. 77 del Código penal, o bien, hoy, en el art. 382, que establece idéntica regla penológica. Aplicaremos, pues, el art. 77 (y no el 382) para que no pueda existir atisbo de duda alguna sobre retroacción desfavorable al reo, una vez incardinada su conducta inicial en el art. 384 del Código penal, igualmente vigente en el momento de producirse los hechos.

Y estableceremos la correspondiente regla penológica en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto, por estimación de esta censura casacional». (F. J. 4º

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Diferencias entre el ilícito penal y la mera infracción administrativa.

Recurso: Casación nº 706/2010

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 811/2010 de fecha 06/10/2010

«La sentencia recurrida cita jurisprudencia de esta Sala en la que pretende hallar una interpretación que parece excluir de la remisión normativa al art. 5, quedando reducidas las armas prohibidas a las contenidas en el art. 4 del Reglamento, a cuyo precepto debe entenderse referida la complementación exigida por el art. 563 C.P., con las matizaciones sobre la inconstitucionalidad de la cláusula final del apartado f), que no superaría el filtro a que nos acabamos de referir y precisamente por la amplitud e

incorrección de la expresión "cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas". La línea jurisprudencial sentada por esta Sala (véase SS.TS. nº 74 de 22 de enero de 2001; nº 163 de 9 de febrero de 2001; nº 876 de 18 de mayo de 2001 y nº 369 de 15 de marzo de 2003, entre otras) no excluye de forma expresa la relación de armas contenida en el art. 5º.

Nadie dudaría del carácter de arma prohibida que se atribuye a "las armas de fuego largas de cañones recortados" a que se contrae el apartado g) del mentado artículo 5º del Reglamento de armas.

Lo que realmente quiere significar la doctrina contenida en aquellas resoluciones, es que las únicas armas que deben considerarse prohibidas, por la simple remisión normativa directa, son las del art. 4, ya que las contenidas en el siguiente, su carácter prohibitivo debe concretarse "de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias", como preceptúa en su apartado primero.

No obstante, la condición de prohibido del instrumento poseído por los procesados viene impuesto desde perspectivas hermenéuticas formales y materiales.

Desde el punto de vista formal, la remisión a las armas prohibidas, sin mayores precisiones, nos conduce a la Sección 4ª del Capítulo preliminar del Reglamento intitulado "Armas prohibidas", en el que se establece una relación de los que se consideran tales en los arts. 4º y 5º, que son los integrantes de tal sección.

Ambos preceptos se introducen a través de conductas nucleares similares: "Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas y sus imitaciones".

Por su parte el art. 5 nos dice: "Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso....." y en el apartado c) se mencionan a las "defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares".

Únicamente habría que estar a lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias y respecto a dichas defensas eléctricas no se autoriza el uso o tenencia de las mismas, a cualquier persona.

Desde el punto de vista material, el instrumento intervenido lleva implícita una acusada peligrosidad en su uso ofensivo o defensivo, dada la virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros. (F. J. 2º)

Ahora bien en el caso presente, aun reconociendo el motivado, extenso, fundamentado recurso del Ministerio Fiscal que recoge la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia, su aplicación se ve obstaculizado por las carencias y deficiencias de la instrucción de la causa, en la que solo consta al folio 25 una diligencia de intervención de "una

defensa eléctrica, rectangular, de color negro, STUN MAX de 600 Voltios", sin que se haya practicado prueba pericial o informe de los equipos especializados de la Policía judicial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva, al contrario de los otros casos analizados en la jurisprudencia en las sentencias transcritas por el Ministerio Fiscal.

Así en la STS. 1390/2004 de 22.11, existía un informe pericial, ratificado en la Vista, que precisaba que la defensa eléctrica...funciona correctamente, su alto voltaje (65.000 v) y baja intensidad, actúan sobre el organismo con un efecto paralizante temporal, pero que si es persistente puede producir lesiones graves, máxime si se trata de enfermos crónicos, cardiacos o con dispositivos electrónicos implantados en el organismo.

En la STS. 1271/2006 de 19.12, un informe de la Brigada Provincial de Madrid de "balística forense, en el sentido de que la defensa eléctrica es "un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad", cuya utilización produce el efecto de "descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma".

Y en la STS. 1511/2003 de 17.11, un informe pericial que manifiesta que "se trata de un objeto que emite pequeñas descargas de entre 35 y 50 mil voltios, siendo arma de defensa que puede provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscularú y posibilidad de originar pérdida de equilibrio...".

Supuestos por tanto, distintos del presente en el que solo consta el voltaje de la defensa, 600 voltios, notablemente inferior al de otro tipo de defensas eléctricas –y no su virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad física de terceros-. No acreditada la situación objetiva de riesgo y de lesión del bien jurídico, la tenencia de la referida defensa eléctrica no debe caer dentro del injusto típico previsto en el art. 563 CP. (F. J. 3º)

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Subtipo agravado. Comunicabilidad dolosa a terceros: culpabilidad.

Recurso: Casación nº 621/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 895/2010 de fecha 14/10/2010

«El motivo cuarto, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el subtipo agravado del delito de tenencia ilícita de armas por tener borrado el número de serie de la pistola hallada en su domicilio --art. 564--.

El Ministerio Fiscal ha prestado su apoyo al motivo desde el respeto a los hechos probados en donde solo se dice que, en efecto, la pistola tenía

borrados los números de serie pero nada se dice sobre que este hecho fuese conocido por el recurrente.

La jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con el principio de culpabilidad no ha aceptado aplicaciones automáticas de tipos agravados como el que nos ocupa, sin previa acreditación de que el autor era conocedor de dicha circunstancia o él mismo era el autor de la eliminación de la numeración.

Una vez más hay que recordar que la culpabilidad es la base de la punibilidad, y por eso, como se dice en la STS 1071/2006 de 9 de Noviembre "...el dolo del tenedor del arma debe alcanzar los elementos objetivos de todas las agravaciones como se desprende del art. 65 Cpenal....".

Nada de esto se dice en la sentencia.

Procede la estimación del motivo». (F. J. 13º)

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Tipo agravado del art. 564.2.3 CP. No concurre.

Recurso: Casación nº 382/2010

Ponente: Sr. Marchena Gómez

Sentencia: nº 901/2010 de fecha 15/10/2010

«C) El segundo de los motivos, con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim, sostiene la existencia de un error de derecho en la aplicación del art. 564.2.3 del CP.

Este precepto –alega el recurrente- sanciona con mayor pena aquellos casos en los que la detentación se refiera a armas que "...hayan sido transformadas, modificando sus características originales". Sin embargo, lo que sucedió en el presente caso es que se modificó la estructura del arma con la finalidad de devolverla a su estado original.

Tiene razón la defensa.

La cuestión se centra en determinar si quien dispone de una pistola semiautomática que había sido inutilizada mediante el fresado longitudinal del cañón y a la que posteriormente se aplicó soldadura eléctrica con el fin de rellenar el agujero abierto para dejarla en correcto estado de funcionamiento, devolviéndola a su estado original, comete el delito agravado previsto en el art. 564.2.3 del CP.

El art. 108.1 b) del Reglamento de Armas fija las condiciones de inutilización de las pistolas, señalando que éstas "...deben tener en el cañón y, en su caso, en los cañones intercambiables, un fresado, paralelo a su eje, practicado a partir de su plano de culata, en la parte que coincida con la ventana de expulsión, de longitud igual a la del cartucho y de anchura igual al calibre, aproximadamente".

El factum de la sentencia cuestionada no menciona si la inutilización previa fue practicada con arreglo a las prescripciones legales, con los efectos previstos, desde el punto de vista de su tenencia, en el apartado 4 del mismo art. 108, o si, por el contrario, se trató de una manipulación inicial, puramente transitoria y ajena a todo control administrativo. Lo que sí precisa es que la tenencia del arma por los acusados, en el momento de su aprehensión, era absolutamente clandestina, ajena a cualquier autorización administrativa y se hallaba en pleno estado de funcionamiento.

Conviene recordar que la reparación de armas de fuego, incluida por tanto aquellas que tienen por fin devolver las armas a su funcionalidad inicial, se halla expresamente regulada en el art. 26 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. En este precepto se establece un principio de exclusión, con el fin de que sólo puedan llevar a cabo esa tarea "...las industrias que las hubiesen fabricado o por armeros, autorizados por la Intervención de Armas de la Guardia Civil, con establecimientos abiertos e inscritos en un registro que llevará la misma Intervención". Ello significa que las labores clandestinas o no especializadas de reparación de un arma de fuego desbordan el marco legal preventivo querido por el legislador, incluso, en aquellas ocasiones en las que lo único que se persigue es su puesta en funcionamiento conforme a su estado original.

Sin embargo, la simple constatación de su ilegalidad no da respuesta al interrogante referido a la aplicación del tipo agravado incardinado en el art. 564.2.3 del CP. En principio, los tres apartados que integran ese precepto participan de una nota común, a saber el mayor desvalor del resultado respecto de la seguridad. Y parece claro que la reposición de un arma de fuego a su estado inicial, restañando el fresado de su cañón y haciéndola apta para el disparo, implica una operación singularmente idónea para la ofensa del bien jurídico. Se trata, al fin y a cabo, de hacer posible el uso de un arma que anteriormente carecía de cualquier capacidad de disparo.

Pese a todo, sólo a partir de un entendimiento excesivamente flexible de las exigencias del principio de legalidad, podría avalar esta Sala la interpretación de que modificar las características originales –ésta es la acción típica agravada del art. 564.2.3 del CP- es lo mismo que restablecer las características originales de un arma.

Por cuanto antecede, se impone la estimación del motivo, dejando sin efecto la condena por aplicación del tipo agravado respecto de la pistola semiautomática de la marca Star, modelo BKS, calibre 9 mm Parabellum, sancionando su tenencia conforme al tipo básico previsto en el art. 564.1.1, habida cuenta de la falta de licencia o permiso necesario para su posesión, hecho expresamente proclamado en el factum.

Las consecuencias punitivas de la estimación del recurso –que beneficiará a ambos recurrentes por disponerlo así el art. 903 de la LECrim- serán objeto de tratamiento en nuestra segunda sentencia». (F. J. 3º)

TENTATIVA. Desistimiento activo: evolución legislativa e interpretación actual.

Recurso: Casación nº 10798/2010 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 111/2011 de fecha 22/02/2011

«El motivo segundo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal. Estima que la calificación jurídica que de los hechos efectuó el Tribunal --homicidio en tentativa--, es incorrecta, ya que debió apreciarse la excusa absolutoria del art. 16-2 Cpenal --desistimiento activo-- y sancionarse los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 148 Cpenal.

El Ministerio Fiscal apoya dicho motivo por estimar que desde el respeto a los hechos probados, se está, en efecto ante un desistimiento activo por parte del recurrente y como tal debe ser absuelto del delito de homicidio en tentativa, condenando los hechos por lo realmente cometido y consumado: un delito de lesiones con deformidad del art. 150 CPenal, no siendo óbice el que inicialmente el recurrente tuviese un animus necandi, en el que no persistió por la llamada efectuada al teléfono de emergencias, lo que por otra parte no es obstáculo para apreciar el delito de lesiones con deformidad en base a las cicatrices en el rostro con el que resultó la víctima.

La cuestión que plantea el recurrente se refiere al desistimiento voluntario del agente de la acción criminal, y a los efectos que el mismo debe tener tanto en el campo de la calificación jurídica de los hechos como en el de la pena.

En esta materia, es forzoso referirse al cambio operado en el Cpenal actual, frente a la situación del Cpenal de 1973.

En el Cpenal de 1973 se regulaba independientemente el delito frustrado y en tentativa. En relación a este último, en el art. 3 párrafo 3º se decía:

"...Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos posteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no fuese su propio y voluntario desistimiento....".

De ello, se derivaba que solo cabría el desistimiento --desistimiento pasivo-- en casos de tentativa, es decir cuando el agente da principio a los actos de ejecución pero voluntariamente no los concluye. En el caso de que el agente llevara a cabo todos los actos de ejecución (delito frustrado), no estaba previsto ex lege el desistimiento. Hay que recordar que el delito frustrado lo era solo cuando el resultado no se producía "...por causas independientes de la voluntad del agente....".

En el Cpenal actual de 1995, desaparece la distinción entre delito frustrado y en tentativa, refundiéndose ambas categorías en una sola: el delito en tentativa. El art. 16 es como sigue:

"1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta".

De acuerdo con ello, dentro del actual delito en tentativa, se distinguen dos estadios: que el agente practique todos los actos de ejecución, o una parte de los actos de ejecución, es decir, desaparece la frustración y se habla solo de tentativa en un sentido amplio.

A los efectos punitivos, el art. 62 establece que a los autores del delito en tentativa, se les aplicará la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro y al grado de ejecución.

Con el cambio operado, de alguna manera, el Código ha venido a reconocer la terminología doctrinal de tentativa acabada y tentativa inacabada.

En aquella todos los actos ejecutivos están ejecutados en su totalidad y en esta, solo una parte, y paralelamente, la rebaja penal sería de un grado en los casos de tentativa acabada, y de dos grados en los de tentativa inacabada, aunque también, habrá de tenerse en cuenta el peligro inherente al intento delictivo --ex art. 62 Cpenal--.

En tal sentido, SSTS de 21 de Marzo de 2000, 1437/2000, 558/2002, 409/2004 ó 837/2005. De esta última retenemos el siguiente párrafo:

"...En general, esta Sala en varias resoluciones ha sido sensible al criterio doctrinal de distinguirse entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Aquella supone una ejecución parcial de los actos de ejecución, esta una ejecución total. En aquella procedería la imposición de la pena en dos grados, en esta en un solo grado....".

Sin duda, lo más relevante de la nueva regulación de la tentativa en el vigente Código es que en el art. 16-2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada, en los siguientes términos:

"...Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fuesen ya constitutivos de otro delito o falta...."

A la vista de esta redacción, hay que convenir que el vigente Código distingue un desistimiento "pasivo" y que consistiría en que voluntariamente el agente no concluye los actos de ejecución, y junto con éste, se prevé un desistimiento "activo" para aquél que ha agotado todos los actos de ejecución, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar el efecto delictivo de la acción ejecutada, por eso, se hace referencia en el art. 16-2 a la expresión *"...bien impidiendo la producción del resultado...."*. Es decir se exige un actus contrarius que neutralice e impida el resultado delictivo de la acción ejecutada.

Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala porque si durante la vigencia del Cpenal 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino solo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código --reparación del daño--, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo en delitos contra la vida --como es el caso--, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de animus necandi.

En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones --según la entidad de las mismas--, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.

¿Qué explicación o justificación puede tener la nueva regulación del desistimiento activo del delito intentado del art. 16-2º Cpenal?

En sede doctrinal, son varias las teorías que han tratado de justificar los beneficios penales que se derivan del desistimiento activo. Ha habido autores que han hablado de la "teoría del premio" que articula este instituto como un "puente de plata" para el delincuente que evita el resultado delictivo inicialmente apetecido, otros sectores se inclinan por la innecesariedad de la pena del delito desistido ante la falta de la suficiente voluntad delictiva del agente, o bien, a la teoría de la compensación fundada en un actus contrarius

del agente o un "dolo de salvación" que neutralizaría el inicial dolo criminal, y también se ha justificado la respuesta por falta de tipicidad del delito inicialmente querido.

En definitiva la razón principal que parece justificar la actual regulación del art. 16-2º Cpenal, es de índole político-criminal por estimar que la aplicación de la pena del delito impedido por el propio agente sería contraria a los principios que informan el sistema de justicia penal tales como los de mínima intervención, necesidad de pena y proporcionalidad de la respuesta.

Ambos casos de desistimiento, el pasivo de la tentativa inacabada, y el activo de la tentativa acabada, tienen una consecuencia común: hay una excusa absolutoria por el delito intentado, pero si los actos de ejecución practicados constituyen otro delito, deben ser sancionados como tal.

Como elementos diferentes se pueden consignar los siguientes:

En el desistimiento de la tentativa inacabada, concurren tres requisitos:

a) La omisión por parte del agente de la continuación de la acción para impedir su consumación, por ello la sola interrupción de los actos ejecutivos será normalmente eficaz para impedir el resultado.

b) Que dicha omisión sea voluntaria, es decir la omisión debe ser exclusivamente fruto de su voluntad, de un cambio de su voluntad, no siendo voluntario cuando las circunstancias ajenas impidan la consumación.

c) Que sea definitivo ese cambio de voluntad.

En el desistimiento en la tentativa acabada:

a) Se exige un acto contrario o los anteriores ejecutados por el agente que neutralice el curso delictivo impidiendo la producción del resultado. Dicho de otro modo, hay una novación del dolo inicial del agente, que de estar animado por una intención criminal, se transmuta, como ya hemos dicho, en un "dolo de salvación" tendente a evitar la producción del resultado.

b) Ese "dolo de salvación" tiene que ser eficaz, es decir evitar el resultado, pues así lo exige el art. 16-2º Cpenal.

c) Tal acto debe ser voluntario, por lo tanto solo será posible tal voluntariedad cuando el actus contrarius sea anterior a que el hecho sea descubierto, y el agente tenga conocimiento de tal descubrimiento. (F. J. 4º)

Esta Sala Casacional ha venido aplicando el desistimiento activo en la tentativa acabada con rigurosidad en cuanto a la existencia del actus contrarius eficaz del agente, pero al mismo tiempo, con flexibilidad en la medida que ha admitido tal excusa no solo cuando tal actus contrarius

provenza del agente, sino también, cuando provenza de tercera persona que actúa a instancia de aquél.

En este sentido, se pronunció el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 15 de Febrero de 2002 cuyo tenor es el siguiente:

Acuerdo: La interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia en la conducta que detiene el "iter criminis", pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito; como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente o consiguen, es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el artículo 16.2 CP.

El contenido de dicho Acuerdo se plasmó en la STS 446/2002 de 1 de Marzo, primero que aplicó la excusa absolutoria respecto de la actuación de un tercero. Evidentemente, con anterioridad, esta Sala ya había aplicado el desistimiento activo del agente de acuerdo con la prescripción del art. 16-2º Cpenal.

En síntesis, los hechos de dicha sentencia 446/2002, se referían a que el procesado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que "a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil".

Se razonaba en la sentencia que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión. Sin embargo dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz.

En la sentencia que se comenta, discrepando de la calificación del Tribunal sentenciador --que calificó los hechos como tentativa de homicidio--, esta Sala estimó que se estaba en presencia de un desistimiento activo, en una tentativa acabada, a resolver aplicando la excusa absolutoria por la acción criminal emprendida por el agente, estableciendo, de acuerdo con la previsión del art. 16-2º en los actos de ejecución realizados eran constitutivos de un delito de lesiones, y se concluyó afirmando que si bien el procesado había querido cometer un delito de homicidio, dada su actitud para evitar lo que en el curso normal de los hechos hubiese ocurrido --la muerte de su esposa--, realmente lo cometido fue un delito de lesiones consumadas.

Son numerosas las sentencias que han aplicado el desistimiento en su doble faceta activa o pasiva. Así, recientemente la STS 804/2010 de 24 de Septiembre. El caso se refería a una agresión del hombre a su esposa, que con una indudable intención homicida, pretende seccionar el cuello de su esposa sin que se produzca el corte porque la víctima, instintivamente agacha la cabeza y resulta lesionada en el mentón. En ese momento, el agresor interrumpe su acometida y abre la puerta de la vivienda donde ocurrían los hechos, y permite que su mujer huya. El homicidio no llegó a consumarse y ello fue posible por la actitud del agresor que sin impedimento alguno, y por tanto fruto de su libre voluntad, suspendió voluntariamente y definitivamente su acción homicida, conducta que la sentencia citada estimó bastante para la apreciación de la figura del desistimiento.

De esta sentencia es relevante retener esta reflexión que relativiza el debate de si en el caso concernido se está en una tentativa acabada o inacabada y que obra en su f.jdco. segundo.

"...A la postre, cualquiera que fuera el grado alcanzado en la ejecución del hecho, lo que no puede negarse es que la causa directa de la no producción del resultado mortal, y consecuente consumación del homicidio según la misma literalidad de los hechos probados por la recurrida, no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima, por lo que el "desistimiento", en este caso propio u omisivo, de la ejecución ya iniciada debe operar, como con toda corrección lo entendió el Tribunal a quo, en el sentido de la exención de la responsabilidad en relación con el homicidio intentado, acompañada de la condena por las lesiones consumadas....".

Asimismo se pueden citar las siguientes sentencias que han abordado la cuestión del desistimiento con idéntica doctrina a la expuesta, las SSTS 1043/1999 de 25 de Junio, 197/2000, 1270/2006 de 13 de Noviembre, 527/2009 de 22 de Mayo y 456/2009 de 27 de Abril. En relación a esta última hay que destacar que se contiene igual doctrina que la ya expuesta en cuanto al desistimiento activo y pasivo, si bien en el concreto caso enjuiciado se rechazó la tesis del recurrente que solicitaba la aplicación del desistimiento activo, porque el recurrente, que había golpeado brutalmente a su esposa con un martillo y que la creyó muerta, solo desde esa creencia avisó a la policía, exclusivamente a la policía y no a los servicios sanitarios. La esposa no había muerto y en esa situación la Sala estimó que no había habido ningún desistimiento activo». (F. J. 5º)

TENTATIVA. Individualización de la pena y grado de ejecución del delito.

Recurso: Casación nº 1604/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreriro

Sentencia: nº 1180/2010 de fecha 22/12/2010

«Pues bien, el art. 62 establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas ejecutadas en fase de tentativa: el

“peligro inherente al intento” y el “grado de ejecución alcanzado”. La diferencia con respecto al C. Penal de 1973 estriba en que, mientras en la regulación anterior la tentativa podía rebajarse en uno o dos grados, al arbitrio del tribunal, respecto de la pena correspondiente al delito consumado (art. 52.1), y en la frustración, por el contrario, sólo podía rebajarse en un grado (art. 51), en el actual art. 62 se permite una mayor flexibilidad de decisión a los jueces, en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.

La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el “peligro inherente al intento”, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Atendiendo pues al criterio central del peligro, que es el que proclama el Código Penal, parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada, y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) conlleve una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos en los supuestos en que nos hallemos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un solo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos.

Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio relevante y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que conlleva inherente el intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero que su grado de ejecución sea muy avanzado (se hayan ya realizado varios actos que auspician la proximidad de la consumación), en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado.

Centrados ya en el supuesto que se juzga, es claro que se está ante una tentativa acabada idónea. Y ello porque el acusado realizó todos los actos (tentativa acabada) que integran el tipo penal del homicidio, al contribuir con su actuación directa en la fase de ejecución a que se le propinara una gran paliza al denunciante, cuya vida corrió grave peligro debido a la ubicación y gravedad de las heridas que le ocasionaron.

Y tampoco se suscitan dudas de que se trata de una tentativa idónea, ya que la acción era adecuada ex ante para causarle la muerte a la víctima, y

además ex post se comprobó que generó un peligro concreto para el bien jurídico de la vida.

No procede, por tanto, reducir la pena en dos grados al ajustarse a derecho la reducción de la pena en uno sólo, por hallarnos ante una tentativa acabada e idónea.

El motivo, por lo tanto, no puede prosperar». (F. J. 2º)

TENTATIVA. Tipos.

Recurso: Casación nº 10109/2011 P

Ponente: Sr. Varela Castro

Sentencia: nº 809/2011 de fecha 18/07/2011

«3.- El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por: a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos; b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege; c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y d) que ese resultado no se produzca.

Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa.

Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal.

Para dilucidar la presencia de tal elemento es necesario determinar la causa por la que el resultado no se produce. Al respecto caben dos hipótesis: 1ª) la no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2ª) es el autor el que evita voluntariamente la consumación.

Aunque el legislador habla en la primera hipótesis de no producción de resultado y en la segunda de evitación de consumación, no parece que considere la no producción de resultado como un concepto diverso del de no consumación.

El énfasis, para la diferencia entre los supuestos, y para la de las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) la voluntad del autor y b) la efectividad de su

comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

Es decir que si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa.

Ese es el sentido de la norma en el lenguaje que emplea. Que el actuar precedente haya colmado o no la totalidad de los actos ejecutivos, que objetivamente deberían haber producido el resultado, no determina necesariamente cual deba ser la condición, meramente omisiva o activa del comportamiento del autor que trunca la producción del resultado, para alcanzar el efecto exonerante del artículo 16.2 del Código Penal.

El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

En todo caso, difícilmente podrá predicarse efectividad interruptora a la mera omisión del autor respecto a la no producción del resultado, cuando su comportamiento anterior haya supuesto la realización de todos los actos que objetivamente producen el resultado típico. Porque, si ya realizó todos los actos que objetivamente producen el resultado, es claro que los cualesquiera otros actos omitidos ya no eran objetivamente ejecutivos ni, por ello, su omisión es relevante para la no producción del resultado.

Con tal advertencia, es pues a aquellas referencias de libre voluntad y eficacia en el comportamiento del autor, respecto de la no producción del resultado, a las que ha de atenderse, sin que, a tal efecto, sea imprescindible guiarse de categorías conceptuales como la diversificación de la tentativa en subespecies, que de manera evidente el legislador ha querido erradicar, obviando terminologías como la que diferencia entre tentativa y frustración o entre tentativa acabada o inacabada. Esta última terminología de foránea acuñación parece atender a un dato que nuestro legislador no asume expresamente. El sector doctrinal que la introdujo atendía, para establecer el acabamiento, a la contribución del autor en la ejecución y no al concurso de otros factores ajenos a aquél. Pero que se acabe todo lo que el sujeto aporte no equivale necesariamente a que todos los actos de ejecución (que pueden ser producidos por terceros) se hayan realizado. Sin embargo la medida de la pena depende de que la ejecución haya sido total, incluyendo los actos que objetivamente producen el resultado, que no son actos del autor, y que pueden serlo de un tercero.

Tales preocupaciones taxonómicas, cuando se trata de evaluar la ausencia de resultado para establecer la exigencia de responsabilidad, no deben hacer olvidar la esencialidad de los criterios de libre voluntad y eficacia, referidas al actuar u omitir del autor de la tentativa.

En este sentido resulta ilustrativa la doctrina establecida en nuestra Sentencia 804/2010 de 24 de Septiembre, resolviendo el recurso: 10178/2010, en la que dijimos: esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi "clásica", entre la tentativa "acabada" y la "inacabada", la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como precisamente ésta de su relación con el "desistimiento", puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.

De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa- frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de "...todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado..." (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, "...el grado de ejecución alcanzado" por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del "...peligro inherente al intento..."

En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.

Y también cabe citar lo ya advertido en la Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero, resolviendo el recurso: 10512/2008 que : esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002 , ha analizado lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal, siendo muy exigentes con la nota de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y a continuación, con la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen». (F. J. 1º)

TERRORISMO. Colaboración con organización terrorista.

Recurso: Casación nº 897/2010

Ponente: Sr. Jorge Barreiro

Sentencia: nº 193/2011 de fecha 12/03/2011

«La remisión en el caso concreto de una suma de dinero constituye por tanto, con arreglo a lo dispuesto en el art. 576 del C. Penal, un acto de colaboración con la organización. Pues el referido precepto castiga al que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista. Y a

continuación considera como actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas.

Es cierto que la cantidad de dinero remitida en el presente caso no es importante —300 euros—, sin embargo ello no excluye la tipificación de la conducta como un acto de colaboración, debiendo repercutir la cuantía de la colaboración en la aplicación del criterio de la gravedad del hecho a la hora de calibrar la individualización de la pena. Y así se ha hecho en el presente caso al imponerla la Sala de instancia en el límite mínimo». (F. J. 2º.2)

TERRORISMO. Diferencias entre integración y colaboración en banda terrorista.

Recurso: Casación nº 10256/2010 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1140/2010 de fecha 29/12/2010

«En cuanto a la pretensión de que la conducta de los acusados se subsuma en el delito de colaboración del art. 576 y no en el de integración del art. 516.2 respecto al delito de pertenencia o integración en la STS. 480/2009 de 22.5, hemos recordado como en la STS. 134/2001 de 28.6, se decía: “La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576”.

La STS. 1127/2002 de 17.6, señala como requisitos del delito de integración con banda armada, los siguientes:

a) como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente expuestos, que exige, pues, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos 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 componentes 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 en la finalidad que persigue el grupo.

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el art. 576 del Código penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al art. 516 del Código penal, salvo que tales actos sean “per se” constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

El elemento diferencial es, por consiguiente, un componente asociativo (ilícito), marcado por la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, que tendrá reflejo, no obstante, en la diferenciación penológica que se disciplina en el propio precepto (art. 516) entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones.

A su vez la STS. 785/2003 de 29.5, señalaba al diferenciar una y otra figura, que: “En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que sí, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio non bis in idem, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado --SSTS 1346/2001 de 28 de Junio y 1562/2002 de 1 de Octubre--”.

En definitiva la pertenencia, dice la STS. 541/2007 de 14.6, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un

principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS. 119/2007 de 16.2, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que al respecto, hemos establecido (Sentencia nº 1.127/2002, de 17 de junio; o nº 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.

Respecto al delito de colaboración con banda armada.

La sentencia de esta Sala 404/2008 de 5.6, ha señalado que el tipo delictivo descrito en el art. 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboración genérica que favorezcan el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, prescindiendo en todo caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTs 1230/1997, 197/1999 o 532/2003). Pero también se ha puntualizado (STS 800/2006, de 13 de julio), que el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta

que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio «non bis in idem», procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado –SSTS 1346/2001, de 28 de junio y 1562/2002, de 1 de octubre–.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración –entre otras, STS 29 de noviembre de 1997–, a) su carácter residual respecto del delito de integración; b) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito –nuclear o periférico– pero no el de la colaboración; c) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» y d) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999 de 16.2 y 1230/1997 de 10.10, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el art. 174 bis a) del Código Penal 1973 y ahora en el art. 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atacar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su

más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuven a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente –o en ocasiones le sería imposible obtener–, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le proporcionan su voluntaria aportación.

Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/2003 y 240/2004), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto –todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado–, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración –SSTC 1346/2000, de 28 de junio, 546/2002, de 20 marzo, 17 de junio de 2002, entre otras–, o se trata de un hecho atípico.

Expuestas estas consideraciones previas el motivo deviene inadmisibile.

Como ya hemos anticipado el concepto de terrorismo acoge a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y dicho concepto no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, o proyectada, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye o en la que incurre una vez constituida, pero el delito de asociación terrorista –como cualquier otro de asociación ilícita- no se consume cuando el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS. 290/2010 de 31.3)». (F.J. 13º)

TERRORISMO. Diferencias entre los arts. 571 y 577 CP (integración en organización terrorista).

Recurso: Casación nº 2055/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 517/2011 de fecha 20/05/2011

«El análisis de los tipos establecidos en los arts. 571 y 577 Cpenal pone de relieve que ambos tienen en común que se trata de acciones violentas realizadas con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Sin embargo, se diferencia porque el art. 571 recoge un tipo más grave que requiere a nivel subjetivo que el sujeto activo sea integrante, actúe al servicio o colabore con una banda armada, es decir, que mantenga una relación estable y más o menos permanente con una organización terrorista. A nivel objetivo es necesario que los delitos que cometan constituyan los delitos de estragos o incendios tipificados en los arts. 346 y 351 Cpenal. Esta colaboración ha sido delimitada por la doctrina y jurisprudencia como la vinculación o contribución con la estrategia de la banda, organizaciones o grupos terroristas señalando que es necesario que exceda de la mera participación ocasional, excepcional o puntual para ese acto delictivo, o dicho de otra manera que no se agote a colaboración en ese acto.

Por el contrario el art. 577 Cpenal, exige que el sujeto activo no sea integrante de banda armada, organización o grupo terrorista, ni actúe al servicio de la organización ni colabore con ellos, es decir, que no mantenga vinculación con la misma hasta el punto que se ha dicho que contempla la conducta del "terrorista individual", a pesar de que lo habitual es que actúen en grupo de tres o más personas, pero es necesario que el sujeto actúe con finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. En definitiva en comunidad con la patógena ideología terrorista se actúa de manera ocasional en concretos actos delictivos.

El art. 577 Cpenal fue modificado por la L.O. 7/2000 de 22 de Diciembre y supuso una ampliación de su ámbito de aplicación incluyendo los daños y

tenencia de explosivo, con la finalidad de hacer frente al fenómeno conocido del terrorismo urbano o la violencia callejera como destaca la Exposición de Motivos de la reforma.

El Tribunal a quo en el caso analizado afirma que existe un concurso de normas entre el delito de incendio terrorista del art. 571 Cpenal y un delito de daños terroristas del art. 577 en relación con el art. 263 y 266 todos ellos del Cpenal a resolver conforme al principio de especialidad establecido en el art. 8 Cpenal, a favor del art. 571 Cpenal dado "el claro fin terrorista existente en el delito de incendio ocasionado".

Tal razonamiento ni es admisible ni coherente con la propia argumentación de la sentencia que rechazó la aplicación del delito de integración, pertenencia o colaboración con banda armada --f.jdco. primero, apartado 3, folios 17 y siguientes--.

Es evidente que, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, todo el modus operandi, material empleado, grado de organización --que ni se concreta, ni se describe, e incluso objetivo dañado, responde a no dudar a lo que se llama en euskera Kale borroka (lo que expresamente se cita en los hechos probados) y todo ello responde a una colaboración excepcional de quien no integrado en banda armada, ejecuta actos en comunión con los fines de la banda. Este cuadro nos reenvía inequívocamente al art. 577 Cpenal, que precisamente, como se ha dicho, surgió para tipificar estos actos de terrorismo urbano de quien no está integrado ni forma parte de la banda, y todo ello desde un riguroso respeto a los hechos probados que, como se sabe, constituyen el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional.

Procede la estimación del motivo». (F. J. 5º)

TERRORISMO. Enaltecimiento. Recurso contra sentencia absolutoria.

Recurso: Casación nº 122/2011

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 523/2011 de fecha 30/05/2011

«...el Fiscal, con tan meritorio esfuerzo como honestidad intelectual al reconocer lo "angosto" del cauce a través del que interpone este Recurso, comienza justificando, con cita de abundante doctrina tanto jurisprudencial como constitucional, la utilización de la vía del artículo 849.1º, la de la infracción de Ley, para acceder a su pretensión condenatoria, lo que en este caso, como ya se dijo antes, resulta algo forzado, no sólo por encontrarnos ante la solicitud de revocación de un pronunciamiento absolutorio sino porque no nos hallamos en realidad frente a un juicio de inferencia construido sobre indicios, por mucho que la Audiencia de forma impropia haga en algún momento referencia a ello, toda vez que el objeto de acreditación consiste en un extremo de la realidad objetiva, como lo es la ignorancia o el conocimiento previo por parte de los acusados de unas determinadas circunstancias que iban a acontecer en el acto público al que asistirían y que supondrían el

enaltecimiento de la banda terrorista ETA, y no algo propio de la esfera interna del sujeto (el ánimo o la intención perseguida con la acción ejecutada, por ejemplo), lo que hace posible alcanzar la convicción fáctica a través de pruebas directas tales como las testificales sometidas a valoración por el Juzgador de instancia.

El Ministerio Público nos dirá que estamos ante la inferencia relativa a elementos internos tales como "...la asunción y conocimiento por parte de los acusados de la dimensión de homenaje a algunos miembros de ETA en lo que derivó alguna parte del acto organizado..." (sic), pero ello no es exactamente así, ya que no se ha producido conclusión alguna acerca de la referida "asunción" por parte de los acusados del carácter del acto a celebrar, que sí que supondría la afirmación de un dato subjetivo e interno precisado de acreditación por vía de inferencia, ya que lo que se niega por la Audiencia es algo previo y, como ya se ha repetido, objetivo y externo, cual el conocimiento o no de la naturaleza del acto público a celebrar y de su planificación como escenario para el enaltecimiento de delincuentes terroristas». (F. J. 4º)

TERRORISMO. Notas características del "terrorismo urbano" (art. 577 CP) .

Recurso: Casación nº 11052/2010 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 244/2011 de fecha 05/04/2011

«En síntesis, se sostiene que el delito de tenencia de explosivos no tenía una finalidad terrorista y por lo tanto no puede ser de aplicación el art. 577 Cpenal.

Hay que recordar, que el art. 577 Cpenal supuso la incriminación de conductas de lo que usualmente, se llamó y se llama "terrorismo urbano". El tipo penal se articula por tres notas:

a) La ejecución de tipos penales citados en dicho artículo y

b) Como nota negativa efectuados por personas no integradas en banda armada.

c) La comunión con un objetivo común con la actividad terrorista: la alteración de la paz pública o atemorización ciudadana de la forma expresada en el artículo.

Se trata de una fórmula de cierre tendente a sancionar más gravemente, graves actos contrarios a la paz pública o atemorización social, cometidos por quienes no perteneciendo a grupo terrorista, ejecutan tales actos con una confesada comunión con las finalidades por las que se mueve el terrorismo de Eta.

Esta es, cabalmente, la acción que se enjuicia, y ello queda patentizado tanto en el confesado propósito al que iban destinados los

explosivos (de lo que hay constancia reiterada en la crónica social y judicial, singularmente en Euskadi y Navarra) que no era otro que el ataque a cajeros bancarios, a lo que se une, en este caso, el momento escogido: la madrugada anterior al día de las Elecciones Generales.

La consecuencia de la aplicación del art. 577 Cpenal, es la de imponer la pena en la mitad superior a la correspondiente al delito cometido, que en este caso es el de tenencia de explosivos.

El delito de tenencia de explosivos del art. 568 Cpenal tiene asignado una pena situada entre los tres a los cinco años para los simples cooperantes». (F. J. 2º)

TERRORISMO. Relación con el delito de incendio (art. 351 CP).

Recurso: Casación nº 2055/2010

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 517/2011 de fecha 20/05/2011

«La acción del delito de incendio, del art. 351 Cpenal, como se recuerda en la STS 338/2010 de 16 de Abril, reiterada en la STS 432/2010 consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación la creación de un peligro o riesgo cierto para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado. Desde el punto de vista subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Y debemos tener en cuenta, como recuerda la STS 969/2004 de 29 de julio, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar, siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro no obstante lo cual continúa con su acción (STS 381/2001, de 13 de Marzo). La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual (SSTS 142/97 de 5 de Febrero, 2201/2001 de 6 de Marzo de 2002 y 724/2003 de 14 de Mayo).

La jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto (STS de 18 de Febrero de 2003), o de naturaleza abstracta (STS 786/2003, de 29 de Mayo), y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 Cpenal no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 Cpenal), sino el potencial o abstracto (SSTS 2201/2001 de 6 de Marzo, 1263/2003 de 7 de Octubre), o incluso se ha referido a él (STS de 7 de Octubre de 2003), como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud), pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro

para el bien jurídico, que a partir del Cpenal de 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad (SSTS 1284/1998 de 3 de Octubre, 1457/1999 de 2 de Noviembre y 1208/2000 de 7 de Julio).

En cualquier caso, lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación y como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas. Precisamente por ello se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado.

Ahora bien, en dicho artículo, se introdujo en la L.O. 7/2000 de 22 de Diciembre un segundo párrafo que constituye una figura privilegiada del delito de incendio según el cual:

"...Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este Código....".

El origen de este párrafo se encuentra en la conveniencia de articular un tipo penal respetuoso con el principio de proporcionalidad que permitiera a los Tribunales disponer de un mecanismo que limitase la exasperación penal del art. 577 Cpenal que también fue modificado en dicha Ley y todo ello en clara referencia a lo que se ha dado en llamar "terrorismo urbano".

Este nuevo tipo privilegiado se vertebra por dos notas:

a) No debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas. Esta nota negativa constituye el núcleo definidor de este tipo.

b) La respuesta penal se deriva a las previsiones punitivas del art. 266 (daños), es decir se trata de un delito de incendio que por la ausencia de riesgo a la vida de las personas sanciona como delito de daños --es decir, un delito contra el patrimonio--, que si se produce en el ámbito del terrorismo urbano, supondrá la aplicación también del art. 577 Cpenal, con la exasperación penal correspondiente, pero consiguiéndose una respuesta punitiva más proporcionada a la real gravedad de los hechos, y sobre todo más justa en relación a los bienes jurídicos puestos en peligro.

Este tipo penal tiene una substantividad propia y que por tanto no es una suerte de tentativa del tipo básico --STS 338/2010 de 16 de Abril--, sino un tipo autónomo que se vertebra alrededor de la nota de ausencia de riesgo o peligro para un tercero, con independencia que existan moradores en la vivienda o edificio afectado». (F. J. 6º)

TERRORISMO. Tenencia de artefactos explosivos o incendiarios.

Recurso: Casación nº 202/2011

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 880/2011 de fecha 26/07/2011

«El segundo motivo de casación se articula al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, postulándose, por estricta infracción de ley, la aplicación del art. 577 en relación con el 568 del Código Penal, al haberse realizado los hechos por quien sin pertenecer a la organización terrorista ETA, lo llevan a cabo con la finalidad de contribuir a sus mismo fines.

El aplicado art. 573 del Código Penal exige, en su versión vigente (LO 5/2010) el depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores. Considerando el legislador por organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente (art. 571.3, igualmente redactado por la LO 5/2010), aunque con la misma ratio que la legislación precedente.

Por otro lado, el reclamado art. 577 del Código Penal, castiga a los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

Y por su parte, el art. 568, incrimina la tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizado por las Leyes o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación.

El Ministerio Fiscal solicitaba la incardinación en el art. 573 del Código Penal, al tener a Mikel J. M. como miembro de la organización terrorista SEGI, descartada tal participación, como el Tribunal sentenciador admite en su resolución judicial, y una vez que en el motivo anterior se ha expulsado la mención fáctica relativa a la organización terrorista ETA, el hecho ha de subsumirse en el contexto de la lucha callejera violenta, también denominada “Kale borroka”, que encuentra mejor acomodo en el art. 577, que fue introducido precisamente mediante LO 7/2000, de 22 de diciembre, para reprimir este tipo de conductas por quien sin pertenencia a la organización terrorista o a su entramado, contribuyen a la finalidad de alterar gravemente la paz pública, mediante los actos descritos en tal precepto, en donde se encuentra la tenencia y fabricación de explosivos –como es el caso–, castigándose con la pena correspondiente en su mitad superior. Es claro, finalmente, que la pertenencia que se exige en el art. 573 –aquí descartada, como decimos, por la Sala sentenciadora de instancia–, junto a los otros dos elementos típicos descriptivos –actuar al servicio o colaborar con tales organizaciones terroristas– configuran una autoría que se encuentra directamente relacionada con tal pertenencia, pues actuar a su servicio o colaborar son actuaciones muy próximas, y en el caso enjuiciado, lo que se ha probado es la afinidad ideológica del recurrente con tales acciones y cometidos violentos, próximos desde luego a los objetivos de ETA, pero sin que se refleje en el factum que actuara al servicio de la banda o colaborara directamente con ella, sino en la idea de “contribuir” con su acción colocando los explosivos a la violencia callejera, por lo que el delito es terrorista, pero ha de ser incardinado en el art. 577 del Código Penal». (F. J. 3º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Acuerdos de Sala en materia de competencia.

Recurso: Casación nº 10551/2010 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1017/2010 de fecha 05/11/2010

«2) El derecho al Juez legalmente predeterminado como una de las garantías esenciales del procedimiento (art. 24.2 CE), al haberse procedido al enjuiciamiento de la causa por un Tribunal profesional cuando considera el Recurso que el competente, de acuerdo con los preceptos legales aplicables, habría sido el Tribunal del Jurado (motivo Tercero).

Cuestión que, en esencia, vuelve a plantearse, aunque por la vía de la infracción de ley ordinaria, en concreto la del artículo 5.2 de la Ley Orgánica

del Tribunal del Jurado, en el motivo Cuarto del Recurso, por lo que vamos a abordar ambas alegaciones en forma conjunta.

Inicialmente le asiste la razón al recurrente, en esta materia, cuando, en coincidencia con los Acuerdos adoptados por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala en las sesiones de 20 de Enero y 23 de Febrero del presente año, sostiene que el delito perseguido como finalidad principal del designio criminal que movió la conducta de sus autores, en este caso incuestionablemente el homicidio, debe de ser, frente a la tenencia ilícita de armas, el que determine la competencia para el enjuiciamiento, a cargo del Tribunal del Jurado por consiguiente, caso de que no se considerase la alternativa del enjuiciamiento por separado de ambos delitos, solución ciertamente compleja de adaptar cuando, como en este caso, pudiera acontecer que la atribución de la posesión inicial del arma a uno de los acusados hubiere de resultar a la postre dato muy relevante para afirmar tanto su participación en el homicidio como la trascendencia de la misma.

Pero para que semejante criterio de atribución del conocimiento de la causa al Tribunal inicialmente competente para enjuiciar el delito erigido en finalidad principal perseguida por los autores del hecho complejo resultase aquí rector de nuestra decisión, tendríamos que acudir a la aplicación retroactiva de aquellos Acuerdos que vinieron a consagrar de manera firme dicho criterio en la doctrina de esta Sala, toda vez que la decisión acerca del Tribunal competente para el enjuiciamiento de esta causa es de fecha 20 de Mayo de 2009 y, por lo tanto, anterior a los referidos Acuerdos.

Debiendo además traer a colación, en este sentido y por último, el más reciente Acuerdo de nuestro Pleno de fecha 20 de Julio de 2010, que literalmente dice: “Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad.”

Por lo que es el parecer de la Sala que los criterios de competencia establecidos en los dos primeros Acuerdos mencionados no se apliquen a decisiones anteriores en el tiempo a los mismos, en tanto que, en relación con el último inciso del texto que se acaba de transcribir, tampoco nos hallaríamos en esta ocasión ante cuestión relativa al derecho constitucional al Juez legalmente predeterminado, de acuerdo con ciertos pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, tales como la STC 156/2007, de 2 de Julio, o la STS de 22 de Marzo de 2006, entre otras.

En consecuencia, y aunque ésta no sea ciertamente un opinión compartida de forma unánime por los miembros que integran la configuración del presente Tribunal, hemos de pronunciarlos en el sentido, mayoritario entre nosotros y respetuoso con el más amplio parecer del Pleno de la Sala, de considerar que ni la denuncia formulada por el Recurso afecta a vulneración de derecho fundamental alguno ni puede ya alterarse la decisión procesal adoptada en su día por la Audiencia, con base en los criterios que

respecto de la atribución de la competencia al Tribunal del Jurado informan en el momento presente de forma unívoca la doctrina jurisprudencial, al haberse producido aquella antes de la fijación de éstos». (F. J. 1º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Aplicación de los Acuerdos de Sala.

Recurso: Casación nº 10478/2010 P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 61/2011 de fecha 27/01/2011

«Ha de tenerse en cuenta que, respecto a los acuerdos no jurisdiccionales adoptados por el Pleno, la Sala señala:

a) Esos acuerdos son vinculantes (pleno del 18/7/2006).

b) Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad. (Pleno del 20/7/2010).

Respecto a esa excepción no puede despreciarse aquella doctrina jurisprudencial -sentencias de 2/7/2007 TC y 22/3/2006 y 5/11/2010 TS- sobre que la cuestión de atribución de un enjuiciamiento a la Audiencia o al Tribunal del Jurado no afecta al derecho al Juez legalmente predeterminado; de manera que nos hallamos ante un supuesto de aplicación retroactiva de acuerdos no jurisdiccionales. Ello, en relación con la expuesta cronología procedimental, determina que no haya de aplicarse al caso el criterio relativo a la competencia sobre conexidad adoptado en el Pleno del 20/1/2010 para el Tribunal del Jurado. Y, por otro lado, significa que no deba tratarse la cuestión en el campo de los arts. 238 y siguientes LOPJ, como afectante sin más a un derecho fundamental, sino que habrá de atenderse a la actitud procedimental que el que se dice perjudicado haya adoptado a lo largo de la causa.

En el presente caso, el ahora recurrente Lindsay se ha ido aquietando a las sucesivas resoluciones acerca de la competencia de la Audiencia, sin aprovechar las oportunidades previstas legalmente para impugnarla, y no ha sido, sino una vez inicia las sesiones del juicio oral, cuando ha intentado provocar la destrucción del edificio procesal hasta entonces construido.

Debe aceptarse la consideración de la audiencia sobre que el planteamiento de la cuestión por la Defensa de Lindsay ha sido extemporáneo, e incluíble en el primer inciso del art. 11.1 LOPJ». (F. J. 3º)

TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia: Acuerdos Plenarios.

Recurso: Casación nº 11323/2010 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 350/2011 de fecha 05/05/2011

«El motivo primero y previo afecta al derecho a juez predeterminado por la ley, cuya vulneración se invoca como causa de nulidad al no haberse tramitado la presente causa por el procedimiento de la Ley del Jurado.

1.- La parte recurrente sostiene que desde el comienzo de las actuaciones judiciales solicitó que el procedimiento se tramitase por los cauces de la Ley Orgánica 5/1995, 22 de Mayo, reguladora del procedimiento de la Ley del Jurado. Lo solicitó así ante el Juez de Instrucción que accedió a lo solicitado y así lo acordó por Auto de 28 de Enero de 2008. El Ministerio Fiscal recurrió en Apelación y la Audiencia Provincial decidió que se tramitara por el procedimiento del sumario ordinario. Situados ya en este trámite, la parte recurrente volvió a insistir en su informe en el juicio oral la nulidad de actuaciones basándose en la incorrecta aplicación del procedimiento ordinario.

2.- La decisión, de seguir la instrucción de un delito de homicidio y tenencia ilícita de armas, se basó en las alegaciones del Ministerio Fiscal que invocó, para derivar la causa hacia el procedimiento ordinario, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de 5 de Febrero de 1999, que abordaba por primera vez los problemas relativos a la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado en el seno de la Audiencia Provincial y del mismo órgano por los trámites del procedimiento ordinario o abreviado, a la luz de la interpretación del artículo 5.1º y 2º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Conviene recordar que el debate se suscitó por la concurrencia de dos delitos de homicidio, uno consumado y otro en grado de tentativa. En consecuencia, se obvió el análisis de la conexidad y se adoptó el acuerdo teniendo en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado excluye, de forma taxativa en el artículo 5.1º, la competencia del jurado en los delitos contra las personas cuando no hayan sido consumados.

3.- Las cuestiones relativas a la conexidad se abordan con posterioridad, por lo que mientras tanto, regía el texto del artículo 5.2º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que atrae hacia la modalidad del enjuiciamiento por el procedimiento del jurado los delitos conexos, salvo de forma terminante el de prevaricación. El 20 de Febrero de 2010 se convoca un Pleno no jurisdiccional, sobre la competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexidad delictiva, que es lo que concurre en el caso presente. Según el acuerdo mayoritario, se examinan y resuelven distintas posibilidades. En relación con el caso concreto, se decide que “La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura”.

4.- En otro Pleno no jurisdiccional, de 23 de Febrero de 2010, complementa el anterior precisando que “Cuando existieren dudas acerca de cual es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al

Tribunal del Jurado (art. 1. 2) la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado”. En el caso presente, tanto el Juez de Instrucción al dictar el Auto de procesamiento, como el Tribunal al acordar la apertura del juicio oral, estaban en condiciones de decidir, y lo debieron hacer al afectar su resolución al juez ordinario predeterminado por la ley, que no existía delito de tenencia ilícita de armas. Además, en ningún caso, su hipotética existencia podía, por su banalidad, desmontar la competencia legal del tribunal del jurado.

5.- Conviene subrayar que en este caso no se trataba de armas de fuego, sino de la navaja, utilizada como arma homicida, lo que a priori podía haberse resuelto dadas sus características, sus medidas y configuración. Desde el comienzo de las actuaciones, se sabía que la navaja medía 11 centímetros de longitud de hoja con una longitud total de 24 centímetros. Con estos datos y sin necesidad de mayores profundizaciones, se estaba en condiciones de descartar la existencia de un delito de tenencia ilícita de armas blancas con la simple lectura del artículo 4.1.h del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de Enero, que eliminaba, teniendo en cuenta las características y medidas del arma. Según el principio de legalidad y partiendo de que nos encontramos ante un tipo penal en blanco, hay que integrarlo con las disposiciones del Reglamento citado que deberá ser interpretado de forma restrictiva. El citado reglamento considera armas a las navajas no automáticas (caso presente) cuya hoja mida más de 11 centímetros, lo que no concurre en el supuesto que nos ocupa. Por ello, se concluye que el mantenimiento del delito de tenencia ilícita de armas se ha utilizado como artificio para huir del jurado conculcando la correcta interpretación del artículo 5 de la Ley Reguladora.

6.- La cuestión afecta a un derecho fundamental como es el juez ordinario predeterminado por la ley, que en el caso del Tribunal del Jurado, contiene una serie de especialidades en cuanto a la tramitación, incoación, instrucción complementaria, audiencia preliminar, apertura del juicio oral, cuestiones previas al juicio, Auto de hechos justiciables y las especialidades probatorias en el acto del juicio oral, así como la forma de obtener el veredicto y redactar la sentencia. También varía sustancialmente las vías de recurso (Apelación y Casación), lo que obliga al juzgador a examinar de oficio, sin perjuicio de lo que aleguen las partes, el procedimiento aplicable. En este recurso, además de haberse planteado en tiempo en el que era posible que el tribunal hubiera decidido lo ajustado a derecho, se reproduce la cuestión por la vía del recurso de casación, lo que obliga a estimar el motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes». (F. J. 1º)