

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. DERECHO PROCESAL PENAL	
1. PROCESO PENAL	53
1.1. Principios procesales. Acusatorio. Non bis in idem..	54
1.2. Sujetos intervinientes.....	54
1.2.1. Juez: derecho al juez ordinario. Constitución de los tribunales. Imparcialidad.....	55
1.2.2. Fiscal: intervención en el recurso de casación por delitos privados. Legitimación para invocar el derecho a la tutela judicial efectiva.....	56
1.2.3. Letrado: derecho de defensa. Vulneración..	56
1.3. Otros intervinientes	56
1.3.1. Aforamiento de exmagistrado.....	57
1.3.2. Extraditable. No existe un derecho a la extradición	57
1.4. Instrucción. Criterios para la detención policial. Informe antropométrico.....	57
1.5. Prueba. Autoinculpación extrajudicial. Declaración del coacusado. Consentimiento de los titulares en la entrada y registro domiciliaria. Morador deficiente psíquico. Testifical, art. 714 LECRIM. Valor superior de lo declarado en la vista. Agente provocador y delito provocado.....	59
1.6. El proceso del tribunal del jurado. Motivación y otras cuestiones sobre el veredicto. Delitos conexos.....	63
1.7. Derecho a los recursos. Resoluciones irrecurribles en casación.....	67
1.8. Ley penal. Derecho temporal.....	68
2. JUICIO ORAL	68
2.1. Cambio de letrado al inicio de la vista	68

2.2. Modificación de las conclusiones provisionales.....	69
2.3. Sentencia. Supuestos de nulidad. Requisitos del relato de hechos probados.....	69

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. CUESTIONES GENERALES	71
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La atenuante de alteración psíquica. Aplicación de medidas de seguridad a los drogodependientes	71
1.2. Medidas complementarias. Prohibición de volver al lugar del delito	72
1.3. La pena de multa. El Comiso.....	73
2. DELITO DE ABORTO	74
El psicólogo no es «médico especialista».	
3. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD	75
Descubrimiento de secretos. Se produce aunque se aleguen motivos como «descubrir la infidelidad conyugal», tratarse de una mera indiscreción o el desconocimiento de que el teléfono móvil es elemento apto para captar y difundir secretos.	
4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES....	77
Continuidad delictiva. Privación de patria potestad.	
5. DELITOS CONTRA EL HONOR.....	78
Calumnia.	
6. DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES	79
Mendicidad infantil.	
7. DELITOSCONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDENSOCIOECONÓMICO	80
Robo. Estafa. Propiedad intelectual.	
8. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.....	83
Delito contable.	
9. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE	84
Depósito, vertidos indirectos.	
10. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	84
Tentativa. Delito continuado. Entregas vigiladas.	
11. DELITOS DE FALSEDAZ	85
Consumación. Delito continuado. Concepto de documento mercantil. El Inductor, en estos delitos.	
12. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE JUSTICIA	87
Prevaricación.	
13. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO	88
Atentado. Tenencia ilícita de armas.	

La presente *Crónica* de la jurisprudencia de la Sala Segunda en el año judicial 2000-2001, se ha realizado seleccionando los aspectos que se han considerado más interesantes o novedosos, de entre el gran volumen de resoluciones dictadas, de muy diversa extensión y contenidos.

En una obra de estas características, en que se trata de enhebrar un relato claro y legible, ha de emplearse la técnica de las pinceladas y el matiz, antes que el examen o el estudio profundo que limitaría el número de sentencias de las que dar cuenta y haría menos atractiva y fácil la lectura y el conocimiento, somero, de las principales líneas seguidas por la Sala.

Tras lo dicho, pasamos ya a ofrecer la *Crónica* sucinta del año judicial en la Sala Segunda de este Tribunal Supremo.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Las cuestiones más importantes tratadas por la Sala en el año judicial 2000-2001, además de las habituales sobre prueba y el Tribunal del Jurado, han versado sobre los distintos sujetos participantes en el proceso, pudiendo destacarse las resoluciones que se han ocupado de la imparcialidad del juez, el papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal y el alcance del derecho de defensa o asistencia letrada, junto a otras más novedosas como el aforamiento de los exmagistrados o la situación de los extraditables.

La elaboración de la Crónica de la Sala Segunda ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Eduardo DE URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Luis-Roman PUERTA LUIS, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Además, se han abordado cuestiones puntuales en materia de principios procesales, instrucción, recursos o sobre los problemas de derecho temporal de la ley penal.

1.1. Principios procesales. El principio acusatorio. Alcance del principio «non bis in idem»

En la **STS 13-10-2000 (RC 242/99)**, se analiza el ámbito del **principio acusatorio**, recordando que su fundamento estriba en asegurar la imparcialidad del Tribunal y que su contenido debe limitarse al contenido fáctico de la acusación, incluida la referencia a un lugar y tiempo determinado e imputación a una persona concreta. Pero sin que ello sea incompatible con que existan otros ingredientes fácticos periféricos, no esenciales o incluso inocuos, no determinantes en rigor de la aplicación del tipo penal, o incluso la mutación de alguno de los esenciales sujeta a la actividad probatoria y que no determine ningún cambio del efecto jurídico, controvertidos en el Plenario y sometidos a la contradicción propia del mismo.

Por su parte, las **SSTS 13-2-2001 (RC 418/00 P)** y **3-4-2001**, esta última dictada al resolver el recurso de revisión 560/99, precisan el alcance del **principio «non bis in idem»**, al tratar de dos supuestos muy distintos, afirmando la primera de las resoluciones que *«no puede valorarse una misma circunstancia típica en dos momentos sucesivos de la calificación penal, como recuerda el art. 67 del vigente Código Penal. Habrá en consecuencia que analizar cada situación para determinar si se produce o no esa doble valoración típica»*. Y, sosteniendo la segunda, que, en los casos de doble condena por los mismos hechos, el art. 25.1 CE, garante del principio en cuestión, lo ampara a través del art. 954 1.º LECRIM, dando lugar a la anulación de la segunda sentencia.

1.2. Sujetos intervinientes. Juez: Derecho al juez ordinario y constitución de los tribunales. Imparcialidad. Fiscal: Intervención en el recurso de casación por delitos privados. Legitimación para invocar el derecho a la tutela judicial efectiva Letrado: Derecho de defensa. Vulneración

Algunas de las cuestiones estructurales más importantes del proceso, como son las incidencias de los partícipes que reúnen la condición de

juristas: juez, fiscal y letrado, han merecido atención en diversos pronunciamientos.

1.2.1. Y así, en cuanto al Juez, examinando la concreta cuestión de la **infracción de las normas de reparto**, disposiciones mediante las cuales se ordena la carga de trabajo de los distintos órganos judiciales, suponiendo de forma indirecta el modo de asignar o determinar la constitución de los mismos, tras afirmarse que tienen carácter interno, y por tanto, su infracción no equivale a la infracción del derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, se admite que puede tener relevancia, a los efectos de un derecho fundamental, «*si de ellas se puede derivar en el caso concreto que el acusado, como consecuencia de la infracción no fue juzgado por un juez imparcial*» **STS 21-7-2000 (RC 128/99P)**.

Sobre el tema de la **imparcialidad**, en los supuestos de jueces que han intervenido activamente, antes de juzgar y dictar el fallo, las **SSTS 13-2-2001 (RC 204/2000P)** y **6-3-2001 (RC 587/2000P)**, abordan extensamente tan trascendental asunto, que, especialmente desde la STEDH dictada en el «**Caso Castillo Algar**», de 28-10-98, se ha convertido en una cuestión de gran interés, dada la necesidad de su resolución conforme al criterio individualizador que impongan las circunstancias específicas del caso.

Y así, en la primera de las citadas sentencias, en la que se trata de un caso en que el tribunal sentenciador había conocido de los recursos contra las resoluciones del juez instructor, se insiste en tal tesis, siendo lo decisivo concluir «*si el juez que decidió la causa realizó verdadera actividad instructora*» pues el punto clave para decidir en un sentido o en otro respecto a la posible vulneración de la imparcialidad, es si hubo «**relación directa**» con el objeto del proceso, susceptible de **crear prejuicio**.

Y en la segunda resolución indicada, en que se analiza el caso en que los jueces del tribunal acordaron de oficio, al amparo del art. 729 2.º LECRIM, la práctica de la prueba consistente en ordenar la lectura de las actas conteniendo el resultado de una entrada y registro, se recuerda la STC 188/00, de 10 de julio en que no se estimó en sí, lesiva tal iniciativa, con independencia de que sea preciso analizar las circunstancias particulares del caso concreto, ya que, sigue diciendo el Tribunal Supremo en la resolución 587/2000P —con cita, también de las **SSTS 28-6-2000 y 15-5-99**, entre otras— tal impulso puede ser considerado como «**prueba sobre la prueba**» que no tiene por finalidad probar hechos favorables o desfa-

vorables sino que *«puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación»*.

1.2.2. Por lo que se refiere al **Ministerio Fiscal**, entiende el Tribunal Supremo que aun no siendo parte en un proceso —de injurias— en el trámite del recurso de casación *«su presencia es indispensable con objeto de velar por la salvaguarda de las normas constitucionales y de legalidad ordinaria, que constituyen el entramado sustantivo y adjetivo del proceso penal»* (STS 27-1-2001, RC 1685/99). Y en cuanto, a su posible legitimidad para invocar la vulneración a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a la prueba, la STS 26-12-2000, RC 2441/99) la admite, recordando que en ese sentido se manifestó la Sala en el pleno no jurisdiccional de fecha 27-2-98, en criterio seguido, igualmente, por las SSTs de 8 de marzo de 2000 y antes, de 22 de enero de 1998 y 25 de noviembre de 1997.

1.2.3. Y por último, en este apartado, diversas resoluciones se han pronunciado recientemente sobre posibles violaciones del **derecho de defensa**, en su modalidad de asistencia letrada. Y así, se reitera que no existe tal vulneración cuando se practica un registro sin presencia del letrado o se producen declaraciones espontáneas del detenido, pues la Ley no lo exige —arts 17.3 CE 520 y 545 y ss. LECRIM—.

Debiendo destacarse, no obstante, el paradigmático caso examinado por la STS 24-2-2001, RC 1376/2001, en la que se concluye afirmando que el acusado *«ha sido juzgado en un proceso carente de la garantía del derecho de defensa y ello determina la vulneración del art. 24 C»*, con la consiguiente anulación de la sentencia. Tan radical solución, se adopta en un caso de **defensa formal sin posibilidades de ejercicio real**, en el que un Letrado «firmó por un compañero» para asistir a quien no acudió al juicio sin conocerse si existió justificación para ello, y que, evidentemente, no pudo conocer de su defendido su versión de los hechos y las posibles pruebas en que basar su defensa.

1.3. Otros intervinientes. Aforamiento de exmagistrado. *No existe un derecho a la extradición*

El acusado, sujeto fundamental de todo proceso penal, ha sido el protagonista en dos interesantes resoluciones, una en la que encarnaba a un exmagistrado, separado de la carrera judicial a consecuencia de los delitos

cometidos en el desempeño de su cargo, y otra, en la que se trataba de si un extraditable tenía derecho a ser extraditado, al país que lo reclamaba.

1.3.1. La primera cuestión, abordada en la **STS 4-4-2001, RC 1737/2000**, parte del hecho de que las normas de aforamiento —en este caso contenidas en los arts. 57 1 2.º y 3.º, respecto a las funciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y 73 3 apartados a) y b), todos de la LOPJ, relativos a las funciones en materia penal de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia— establecen excepciones a la regla general y por ello habrá de examinarse escrupulosamente si concurren todas las circunstancias que justifiquen la aplicación de la excepción. Y como dijera el **ATS de 24-7-1996**, la competencia se atribuye al Tribunal Superior de Justicia, en razón de la **condición objetiva** de los delitos cometidos por el encausado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en el ámbito de la Comunidad Autónoma, órgano competente, una vez que cesó en su condición de vocal del CGPJ que defería la competencia, mientras duraba dicho mandato, a la Sala Segunda de nuestro más Alto Tribunal.

1.3.2. Y en cuanto al tema de la extradición, en la **STS de 19-7-2000, RC 1224/99P**, recordando precedentes como las SSTS n.º 1450/99, de 18 de diciembre y 340/2000, de 3 de marzo, se dice que la extradición es un acuerdo bilateral o multilateral entre Estados, en la que el extraditable no es parte para instar el proceso de extradición y, consecuentemente, no puede cuestionar la actuación del Estado que le entrega al reclamante, por lo cual no es acogible una presunta vulneración del derecho de igualdad (respecto a otras personas en condiciones similares no entregados a las autoridades españolas).

1.4. Instrucción. Criterios para la detención policial. Informe antropométrico.

Se abordan en este apartado, un par de cuestiones relativas a la instrucción, o mejor, a la investigación policial, que suelen servir para formar el sumario. Es muy importante que la obtención de este «material» se haga de forma respetuosa con los derechos y libertades fundamentales de las personas afectadas. Y de otro lado, ha de apurarse el celo para que resulte útil para la labor instructora del Juez, y valorable, como prueba, en su momento.

Pues bien, la **STS 12-12-2000, RC 2084/97**, examina el art. 492.4 de la LECRIM que impone la obligación de detener a una persona cuando la Autoridad o Agente tenga racionalmente motivos bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y que los tenga también bastante para creer que la persona a quien detener tuvo participación en él.

Y como se censurara que la detención se basaba en una simple llamada anónima que implicó su conducción a comisaría para ser puesta en libertad inmediata tras el cacheo en el que no se le encontró sustancia estupefaciente alguna, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, rechaza cualquier asomo de ilicitud al indicar que *«el parámetro o paradigma en los supuestos como el presente es la racionalidad de la sospecha «ex ante» y no la confirmación «ex post» de los indicios irracionales, por lo que es correcto detener con base racional aun cuando el sujeto no haya cometido el ilícito, como incorrecto es que se consiga un objetivo policial aún cuando se carezca de cualquier fundamento en la intervención»*. (En el caso, la persona referida en la llamada telefónica, que estaría vendiendo drogas, era de las mismas características de la detenida, se encontraba en el lugar señalado, carecía de documentación, y se negó a identificarse.)

En la **STS 27-1-2001, RC 2074/98P**, se examina el muy interesante caso de un informe realizado por la Sección de Antropología del Servicio Central de Analítica de la Comisaría General de la Policía Científica, en el cual se contiene un estudio fisionómico comparativo entre el fotograma obtenido por una cámara de vídeo de una sucursal bancaria en el momento de ser asaltada, y la fotografía de la reseña policial del recurrente, concluyéndose por los técnicos policiales que las identidades de cejas, nariz, boca y mentón unidas a la ausencia de discrepancias morfológicas, les permite confirmar sin ningún género de dudas, que se trata de la misma persona.

El Tribunal Supremo, analizando lo que denomina **«pericia antropomórfica»**, la contrasta con el superior valor que la dactiloscopia tiene en el mundo científico de la criminalística, para acabar afirmando que *«el universo de los signos distintivos que emplea (la pericia antropomórfica), nos sitúa ante un espectro de población muy amplio en el que pueden darse coincidencias o similitudes entre variados grupos de personas. Las partes del rostro de las personas, no son irrepetibles como sucede con las huellas dactilares»*. Por eso se relativiza su valor, aun

reconociendo que se trata de una técnica valiosa de investigación pues permite una aproximación hacia la persona sospechosa, pero «**es difícil atribuirle, en todos los casos, el valor de prueba plena e indiscutible**». La sentencia, añade un interesante y crítico «además»: En el supuesto se da *además* la circunstancia de que, mientras los hechos sucedieron en diciembre de 1997, la fotografía indubitada de contraste es de 1990, lo que difumina las posibilidades de erigirse en la prueba única y exclusiva —pues no había otras— del hecho delictivo. Podían los investigadores policiales y el propio Juez de Instrucción —concluye— haber obtenido una fotografía actual del recurrente, que sirviera de contraste más fiable.

1.5. Prueba. Autoinculpación extrajudicial. Declaración del coacusado. Consentimiento de los titulares en la entrada y registro domiciliaria. Morador deficiente psíquico. Testifical, en relación al art. 714 LECRIM. Superior valor probatorio de lo declarado en la vista. Agente provocador y delito provocado

Una vez más, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre multitud de cuestiones relativas a la prueba, universo casi infinito de posibilidades, en el cual las sucesivas aportaciones de la jurisprudencia se edifican sobre aspectos, rasgos, matices o circunstancias concretas del caso, que muchas veces dependen más del comportamiento procesal de las partes que de la *quaestio facti* en sí.

Pues bien, entre los muchos temas suscitados, hemos espigado los que encabezan este apartado. Y así, en diversas resoluciones se ha tratado del valor probatorio de las declaraciones autoincriminatorias del propio acusado, realizadas en sede policial o ante los propios agentes, tras ser detenido, muchas veces de forma espontánea, y por ello sin asistencia letrada. El tema, aun con las cautelas que lógicamente deben adoptarse, lo resuelve la **STS 25-9-2000, RC 1282/2000**, afirmando que la **autoincriminación extrajudicial no constituye una prueba prohibida** y puede ser valorada racionalmente siempre que se incorpore al juicio debidamente y se someta en el mismo a la pertinente contradicción. Criterio seguido con anterioridad por la STS de 17 de noviembre de 1999, subordinándose, en todo caso, a la razonabilidad de la valoración y a que sea efectivamente sometida a contradicción en el juicio oral, per-

mitiendo a la defensa interrogar a las personas ante quienes se produjo dicho reconocimiento extrajudicial.

En similares términos se pronuncia la **STS 19-7-2000, RC 1224/99P**, en el caso de declaraciones autoinculpatorias prestadas ante la policía y recogidas en el atestado, pero luego no ratificadas, admitiendo «con carácter excepcional», su idoneidad para destruir la presunción de inocencia, cuando es prestada con asistencia letrada, previa información de derechos y con la posterior presencia en el plenario, de los agentes policiales.

Sobre el vidrioso tema de la **declaración del coacusado**, la **STS 11-9-2000, RC 801/99P**, realiza un exhaustivo y compendiado estudio de la posición jurisprudencial actual, cuyos puntos más importantes, sobre la doctrina vigente son los siguientes:

«A partir de la STC 153/97, de 29 de septiembre, reiterada en las STC 49/1998, de 2 de marzo y STC 115/98, de 1 de junio, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia probatoria de la declaración de los coimputados considera que «la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no está mínimamente corroborada por otras pruebas». Se establece inicialmente esta doctrina en supuestos en los que la declaración inculpativa del coimputado no se produjo en el juicio oral, sino en las diligencias sumariales, y ha sido acogida por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencias 1451/98, de 27 de noviembre, donde se señala que «la ausencia de ratificación en el juicio de la declaración de la coimputada podría impedir su consideración como suficiente prueba de cargo si se trata de la única practicada y valorada», así como en las sentencias de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999.

La Sentencia núm. 1045/99 de 26 de julio, señala que la credibilidad objetiva de la declaración del coimputado prestada durante el sumario y no ratificada en el juicio oral, precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración prestada en juicio oral con observancia del principio de inmediación.

Cuando la declaración inculpativa se produce en el propio acto del juicio oral, con plenas garantías de contradicción, oralidad y publicidad, compete al Tribunal sentenciador la valoración de su credibilidad y poder de convicción, conforme a los

principios de inmediación y de valoración en conciencia de la prueba que rigen nuestro Ordenamiento procesal penal. La Sentencia núm. 1045/99, de 26 de julio, señala que las exigencias en la ponderación de la declaración del imputado atañen al ámbito de la valoración de su credibilidad subjetiva y objetiva y no son presupuestos o requisitos condicionantes de su validez material. Es decir, se trata de criterios que deben observarse para una valoración razonable.»

En relación a la prestación del **consentimiento** de los titulares **en la entrada y registro domiciliario**, se considera prueba ilícita la que se fundamenta en el consentimiento dado en comisaría por quien constituía pareja, de la otra moradora, que era la que se encontraba en el domicilio, y que se opuso a la entrada sin mandamiento judicial, situación que no habilitaba para realizarla violentamente, pues la persona que se encontraba en el domicilio en ese momento era tan titular como el otro componente para acceder a dicha diligencia (**STS 14-11-2000, RC 1112/99**).

Y en relación a esta misma cuestión, en la **STS 10-10-2000, RC 143/99**, se aborda el caso de una entrada y registro en un domicilio ocupado, en dicho momento, por la hija, **deficiente mental**, afectada de una minusvalía del 62 por 100, concluyéndose que fue correcta por dos razones: porque no existen datos que permitan sostener que padecía una incapacidad total para conocer las consecuencias del acto, y porque se notificó por razones de urgencia, a la moradora ocasional, subsanándose las posibles deficiencias de tal diligencia de notificación, de forma inmediata al detenerse al acusado enseguida y trasladarlo al lugar donde se estaba realizando el registro, lo que le permitió tomar conocimiento del mismo y hacer cuantas observaciones hubiere estimado pertinentes.

Sobre el procedimiento previsto en el art. 714 LECRIM, cuando la declaración del testigo en el juicio oral no es conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, esto es, lectura de la declaración en fase de instrucción y solicitud del Presidente del Tribunal de aclaraciones al testigo para que explique las razones de dichas diferencias y contradicciones, se pronunció la **STS 16-1-2001, RC 1578/99**, casando la sentencia en la que ante las contradicciones de unos testigos en fase sumarial con lo sostenido en el plenario, el Tribunal sentenciador decidió, omitiendo recurrir al procedimiento del art. 714 LECRIM, infringiendo así los principios de oralidad, al reemplazarlo por el de escritura, y de

inmediación pues apreció declaraciones no ocurridas en su presencia. Y concluye la sentencia, **cuando las declaraciones de los testigos** (o del acusado) **no son coincidentes, el Tribunal no está** autorizado a elegir las que le parezcan, sino **obligado a poner en marcha el procedimiento del art. 714 LECRIM.**

Otra cuestión de cierto interés, es la suscitada en la **STS 25-4-2001, RC 416/2000P**, en la que se produce un cierto apartamiento del tradicional criterio jurisprudencial de que en caso de la habitual **contradicción entre lo declarado en instrucción y luego en el juicio oral**, se suele tener en cuenta como más verosímil la primera declaración, por su frescura y proximidad a la producción de los hechos dado que la experiencia enseña como las declaraciones vertidas mucho después, a veces años, en la vista oral, son cambiadas de forma interesada, por «asesoramiento» en tal sentido o por presiones de la parte acusada o, en definitiva, por la propia conveniencia del testigo que estima que lo que más le interesa es declarar a favor del acusado o en su propio beneficio.

En efecto, en dicha resolución se considera menos razonable la posición del órgano sentenciador, que sigue el criterio antes expuesto, que la de conceder más valor a la expuesta en el juicio oral —la primera acusatoria y la segunda exculpatoria— ya que el testigo incriminó por señas físicas, sin identificar, a una persona mediante el cumplimiento de un texto parcialmente impreso facilitado por la Policía, en la que se contenían espacios en blanco para ser rellenados por el adquirente, sobre la clase, cantidad y precio de la droga adquirida, el lugar y nombre del vendedor, sin complementarse con una rueda identificativa. En tales circunstancias, la declaración ante la policía, en la forma indicada, sin comparecencia posterior ante el Juez instructor, negando en el plenario que el acusado fuera la persona de la que adquirió la droga, no se considera prueba suficiente de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Y para terminar este capítulo sobre la prueba, debe indicarse que el tema del «**agente provocador**» ha sido objeto igualmente, de tratamiento en algunas resoluciones dictadas en el presente año judicial. En concreto, la **STS 23-1-2001, RC 4097/98**, se ha referido a esta cuestión.

En la resolución que comentamos, se parte de una diferenciación entre delito provocado y actuación del «agente provocador», afirmándose que por **delito provocado** se entiende aquél que llega a realizarse en virtud de inducción engañosa de una determinada persona, generalmen-

te miembro de las Fuerzas de Seguridad, lo cual supone la producción de un delito por parte de quien no tenía voluntad criminal en ese concreto supuesto.

Y mientras el delito provocado ha de ser enérgicamente rechazado, y en consecuencia es impune, ante la ausencia de dolo criminal independiente y autónomo, representando una conculcación del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, distinta es la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En el caso que examina la sentencia precitada, el Tribunal Supremo considera que estamos ante la segunda de las situaciones descritas —actuación lícita del denominado «agente provocador», también llamado «**agente encubierto**»— ya que «*no hay provocación al delito, sino descubrimiento de un delito ya consumado antes de la intervención del Agente de Policía. Al hacerse pasar éste por un cliente más, preguntando quien vendía droga, su actuación no originó la ideación criminal del acusado ni su comportamiento delictivo porque éste no está integrado por la venta de la papelina al Agente sino por la previa posesión de esa sustancia para la transmisión a un tercero*».

1.6. El proceso del tribunal del jurado. Motivación y otras cuestiones relativas al veredicto. Delitos conexos

Como viene sucediendo desde que la LOTJ 5/95, de 22 de mayo entró en vigor, numerosas vienen siendo las oportunidades en que nuestro más Alto Tribunal tiene ocasión de pronunciarse sobre los veredictos y otras cuestiones derivadas de sentencias de los Tribunales populares, una vez que son fiscalizadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, contra cuyas resoluciones es posible, por las causas legalmente previstas, deducir recurso de casación.

Y así, entre las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en este año judicial, contamos con las siguientes:

La **STS 19-10-2000, RC 659/99**, precisó con gran claridad el **contenido de las funciones del Jurado al emitir el veredicto**, función esencial a tenor de lo preceptuado en el art. 3 de la LOTJ. Y que alcanza la declaración de hecho probado, o no, del hecho justiciable y la proclamación de la culpabilidad o inocencia del acusado en los mismos, sin que esa decisión abarque la subsunción jurídica, esto es, si hubo homicidio o asesinato, si medió dolo o culpa, o si el delito se consumó o no. Es decir, ha de determinar el relato fáctico del que el Magistrado-Presidente deberá extraer las consecuencias jurídicas precisas para la sentencia que dictará aquél.

Más en concreto, sobre la **motivación** se han pronunciado las **SSTS de 12-3-2001 (RC 4665/99) y 10-4-2001 (RC 274/00P)**, abordando aspectos complementarios sobre tan importante cuestión.

Y así, la primera ha recordado que el deber de motivar el veredicto es una de las singularidades de la Ley del Jurado respecto a otros ordenamientos del derecho comparado y que su control consiste en analizar: *«a) si el objeto de veredicto ha cumplido con los fines de articulación secuencial para fundamentar la decisión del jurado, b) si la motivación que se recoge en el acta, es suficiente; c) si, en definitiva, existen hechos probados en la sentencia de primer grado, y en caso afirmativo, si pre-determinan o no el fallo.»*

Y la segunda, tras indicar que el Jurado, *«de la forma más sencilla y concisa que le sea más factible»* ha de cumplir su deber de motivación, explicando los elementos de convicción que han tomado en consideración para efectuar sus pronunciamientos fácticos, conforme previene el art. 61.1. d) de la LOTJ, afirma que la suficiencia de tal motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere **examinar el caso concreto** para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales.

A tal efecto, resulta de gran interés la **STS 11-9-2000, RC 801/99 P**, en la que se refiere en qué consiste la función complementadora del Magistrado-Presidente a la de fundamentación fáctica de exclusiva incumbencia de los jurados. Y se concreta dicha cuestión en la constatación de la concurrencia de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia y en la expresión de por qué la prueba practicada constituye prueba lícita, de cargo y hábil —suficiente— para desvirtuar

la mencionada presunción constitucional. La sentencia contiene, además, una observación práctica, extraída de la experiencia, de gran valor jurisprudencial:

«Extremar el rigor de la exigencia de motivación del veredicto del Jurado, determinando con ello la reiterada anulación de sus resoluciones, con la consiguiente repetición de los juicios que conlleva un ineludible efecto negativo en los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, puede constituir, bajo el manto de un aparente hipergarantismo, la expresión real de una animosidad antijuradista que puede hacer inviable el funcionamiento de la Institución, tal y como ha sido diseñada por el Legislador.

(Por eso) Ha de buscarse el equilibrio entre los derechos constitucionales implicados ponderando la suficiente motivación de la racionalidad de la decisión, con el modelo de justificación, escueto y sin necesidad de artificio, que puede proporcionar un Jurado.»

Y sobre las consecuencias o **efectos de la anulación de veredictos**, podemos traer a nuestra consideración, las **SSTS 22-11-2000, RC 1515/99** y **28-10-2000, RC 1656/99P**. En la primera, se confirmó la sentencia del TSJ que anuló la sentencia del tribunal del jurado, por falta de motivación, ordenando la celebración de nuevo juicio con jurados y Magistrado-Presidente diferentes, en base a que no existió una mínima explicación razonada de por qué las pruebas del caso fueron insuficientes para considerar probados los hechos. Y en la segunda, se trata la novedosa cuestión de en qué medida afecta a un coacusado absuelto en un juicio por jurado, anulado posteriormente por insuficiencia de motivación, la celebración del nuevo juicio. Y se concluye que debe eximirse de ese nuevo juicio pues lo contrario no parece muy respetuoso con el principio de seguridad jurídica y con las garantías asociables al derecho a un proceso justo (art. 24.2 CE y art. 6.1 Convenio de Roma de 1950).

En cuanto a las cuestiones de prueba, se va decantando un cuerpo doctrinal de gran interés, al ir colmando las dudas y lagunas interpretativas que el texto de la LOTJ ha ido sembrando en estos años de «rodaje».

En esta línea, la **STS 11-9-2000, RC 801/99P**, se pronuncia sobre el **último párrafo del art. 46.5 LOTJ**, que tantos ríos de tinta ha hecho correr (*«las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las*

resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados»). Y lo hace sin aflorar la más mínima sorpresa ni acoger una interpretación literalista, que resulta absurda por contradecir la jurisprudencia general en la materia, que declara aplicable a este procedimiento porque la doctrina constitucional —se dice— sobre la presunción de inocencia y las pruebas hábiles para enervarla, debe ser común a todo el proceso penal, pues *«no resulta admisible sostener que una prueba de cargo pueda ser válida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia en un delito de homicidio frustrado y no en otro de homicidio consumado, o en un secuestro o una violación y no en un delito de amenazas o de allanamiento de morada, en función de la composición del Tribunal competente para el enjuiciamiento»*.

Por su parte, la muy técnica **STS 13-3-2001, RC 101/00P**, se ocupa de la **revisión del veredicto** que sólo puede realizarse —por mor de lo previsto en el art. 849 núm. 1 de la LECRIM— a través del control de los **juicios de inferencia** expresados en la sentencia, esto es, las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo o de conciencia que, por su propia naturaleza, no es perceptible u observable de manera inmediata o directa, y que deriva de los hechos declarados probados. Dicho control o revisión ha de comprobar la lógica y racionalidad del juicio de inferencia, puesto en relación con los datos objetivos acreditados. Y así el «ánimo de matar» constituye un juicio de tal naturaleza, cuya revisión por medio del recurso de casación es factible a partir de los datos externos que se declaren expresamente probados.

Y en relación con lo anterior, la **STS 24-10-2000, RC 1128/99P**, concreta las **funciones del tribunal de apelación en la valoración de la prueba del jurado**, censurando que haga una nueva valoración de la actividad probatoria que no ha percibido directamente, pues lo que no puede hacer el Tribunal de apelación es revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado, a partir exclusivamente de una fragmentaria documentación en el Acta, porque así vulneraría el principio de inmediación ni ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado, por la suya propia.

Por último, referirnos al vidrioso tema de la **conexidad** en la ley del jurado, que ha ocupado a la doctrina en los últimos tiempos. Pues bien, la **STS 29-11-2000, RC 298/00P**, se ha referido a esta cuestión afir-

mando que «en el párrafo segundo del artículo 5 se extiende, con carácter general, la competencia del Jurado a los delitos conexos», con los matices que en el mismo se indican. De lo cual se deduce que «la competencia del jurado no conoce límites cuando nos encontramos ante uno de los supuestos anteriormente enunciados, lo que nos lleva a situaciones de gran complejidad, por las que pueden entrar en las vías del Tribunal del Jurado, supuestos totalmente alejados de las previsiones del legislador que no quería, en una primera fase, que se expandiese y complicase el desarrollo del tribunal del jurado, adjudicándole la competencia para conocer de delitos de una especial complicación técnica».

1.7. Derecho a los recursos. Resoluciones irrecurribles en casación

A pesar de la relativa claridad de las previsiones de la LECRIM en sus artículos 847 y 848, junto al novedoso art. 42 de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, suelen llegar al Tribunal Supremo, recursos que se contraen a resoluciones respecto a las cuales se hace necesario dictar pronunciamientos sobre su recurribilidad.

Y así, la **STS 16-10-2000, RC 1548/99**, afirma que en cuanto a los autos dictados por las Audiencias sobre la **suspensión de condenas** —arts. 80 y 87 CP— no son susceptibles de control casacional, al no preverse expresamente dicha revisión de facultades discrecionales de los tribunales provinciales, y ello de conformidad con lo previsto en el art. 848 de la ley procesal penal.

Por su parte, la **STS 17-11-2000, RC 4345/98**, analiza en profundidad la recurribilidad de las **sentencias dictadas de conformidad**, recordando la doctrina consolidada de su irrecurribilidad —**SSTS 11-4, 27-4 y 1-3 2000**, entre alguna de las más recientes—, salvo en los siguientes casos: sentencias dictadas en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena; cuando no se efectuó la previa doble garantía o anuencia del letrado y acusado; cuando se alegue un vicio de consentimiento que haga ineficaz la conformidad; cuando se imponga una pena superior a la que resultaba conforme a la calificación de los hechos; y cuando la sentencia no respete los términos de la conformidad, debiendo decirse que vincula al tribunal sentenciador la pena pedida y conformada —**STS 27-4-99**—.

1.8. Ley Penal. Derecho temporal

Diversas resoluciones se han ocupado también, de un tema recurrente en la jurisdicción penal, por sus importantes consecuencias sobre la determinación de la gravedad de los hechos punibles y de la duración de las penas consiguientes: la fijación de la ley penal aplicable al caso, y la posibilidad de aplicar el constitucional principio de la retroactividad de las normas y decisiones favorables.

En la **STS 3-2-2001, RC 16/99**, se expresa con gran sencillez que la retroactividad de las normas que favorezcan al reo —art. 2.2 CP— tiene un límite: *«no puede dejarse sin efectos las penas ya cumplidas, y des - hacerse lo ya ejecutado»*. Y así, en relación a la **pena de multa**, se recuerda que en razón del art. 8 de la Ley de Indulto, de 18-6-1870, el indulto de la pena pecuniaria exime al indultado del pago de lo que adeude, pero no comprende la devolución de lo ya pagado, *« a no ser que se determine expresamente »*.

Y en la **STS 4-1-2001, RC 211/99**, se indica que el principio de retroactividad arriba consignado, hay que ponerlo en relación con la DT 2.^a, cuya aparente antinomia (pues proscribía fragmentar la aplicación de las leyes más favorables al reo), debe ser resuelta en el sentido de acoger la regla general del art. 2.º, cuando se trata de supuestos de descriminalización parcial de una circunstancia agravatoria que exaspera la pena resultante, ya que se trata de un proceso lógico anterior a la propia determinación de cuál sea la ley más favorable, al caso.

2. Juicio Oral

2.1. Cambio de letrado al inicio de la vista

Se examina en la **STS 10-11-2000, RC 4.001/98**, un problema muy frecuente en la celebración de los juicios del orden penal, respecto al cual los tribunales han de ir con mucho tiento, pues en las cuestiones que atañen al **derecho de defensa**, una equivocada apreciación puede acarrear muy graves consecuencias.

Nos referimos a la sorpresiva solicitud por el acusado del cambio de letrado al inicio de la vista, que en el caso que nos ocupa fue apoyada en que también defendía a otros coacusados y no se daba, por tanto, una defensa «exclusiva».

La referida sentencia, tras indicar que dicha solicitud pudo expresarse con anterioridad, la califica de «maniobra puramente dilatoria», pues además de lo dicho se basa en una razón que ni viene impuesta por ninguna norma ni, en el caso, se aprecia represente una incompatibilidad de intereses ni que se produjera una incorrecta defensa.

Y en cuanto al fundamento teórico de esta decisión, indica la Sala que en tanto no se de una mínima base razonable de la petición, ha de rechazarse por entrañar abuso de Derecho, fraude de ley o procesal, según el art. 11.2 LOPJ, pues la indefensión, en estos casos, es un concepto que tiene un contenido material y no formal. *A sensu contrario*, el Tribunal Supremo admite que es causa de suspensión del juicio —aunque no figure en los arts. 745 y 746 de la LECRIM— cuando se aprecie que, de algún modo, la denegación de dicha suspensión para cambiar de Letrado, pudiera originar indefensión o perjudicar materialmente el derecho de defensa del acusado (así SSTS 23-12-96 y 23-3-2000).

2.2. *Modificación de las conclusiones provisionales*

Se plantea en la **STS 28-2-2001, RC 127/99**, el alcance del cambio de conclusiones, al finalizar la práctica de la prueba, referido en este caso, a la responsabilidad civil. Y la respuesta es bien clara, pues conforme al **art. 732 LECRIM**, la posibilidad de cambio o modificación de las conclusiones provisionales por las definitivas, no contiene excepción alguna, por lo que puede afectar a los hechos, a su calificación jurídica o a las consecuencias penales, procesales y económicas.

El único matiz, viene dado por los principios de contradicción y defensa, por lo que si la parte entiende que se ha producido un cambio sustancial respecto a lo inicialmente contenido en el escrito de conclusiones provisionales, puede solicitar un aplazamiento de la sesión para poder aportar nuevos elementos probatorios y de descargo, o si, por el contrario, disponía de prueba suficiente, para combatir la nueva petición, tal como permite el art. 793.7 LECRIM (doctrina seguida por las SSTS 27-4-93 y 1-2-96).

2.3. *Sentencia. Supuestos de nulidad. Requisitos del relato de hechos probados*

Dos interesantes resoluciones de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, se han ocupado recientemente de supuestos específicos de nulidad de las sentencias.

En la **STS 19-10-2000, RC 3412/99**, se considera que *«la resolución que en la presente causa se denomina sentencia no reúne los elementos esenciales para que pueda ser considerada como tal porque ni expresa los hechos que se estiman probados, limitándose a una remisión inaceptable a la calificación hecha por el Ministerio Fiscal, ni tampoco, en los que se denominan fundamentos jurídicos, se hace referencia a los que se deben aplicar o no aplicar... y no se ofrecen las razones jurídicas determinantes de que el fallo se decante por la absolución del acusado, con lo que la acusación queda sin explicación de la no aplicación al caso del precepto legal que pretendía y que le permitiría sustanciar más ampliamente su recurso»*.

Y para el caso referido, buscando la mayor economía de medios posible, el fallo dispone que se dicte nueva resolución —se elude denominar sentencia, a lo que ya se ha dicho no cumplía los mínimos para ello— para que se hagan constar los esenciales elementos de la misma omitidos, sin necesidad de variar la composición de la Sala sentenciadora.

En cambio, en la **STS 23-11-2000, RC 2548/99**, se acuerda la más traumática solución de que se celebre nuevo juicio con un tribunal de composición distinta, para que enjuicie, valore las pruebas practicadas y dicte sentencia con arreglo a derecho.

En efecto, el problema de la sentencia anulada, en esta ocasión, es el exceso operado al dictar una segunda sentencia que debía limitarse a sanar la falta de claridad de la anteriormente anulada. Y es que, como dice la mentada Sentencia del Tribunal Supremo, *«la sentencia que se recurre desconoce que anulada una sentencia por un quebrantamiento de forma de la misma, un vicio «in procedendo», lo procedente es sanar el quebrantamiento declarado manteniendo los hechos que han sido declarados probados sin el defecto procesal (y no articular un nuevo relato fáctico) y, en todo caso, el quebrantamiento de forma consistente en la falta de claridad debe ser remediado por los mismos Magistrados que dictaron la sentencia anulada (siendo incorrecto, por tanto, disponer una Sala con Magistrados diferentes)»*.

Relacionada con la anterior, es la **STS 17-11-2000, RC 864/99**, que declara igualmente la nulidad de una sentencia, con los mismos efectos que la precitada de 19 de octubre de 2.000, en un caso en que se detecta la inexistencia de valoración de la prueba sobre si se dio o no, el delito objeto de acusación, al partirse del a priori de estar prescrito. Y como ello supuso que no se hicieran constar en el relato fáctico los datos indis-

pensables para comprobar el acierto o desacierto de la resolución recurrida, se ha impedido a la Sala analizar la corrección o no de la doctrina sobre la prescripción.

El fallo descansa en el recordatorio de lo que es el **relato de hechos** de toda sentencia, que supone la «exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora», y que debe contener «*todos los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquéllos que puedan modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito*», entre los cuales se incluyen las causas de justificación y exclusión de la acción, imputabilidad y punibilidad, y, respecto a esta última, las excusas absolutorias, las condiciones objetivas de punibilidad y la prescripción.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.*

La atenuante de alteración psíquica. Aplicación de medidas de seguridad a los drogodependientes

Sobre qué entender por «**alteración psíquica**», y cuándo procede apreciarla, como modificación de la responsabilidad penal, la **STS 11-9-2000, RC 1483/99**, tras recordar que puede operar a través de la anomalía o alteración psíquica del art. 20.1 o, en su caso, del art. 21.1 CP, nos alerta que no es suficiente la mera presencia de una anomalía o alteración psíquica, sino que «*Es preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*», y con más precisión, la **STS 2-10-2000, RC 3052/99**, indica que «*es preciso que la anomalía o alteración se imponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquélla o que, pudiendo percibir el mandato o la prohibición contenidos en la norma, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa*».

Y conforme con esa doctrina, no se considera concurrente en el caso de que se presente como rasgo de la personalidad un «*carácter agresi-*

vo y *violento*» cuando, como sucede en el supuesto examinado, el acusado es capaz de entender la ilicitud de una determinada conducta y de adecuarse a las normas morales y sociales, actuando conforme a esa comprensión.

Finalmente, la **STS 9-10-2000, RC 1324/99P**, aborda la posible compatibilidad entre esta circunstancia (atenuante de alteración psíquica en un caso en que el autor del hecho delictivo tenía ligeramente mermadas sus facultades intelectivas y volitivas a consecuencia de padecer «fugas» y amnesia, además de un trastorno histriónico de la personalidad) y la alevosía.

Y se considera **compatible la alevosía con la enajenación mental**, tanto en sus modalidades de eximente completa y semieximente, así como atenuante, tal como sucede en el presente caso, tras cita del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 26-5-2000 respecto a la eximente, pues para la eximente incompleta se habían pronunciado de forma favorable las SSTS de 24-2-89, 1-7-94 y 8-3-96.

Otro asunto de gran interés, y en cierto modo novedoso, es el abordado en la **STS 16-10-2000, RC 1165/99P** respecto a la aplicación a los drogodependientes no incurso en situación de exención o exención incompleta, es decir, que tengan una menor afectación de sus facultades psíquicas, de medidas de seguridad dirigidas a su rehabilitación y reinserción sociales.

En la mencionada resolución se admite la solución innovadora, de aplicar las medidas previstas en el art. 104 CP, en sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se constate un caso de **grave adicción**, sometiendo la decisión a un proceso contradictorio en el que se debe partir de la voluntariedad del tratamiento.

1.2. Medidas complementarias. Prohibición de volver al lugar del delito

Con cada vez más frecuencia van llegando al conocimiento de la Sala, supuestos de la denominada **violencia doméstica**, ámbito no exclusivo pero sí en el que mayoritariamente, se está adoptando la medida prevista en el **art. 57 CP**, de prohibición de que el condenado vuelva al lugar de residencia de la víctima.

Esta medida, conocida en el uso forense como el **alejamiento del agresor**, es examinada en la **STS 2-10-2000, RC 1715/99P**, ratificándose la doctrina que se viene siguiendo —así SSTS 5-12-96 y 23-3-99, entre otras— en el sentido de entender que hay que dar a la prohibición, el alcance efectivo pretendido por el legislador —se dice— por lo que no hay «*Ningún inconveniente legal para situar el inicio de esta prohibición de residencia en el momento en que termina la privación de libertad inherente a la pena de prisión*» pues es evidente que otra solución, esto es, la coincidencia en el tiempo de pena y alejamiento, haría inútil la previsión legislativa respecto a la medida. Pero tampoco cabe, en simplista solución, determinar como *dies a quo*, el primero en que concluya el periodo de reclusión, e inicie el expenado su vuelta a la libertad, por lo que la mentada sentencia se cuida de precisar que «*el tiempo del comienzo de la mencionada prohibición de residencia ha de empezar cuando comience a disfrutar de permisos carcelarios, o del periodo de libertad condicional, o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización*».

1.3. La pena de multa. El Comiso

Como se sabe, la regulación de la pena de multa en el CP de 1995, posibilita la imposición de dos clases de multa: en cuantía determinada y proporcional a la gravedad del hecho. En ambos casos, sin embargo, hay un margen de flexibilidad, dado por la situación económica del condenado, por un lado, o del valor económico del perjuicio o de la gravedad del hecho delictivo causado, en el otro.

Tan amplias posibilidades concedidas al margen de apreciación de los órganos judiciales, da lugar a frecuentes recursos cuestionando el acierto a la hora de cuantificar esta pena, que aparece con varias caras: pena semigrave, leve, o proporcional al hecho delictivo. Sin que, por ello, no resulte extraño que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre esta cuestión, rectificando más de una vez la aplicación efectuada por el Tribunal de instancia.

Así, en la **STS 11-12-2000, RC 3684/98**, en un caso en que la pena de multa se redujo, de la incorrectamente impuesta en sentencia, a la de entre 165 y 330 pesetas —tanto al duplo del valor de la droga, reducida en uno o dos grados dada la condición de menor edad del condenado— se recuerda que debe tenerse particularmente en cuenta el criterio de pro-

porcionalidad. Por lo que en el presente supuesto, dada la reducida cantidad de droga, la sustitución del impago de la multa por 10 días de arresto sustitutorio, es indudable que supera el límite de la prudencia. Pues de conformidad con los arts. 50.4 y 53.1 CP, «*el criterio de **proporcionalidad** previsto para los días multa no puede diferir del que rija para la multa proporcional, pues la proporcionalidad del arresto sustitutorio con la multa no depende en modo alguno de la forma en la que se individualice la pena de multa*».

Y en la **STS 28-12-2000, RC 1202/99P**, se rectifica un fallo porque se impuso una multa, en el supuesto de los artículos 368 y 369 CP, que presupone el **valor de la droga**, ante la ausencia de este dato, que debe llevar *inexorablemente* a la **no imposición de la pena de multa ante el desconocimiento de dicha información**, por falta del presupuesto indispensable para su imposición, en línea con la doctrina que ya se recogió en las SSTS números 542/2000, de 12 de abril, 1085/2000, de 26 de junio y 1501/2000, de 2 de octubre.

En cuanto al **comiso**, la **STS 20-2-2001, RC 2718/99**, nos sitúa, correctamente, su naturaleza actual —a tenor de lo previsto en los arts.127 a 129 CP— más como una «*consecuencia accesoria*» que como pena. Y admitiendo el acierto de la sala de instancia que consideró no acreditado la conexión delictual directa entre el transporte de droga y el vehículo utilizado en el caso por el acusado, decretó no su comiso, al no considerarlo instrumento del delito, sino su embargo afecto a la pieza de responsabilidad civil.

Y por su parte, la **STS 6-3-2001, RC 587/00P**, reitera *la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral*, al no tratarse de una consecuencia forzosa sino subordinarse a su expresa petición por la parte acusadora y permitir así, a la parte acusada defenderse de esta cuestión.

2. Delito de aborto

La **STS 26-10-2000, RC 738/99**, se refiere al interesante supuesto de grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada, que como se sabe, supone como consecuencia del antiguo art. 417 bis (actual art. 144 CP), la exención de responsabilidad penal si ello se dictamina por un médico especialista, tal como establece el art. 1 del RD 2409/1986, de 21 de noviembre.

Pues bien, en el caso de autos se trataba de ver si encajaba en esa exigencia normativa, el hecho de que hubiera sido una *psicóloga clínica*. La Sala responde negativamente pues dicha titulación no habilita para emitir tal dictamen dado que *«está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto»*.

3. Delitos contra la intimidad

Nos referimos en este apartado a tres sentencias que tuvieron indudable eco popular en su momento, y que tienen en común la alegación de diversos motivos para negar la producción del delito.

a) Así, en primer lugar, la bautizada como sentencia del «espionaje» de las actividades del cónyuge, a fin de comprobar si era infiel.

Nos referimos a la **STS 14-5-2001, RC 2122/99** dictada en relación a la figura delictiva contemplada en el **art. 197 CP, que regula el descubrimiento de secretos**, entre otros medios, a través —como sucedió en este caso— de la instalación de mecanismos de interceptación y grabación de conversaciones telefónicas, en el aparato situado en el dormitorio conyugal.

El marido, que según parece, tuvo éxito en sus pesquisas, alegaba que la intimidad en el matrimonio tiene una dimensión familiar, que no personal, y que se trataba de un derecho frente a terceros, esto es, que protege las injerencias ajenas, pero no las de un cónyuge respecto a otro, pues en el matrimonio los secretos relativos a la infidelidad conyugal no son personales sino que forman parte de la aludida dimensión familiar de la intimidad.

El Tribunal Supremo rechaza tales argumentos y recuerda que el art. 18 CE reconoce un derecho fundamental de toda persona, por el que no se autoriza, ni siquiera al cónyuge, a vulnerar el secreto a las comunicaciones. Y ello, porque se trata de un derecho básico, del ámbito de la «personalísima privacidad» que en absoluto cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, ya que la única excepción a esos

espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece «erga omnes», la constituye la autorización judicial rigurosamente fundamentada y motivada en poderosas razones de interés público, que en ningún caso puede dejarse al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado.

Por eso, se dice finalmente, *el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales* tendrán las consecuencias que establece el ordenamiento jurídico pero, *en absoluto permite habilitar a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal*. Y ésta, en el art. 197 CP sanciona a quien ejecuta alguna de las acciones que se describen en el tipo (elemento material) con la finalidad de «descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento»(elemento subjetivo).

b) También tuvo trascendencia social, la condena a un médico por revelar datos de la intimidad del paciente. Es la **STS 4-4-2001, RC 2338/99**, en la que tras recordarse que la conducta es subsumible en el art. 199.2 CP, que protege la intimidad y privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas, se indica que es un delito especial propio, que exige que el autor sea profesional, esto es, que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada.

Y como el art. 10.3 de la Ley General de Sanidad, de 25-4-86, garantiza el derecho de los ciudadanos a «la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias», con el correspondiente «deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica» art. 6.1, existe revelación de secretos cuando se divulgan hechos propios de la intimidad de una persona, sólo conocidos por su titular o por quién él determine.

Para diferenciar el tipo delictivo en cuestión —sigue diciendo la sentencia— de la mera indiscreción o de los simples cotilleos, hay que tener en cuenta si la comunicación en cuestión lesiona o no el derecho fundamental a la intimidad, esto es, el ámbito propio y reservado que frente a la acción de los demás, es necesario conservar —según las pautas culturales vigentes— para mantener una calidad mínima de vida humana.

c) Por último, nos referimos a la denominada **sentencia del «Caso Cesid»**, **STS 22-3-2001, RC 3583/99**, sentencia de gran impacto e

interés jurídico, tanto por las personas que resultarían condenadas como por la gran cantidad de cuestiones jurídicas que se tratan en la extensa resolución.

La sentencia se ocupa, como se dijo, de un gran número de temas jurídicos, pero nos parece especialmente relevante el tratamiento de lo que constituye su médula o núcleo fundamental, el delito de intervención de las comunicaciones con la correlativa divulgación de secretos.

Por un lado, se dice, no puede sostenerse que determinadas formas técnicas de captación ilegal de conversaciones, mediante la instalación de específicos artificios de escucha, queden al margen de la protección constitucional. Por eso, la comunicación inalámbrica, técnicamente conocida como telefonía móvil analógica, está incurso en el antiguo 192 bis CP, aunque en la época de redacción del texto no estuviera difundida ni expresamente mencionada en dicho precepto, ya que se trata de una vulneración del art. 18.3 de la Carta Magna.

Y por otro, unos altos funcionarios que actuaban al servicio de la Administración del Estado, tenían que conocer las limitaciones constitucionales en cuyo marco todos debemos desarrollar nuestras actividades, razón por la cual no es posible estimar el error de prohibición que igualmente alegan dado que el levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas sólo puede autorizarse por juez competente en el marco de una investigación criminal.

4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Dos cuestiones habituales que se vienen planteando al conocimiento de esta Sala, en relación con los delitos regulados en el Título VIII del Libro II del CP, han merecido claras y contundentes respuestas.

La primera, sobre la **continuidad delictiva** de esta clase de delitos, ha sido tratada en la **STS 7-11-2000, RC 4241/99**, recordando que aunque con carácter general la jurisprudencia la rechaza, pues cada vez que se comete un acto contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla, no es menos cierto que una línea jurisprudencial más matizada la admite ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un

dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Por eso se estima aplicable el delito continuado en materia de atentado sexual cuando se trata de **relación sexual duradera en el tiempo** que obedece a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (así SSTS 25-5-98, 6-10-98, 26-1-99 y 23-3-99).

Y la segunda, sobre la **inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad** cuando la acción delictiva se proyecta sobre la víctima-menor. Pues bien, en la **STS 7-11-2000, RC 524/99**, se indica, como no puede ser menos, que la pena de inhabilitación especial referida no es de aplicación automática sino que como reza el art. 192.2 CP, «*podrá*» imponerse, de forma facultativa, de acuerdo a la razonabilidad, motivada, que tenga la concreta medida en el caso, cuestión muchas veces de más adecuado examen y debate, en el proceso civil familiar precedente.

5. Delitos contra el honor

En materia de delitos contra el honor, se han dictado varias e interesantes resoluciones sobre el **delito de calumnia** que han tratado diversas cuestiones de gran actualidad.

Así, la **STS 14-2-2001, RC 4846/98**, se ha ocupado de la **autoría** en esta clase de delitos, especialmente cuando intervienen distintos sujetos con una participación heterogénea. Es el caso, de quien resulta entrevistado y efectúa directa y materialmente, falaces imputaciones calumniosas, con plena conciencia del efecto que iban a producir en la opinión pública, máxime procediendo de un Letrado. Pues bien, en este caso los periodistas no son más que el *medio de transmisión de la noticia*, recayendo la íntegra responsabilidad criminal sobre el entrevistado referido.

En la misma sentencia, se trata también sobre la importante cuestión de la ***exceptio veritatis***, regulada en el art. 207 CP, en el que se dispone que «*el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*».

Y se dice que el «onus probandi» recae sobre quien imputa a otro un delito, pero, se concluye: «*el supuesto calumniador... no necesita acudir a la «exceptio veritatis» para sostener su inocencia. Aunque carezca de*

pruebas para acreditar el hecho delictivo que hubiese imputado le basta afirmar que desconocía la falsedad de la imputación y que no actuó «con temerario desprecio a la verdad», para que automáticamente le ampare su propia presunción de inocencia y la carga de la prueba de la concurrencia de dichos elementos típicos subjetivos recaiga sobre la acusación»

6. Delitos contra las relaciones familiares

Un tema que lleva planteándose ante los distintos tribunales españoles desde la entrada en vigor del CP de 1995, es el de la **mendicidad infantil**, contemplada en el art. 232 apartado primero, que recoge el tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, y en su apartado segundo, el tipo cualificado, cuando se traficare con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad.

Pues bien, la **STS 10-11-2000, RC 1121/99**, ha estudiado con cierta profundidad esta moderna figura delictiva, afirmando que *«implica la persecución del quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado para la obtención de dinero»*.

Y tras exponer la *ratio legis* del precepto, se explica que este recurso al Derecho Penal se circunscribe, exclusivamente, a **destinar a menores** de dieciséis años **a la práctica de la mendicidad**, como se recogía expresamente en la LO 3/1989, que modificó la anterior regulación —art. 584 del CP de 1973— que sancionaba a aquellas personas que «se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad».

El tipo del art. 232, pues, castiga penalmente la utilización de menores para practicar la mendicidad, no cuando se aprovecha su presencia —por ejemplo un bebé en brazos— para mover la generosidad de los demás.

7. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

Seleccionamos de entre esta clase de delitos, una de los que más recursos de casación suponen, las siguientes resoluciones, relativas a los delitos de robo, estafa y contra la propiedad intelectual.

a) En cuanto al delito de **robo, modalidad atenuada, art. 242.3 CP**, la **STS 27-3-2001, RC 2627/99**, proporciona un standard concreto, de tipo cuantitativo, en estos términos: «*Quizás, sin pretender un encorse - tamiento del arbitrio del Tribunal, pueda atenderse, como criterio de gravedad, a la cifra de 50.000 ptas. que el legislador señala como línea divisoria, en ciertos delitos contra el patrimonio. Así, las cantidades próximas a esa cifra o superiores a ella, no deberían reputarse ampa - radas por la norma privilegiada*».

Por su parte, la **STS 20-2-2000, RC 958/99**, al referirse a la expresión «las restantes circunstancias del hecho», que tras el criterio principal de «menor entidad de la violencia o intimidación» producida, sirve para valorar el caso, enumera como tales: el lugar donde se roba, si se trató de un sujeto activo o un grupo, las posibilidades de defensa de la víctima y el valor de lo sustraído, concluye: «*Todos estos criterios han de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo glo - bal la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242 1.º ó la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3*».

Y, finalmente, la **STS 15-12-2000, RC 4177/98**, recordando que el uso de armas no excluye necesariamente la aplicación de este tipo privilegiado —así S. 21-11-97— trata de la violencia consistente en «agarrar y zarandear», para considerar que son expresión de una disminución de la entidad de la violencia y de su menor antijuridicidad que, teniendo en cuenta igualmente la propia valoración que a posteriori hizo el mismo perjudicado, determinan la aplicación del subtipo atenuado del art. 242.3 CP.

b) Entre las numerosas sentencias que se han ocupado de la estafa, la **STS 11-7-2000, RC 445/99**, trató el tema del **engaño**, afirmando, en cuanto a su suficiencia, que «*el engaño ha de entenderse bastante cuan - do haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no sea bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría*

exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado.»

También, en relación a la conducta engañosa, pero en concreto sobre la problemática del **uso de tarjeta de crédito ajena**, como si fuera propia, la **STS 4-12-2000, RC 4581/98**, ha analizado esta cuestión, indicando que: *«En el caso de las tarjetas de crédito la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte necesariamente en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio, sino que habrá que distinguir en cada supuesto. En efecto la buena fe y las relaciones de confianza presiden de ordinario los actos de venta en los comercios. Es un hecho notorio de la realidad que no siempre se exige la identificación documental de quien paga con tarjeta, por ser —como reconocen los recurrentes en su recurso— «poco comercial». La valoración de ese hábito dependerá en cada caso: cuando las circunstancias objetivas y personales concurrentes no justifiquen razonablemente el mantenimiento de la relación de confianza y aconsejen por el contrario comprobar la identificación del poseedor, podrá entenderse que no es un engaño idóneo la mera posesión y exhibición por sí misma del documento en manos de quien nada permite suponer que sea su verdadero titular. En tal caso la falta de comprobación de la identidad por el comerciante sí podrá valorarse como la verdadera causa del error sufrido, sin que pueda atribuirse a un engaño del sujeto activo, que merezca la calificación de idóneo o suficiente.»*

Y sobre cuestión similar, pero ahora referida a la comprobación de la autenticidad de **pagarés falsificados**, entregados a un particular en pago de una deuda y que a su vez fueron abonados por el Banco en la cuenta de éste, y cuya omisión determinó el indebido pago por parte de la entidad bancaria, la **STS 9-4-2001, RC 2348/99** afirma que *«en el marco de una relación jurídica basada en la confianza en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un conocimiento anterior de las partes, no cabe exigir al acreedor verificar la autenticidad de los elementos de pago. Si así fuera también estaría obligado a verificar inclusive la autenticidad del dinero en un pago en efectivo. Por lo tanto, en el marco de una relación de confianza fundada en el otorgamiento previo de un crédito, no cabe, además, poner a cargo del acreedor la verificación de la autenticidad de los pagarés destinados a cancelar la deuda. Por lo tanto, el daño producido no sería imputable al sujeto pasivo, sino al engaño»*. De este modo, se confirma la sentencia de instan-

cia que había condenado al autor de la estafa consistente en entregar pagarés falsos para liberarse de una deuda y desestima el recurso de éste que basaba su defensa en la supuesta falta de diligencia en la autoprotección de la víctima, que lo son —según la sentencia del Tribunal Supremo— tanto el particular como el Banco engañados, pues «*se dan todos los elementos de la estafa, dado que el acusado se valió de un instrumento, para engañar al Banco, que fue finalmente perjudicado*».

c) Por último, en este capítulo, hemos de comentar una de las escasas sentencias que se dictan, por nuestro más Alto Tribunal, en materia de propiedad intelectual o industrial.

En efecto, la **STS 2-4-2001, RC 457/99**, se ocupó del caso de una adquisición de fonogramas originales por persona que contravino, de tal modo, el derecho de distribución exclusiva que poseían terceros, de los cuales no obtuvo la previa y preceptiva autorización de importación y distribución de los licenciarios.

La resolución, de gran nivel técnico, aborda el pormenorizado estudio del art. 270 CP, tipo básico del delito contra la propiedad intelectual en el que se castiga cualquier manifestación de utilización, con ánimo de lucro, y en perjuicio del titular o cesionario de una obra sin la debida autorización. Incluyendo el párrafo segundo igual conducta, cuando se contraiga a la importación, exportación o almacenaje.

Y después de un profundo examen de la cuestión, concluye en que «*esta Sala llega a la conclusión de que el segundo párrafo del art. 270 CP, no contiene una alternativa autónoma respecto de la contenida en el primer párrafo. La importación prohibida en el art. 270 CP, es la de obras cuyos derechos intelectuales han sido usurpados. El titular de derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en un mercado legal paralelo —si ello correspondiere— mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los arts. 138 y sges. L 6/87*».

La Sala recurre al recordatorio del principio de «intervención mínima» del derecho penal, considerando que no existe base para entender que el legislador ha querido criminalizar las importaciones no «piratas», cuya tutela para los perjudicados puede hacerse por el sistema de medidas indicadas y por las leyes que protegen la competencia, reservando así el derecho penal para los supuestos de auténtico contenido criminal.

Finalmente, a modo de conclusión, se afirma que *«el acusado no afectó criminalmente el derecho intelectual de los recurrentes, sino su pretensión de imponer un determinado precio en España. Y dicha pretensión se encuentra fuera del ámbito de protección del delito prevenido en el art. 270 CP, que sólo protege los derechos intelectuales pero no las pretensiones de imponer un precio en el mercado.*

8. Delitos contra la Hacienda Pública

Además del delito fiscal, consistente en eludir el pago de tributos, mediante alguna de las formas o modalidades que se contemplan en el art. 305 CP, la tutela de la Hacienda Pública, omitiendo ingresar lo correspondiente o procurando un gasto indebido de aquélla, se canaliza, igualmente, a través del delito previsto en el art. 310 CP, que castiga a quienes no cumplen con su obligación legal contable respecto a los libros y anotaciones contables que les sea exigible.

Pues bien, sobre el alcance de este tipo penal, **delito contable**, en el argot jurídico, se han pronunciado las dos sentencias siguientes:

La **STS 16-2-2001, RC 1906/99**, al ocuparse del **art. 310 apartado d)** dice: *«para la existencia del delito es preciso: 1. Que el sujeto activo tenga la obligación por Ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. 2. Que se hayan practicado en ellos anotaciones contables ficticias. 3. Que se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad. 4. Que la cuantía exceda de treinta millones por cada ejercicio económico»*. Y concluye, por tanto **la consumación** del delito no estriba en practicar anotaciones ficticias, sino que es necesario **presentar la contabilidad falseada o dejar transcurrir el plazo en que debió presentarse**.

Y la **STS 28-12-2000, RC 712/99**, que al ocuparse de la **relación entre delito contable y delito de defraudación**, afirma que según doctrina de la Sala, se trata de un concurso de normas a resolver a favor del delito de defraudación. En efecto, el delito contable es un delito instrumental en la medida que sanciona actos preparatorios de una infracción tributaria anticipando las barreras de protección penal, que sólo queda elevado a la categoría de delito autónomo cuando no se haya producido la defraudación a Hacienda constitutiva de delito.

9. Delitos contra el medio ambiente

Escasos siguen siendo los pronunciamientos de la Sala Segunda sobre el denominado **delito ecológico**, razón por la cuál merecen el máximo interés por la entidad de la materia sobre la que recaen, el medio ambiente, un activo vital para el desarrollo de los pueblos y las personas, marco de la actividad económica, social, cultural que conforma la infraestructura fundamental para la existencia y progreso de una comunidad.

Por eso, la preservación del medio ambiente se ha convertido en un principio rector de la civilización actual, goza del máximo reconocimiento legal y, en consecuencia, los atentados al mismo son mirados con el mayor rigor.

La **STS 12-12-2001, RC 1134/99** examina un caso controvertido, pues no se trata de vertidos directos —sobre una corriente de agua— sino de un comportamiento previo del que ha de derivarse ese vertido, como es establecer un depósito al aire libre de los restos de fundición derivados del proceso productivo de la empresa, cuando esos restos contienen elementos contaminantes que, con la lluvia, más pronto o más tarde, y necesariamente, han de ser arrastrados hasta el arroyo o el caudal de agua correspondiente.

Se trata, concluye la mentada resolución, de una **provocación o realización indirecta de vertidos**, previsto en el art. 325 CP 95 y antes, en el art. 347 bis CP 73.

10. Delitos contra la salud pública

Esta clase de delitos, uno de los que con más frecuencia se examinan en los Tribunales españoles, ha generado gran cantidad de resoluciones del Tribunal Supremo en el último año judicial.

Y aunque ciertamente las cuestiones planteadas se repiten, una y otra vez, espigando entre las sentencias, hemos encontrado algunas que tratan temas que consideramos de actualizado interés.

Así, sobre la **tentativa** en el delito de tráfico de drogas, la **STS 13-3-2000, RC 4259/98**, tras partir de una concepción de la tentativa como un defecto del tipo objetivo, es decir, como un caso en el que realmente no concurren todos los elementos del tipo objetivo, se considera un error

de tipo inverso y, desde tal punto de vista, la tentativa en los delitos de pura actividad o de delito, no ofrece ninguna dificultad conceptual.

Por esa razón, se admite la tentativa cuando el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

Y de modo similar, como se refleja en la STS 21-6-99, cuando el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo, utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo logre en el caso concreto, existe tentativa.

En cuanto al **delito continuado**, la **STS 25-9-2000, RC 1089/99**, con cita de las de 18 de marzo y 30 de septiembre de 1.999, indica que *«la singular estructura del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas, permite entender que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones, en cuanto sirven para conformar la descripción típica de «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico...», salvo que el Tribunal sentenciador explique razonadamente la presencia de una suficiente separación temporal, un plan preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica ocasión que justifiquen la apreciación de la continuidad delictiva.»*

Y sobre el tema de las **entregas controladas o vigiladas**, se pronuncian las **SSTS 19-12-2000, RC 1634/99P y 19-1-2001, RC 1067/99**, que explican la génesis del vigente art. 263 bis de la ley procesal penal, como consecuencia de la LO 8/1992, de 23 de diciembre, a consecuencia de la Conferencia de Viena celebrada a instancia de la Asamblea General de NNUU, y que resaltan la importancia que tiene en la misma el debido control del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal, con cuyas garantías las pruebas que se obtengan mediante estas medidas de investigación policial, que permiten seguir el rastro de la droga hasta su destinatario final, pueden erigirse en pruebas válidas de cargo en contra de la persona o personas que resulten acusadas en el respectivo proceso.

11. Delitos de falsedad

La problemática que plantean estos delitos es rica y compleja, por lo que suele producir sentencias interesantes sobre muy diversos aspectos.

Así, sobre la **consumación**, la **STS 28-11-2000, RC 1406/99**, en un supuesto de libramiento de un cheque que resultó impagado, dice que *«el delito de falsedad documental se consuma y perfecciona— en el momento en que se ejecuta la falsificación con tal de que la intención del falsificador sea hacer uso fraudulento del documento o, lo que es igual, en el momento en que el documento sale del ámbito reservado en que normalmente se realiza la «mutatio veritatis» y se pone de relieve que su finalidad era que el documento entrase en el tráfico jurídico»*. Sin que sea óbice, por tanto, que el pago no se realizara y que nadie haya resultado perjudicado (SSTS 5-2-80, 22-1-81 y 2-2-85, entre otras muchas).

La **STS 9-4-2001, RC 2348/99**, aborda el **delito continuado – dolo de continuación** en esta clase de delitos, conteniendo este pronunciamiento: *«un dolo de continuidad sólo puede ser admitido cuando, de alguna manera, el autor, antes de finalizar la primera acción concibe la posibilidad de continuar con la misma. Pero, cuando ha creído necesario dar comienzo a una nueva acción típica, pues, por cualquier motivo, la acción realizada le parece insuficiente, ya no se trata de una continuidad sino de una nueva falsificación documental»*.

En cuanto a la falsedad que recae sobre **documento mercantil**, la **STS 6-3-2001, RC 2735/99**, con cita de las de 10-3-99 y 8-11-90, recuerda que tienen tal concepción, a) los que se encuentran regulados en el Código de Comercio o leyes especiales —como letras de cambio, cheques, pagarés, acciones, obligaciones, pólizas bancarias, tarjetas de crédito o pólizas de seguro; b) los que, aun careciendo de «nomen iuris» se documentan con fines de preconstitución probatoria, o sirven para plasmar contratos o suponen la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil y c) los que aparecen en la fase de ejecución o consumación de los contratos u operaciones mercantiles, como las facturas, albaranes o recibos.

Por eso, **no se consideran documentos mercantiles una nómina, un certificado de haberes o un contrato de trabajo** pues *no puede decirse que estos documentos, en sí mismos considerados, tengan naturaleza mercantil, pues ni son de los nominados expresamente en la legislación mercantil, ni se refieren a la celebración de contratos o asunción de obligaciones de naturaleza mercantil ni tampoco a la fase de ejecución de aquellos*.

Finalmente, la **STS 14-2-2001, RC 1165/99**, se refiere a la figura del **inductor en los delitos de falsedad**, en el caso siguiente: ya que se tra-

taba de simular un atestado y llevarlo a juicio de forma que pareciera creíble, el acusado «se procuró unos funcionarios que simularon un documento oficial, perteneciente a su propio ámbito institucional. Es lo que justifica la consideración de que todos participaron en uno y el mismo delito y que la sala sentenciadora haya considerado correcto, como en efecto lo es, *no romper el título de imputación*», pues fue un particular el que determinó a los otros dos acusados —funcionarios— a cometer el delito en cuestión.

12. Delitos contra la Administración Pública y de Justicia

La prevaricación es el delito clave en este Título. Además del elemento personal —condición de funcionario, en sentido penal— exige un elemento objetivo y otro subjetivo. Sobre la delimitación de dichos elementos, cuestión no siempre fácil, se han pronunciado diversas sentencias por la Sala Segunda, en este año judicial.

Así, la **STS 26-10-2000, RC 207/99**, ha recordado que la jurisprudencia de la Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia/injusticia que tenga el funcionario, prefiriendo la objetiva injusticia del acto, en cuestión.

Por eso, se viene exigiendo que la **resolución** sea «esperpéntica», «clamorosa», esto es, abiertamente contraria a la ley, pues la prevaricación no surge siempre que se dicte un acto ilegal —que para eso, está la jurisdicción contenciosa— sino cuando la ilegalidad es **arbitraria**, esto es, patentemente irracional. Lo cual supone, como dice la **STS 12-2-2001, RC 1817/99**, una resolución en la que el funcionario que la dicta, no tiene en cuenta la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sino pura y simplemente su *capricho*, su voluntad convertida, irrazonablemente, en aparente fuente de normatividad.

En cuanto al elemento subjetivo, que la **STS 23-10-2000, RC 4344/98** lo caracteriza con la expresión «a sabiendas», merece especial ponderación, en especial cuando el presunto autor no sea un jurista. Y así, la mentada resolución dice que comete **prevaricación administrativa** la autoridad o funcionario, que teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere, anteponiendo su voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

En el caso a que se refiere la resolución que se comenta, la Sala estima que no se ha producido una injusticia, es decir, que no hay datos que permitan sostener la arbitrariedad, dado que *«difícilmente puede sostenerse que sean arbitrarias resoluciones que se adoptan de acuerdo con los informes del órgano consultivo que asesora a quien resuelve y son luego confirmadas por la autoridad superior que conoce de la alzada interpuesta contra aquéllas»*.

Por su parte, la **STS 5-1-2001, RC 1147/99**, examina un caso de **prevaricación omisiva**, y para ello comienza caracterizando el delito de prevaricación del art. 404 CP. Para empezar, dice la resolución, se requiere que la infracción del derecho cometida por el funcionario, tenga lugar en la resolución de un acto administrativo, es decir, que comporte un abuso de sus poderes jurisdiccionales.

Siendo perfectamente posible que el acto consista en una comisión omisiva, esto es, *«cuando el funcionario debía dictar una resolución necesaria para permitir a un particular el ejercicio de un derecho o para dejar sin efecto una restricción, cuyos presupuestos han desaparecido»* y no lo ha hecho.

El mayor interés de la sentencia examinada es que subraya la necesidad de que se determine cuál es el deber supuestamente omitido y se concrete en qué consiste el acto (en el caso, no haber *«proporcionado medios personales necesarios para satisfacer la pretensión»*, a un solicitante de los mismos).

Para ello, deben citarse las *fuentes del deber de garantía*, es decir, la obligación legal o contractual, deber jurídico específico y determinado, no identificable con un general deber de cumplimiento de las leyes o con imperativos morales.

Y para ello, es necesario que quede acreditado que la posición de garante que ocupa la autoridad o funcionario, no se ha ejercido en un caso en que era competente, pues sólo quien resulta competente en un asunto está en condiciones de omitir cumplir el deber que ello comporta.

13. Delitos contra el orden público

Para concluir esta *Crónica*, vamos a analizar algunos aspectos de dos delitos contra el orden público sobre los que se han dictado numerosas sentencias: el delito de atentado y el de tenencia ilícita de armas.

Sobre el primero, vamos a referirnos a dos temas: el concurso ideal, normalmente entre atentado y lesiones; y el supuesto del art. 552 1.ª, que contempla la modalidad agravada, de cuando el atentado se realiza empleando armas o cualquier otro medio peligroso.

La **STS 16-3-2001, RC 743/99**, indica que la posibilidad de resolver mediante el concurso ideal, por aplicación del art. 77 CP, una agresión a agente de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, de la que se siguen lesiones, es perfectamente válida. Y se argumenta ya que *«la acción de golpear con la pistola al sargento de la Guardia Civil, simultáneamente afecta a dos bienes jurídicos diferentes: el atentado que supone un ataque al principio de autoridad... y al mismo tiempo, las lesiones suponen un ataque a la integridad física»*.

La autonomía en el tratamiento de ambos delitos, no es óbice, sigue diciendo la sentencia, para que por aplicación de la regla del art. 77 2.º CP, la pena sea conforme con las reglas que rigen el concurso ideal de delitos, esto es, que ha de imponerse una pena única, que será la que corresponda a la infracción más grave, en su mitad superior, siempre sin sobrepasar la que resultara de la suma de imponer separadamente las penas asignadas a los respectivos delitos.

Y en cuanto al tema de la apreciación del valor jurídico de la unidad-pluralidad de acciones en este delito, la **STS 25-9-2000, RC4353/98**, le da el siguiente y breve tratamiento: *«Ciertamente el acusado intentó dos agresiones contra dos agentes de la policía. Sin embargo, se trata de dos movimientos corporales que han sido realizados dentro de un ámbito temporal tan estrecho como para permitir considerar el hecho como una única **unidad natural de acción**. Es claro que se trata de acciones unidas por el mismo propósito de facilitar la huida por el mismo delito de robo y que se han sucedido —como hemos dicho— con una distancia temporal reducida. Este criterio ha sido también el de la STS 650/93 (RC 1054/91). En dicho precedente ya la Sala ha tenido en cuenta que no es el número de agentes de la autoridad agredidos lo que determina el número de acciones punibles, sino la posibilidad conceptual o no de apreciar una unidad o pluralidad de acciones»*.

Sobre el subtipo agravado de **empleo de armas o medios peligrosos**, la **STS 20-12-2000, RC 1725/99**, recordando la doctrina de la Sala —expresada entre otras, en las SSTS 6-11-90 y 8-2-2000—, refiere que el concepto «medio peligroso» es *todo instrumento con poder mortífero o*

vulnerante potenciando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intención de su portador. Y se cita como ejemplos, las mismas armas, los objetos vulnerantes o el automóvil que se dirige contra un agente de la autoridad. Por eso se excluyen de dicho concepto, las piedras que se arrojan contra la policía, cuando de sus circunstancias, objetivamente consideradas, o de la motivación en la sentencia del referido hecho, no se concluye que se ha tratado de una acción efectivamente peligrosa (piénsese en la distancia a que se tiraron, o en los efectos producidos en la integridad física del agredido), debiendo también tenerse en cuenta, su clase, consistencia o entidad, pues como dice la **STS 21-10-2000, RC 4831/98**, *una piedra formada por compacto de alquitrán*, que incluso causa al agente una ligera tumefacción en zona mandibular, no cabe considerarla medio peligroso.

Respecto al delito de **tenencia ilícita de armas**, la **STS 20-12-2000, RC 481/99**, se ocupa del **silenciador de un rifle**, tratándose de determinar si ello convertía al arma en prohibida u objeto de transformación sustancial, a los efectos de su posible tipificación en el art. 563 CP.

Pues bien, en un detallado estudio de la cuestión, la sentencia concluye en que se trata de una conducta atípica pues ciertamente con su uso se trataba de disminuir el ruido del disparo y pasar lo más desapercibido posible a fin de evitar ser descubierto, pero no aparece en el art. 4 del Reglamento de Armas —que es el que contiene las armas prohibidas— ni el empleo de silenciador constituye una modificación sustancial de las características de fabricación del arma ni es esencial respecto al arma.

En todo caso, resume finalmente la sentencia, no hay pericia sobre si la incorporación del silenciador aumentó en mayor o menor medida, la capacidad letal y peligrosidad del fusil sino que tan solo se ha acreditado que sirvió —como se dijo— para producir un «disparo sordo» que buscaba no ser descubierto.