

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. PROCESO PENAL.....	58
1.1. Principios procesales. Principio de proporcionalidad. Actuación en la doble condición de acusador-acusado. Presunción de inocencia	58
1.2. Autoría. Fundamento de la coautoría. Partícipe instigador. Cooperación necesaria.....	59
1.3. Concursos delictivos. Asesinato y aborto. Medial. Robo y detención ilegal. Concurso de leyes, falsedad y estafa	60
1.4. Costas procesales. De la acusación popular	62
1.5. Cuestiones prejudiciales. Competencia penal	62
1.6. Prescripción. Interrupción por denuncia o querella. En el delito fiscal. Pena impuesta.....	63
1.7. Prueba. Careo con menores de edad. Coimputado. Confesión extrajudicial. Entrada y Registro. Intervenciones telefónicas sin control judicial. Pericial, impugnación. Prueba ilícita en entrada y registro. Testifical, enfermo incompareciente.....	64
1.8. Ley Penal del Menor. Sustitución de penas por medidas	66
1.9. Derecho a los recursos. Adhesión. Falta de claridad. Incongruencia omisiva. Resoluciones recurribles	67
1.10. Ley del Tribunal del Jurado. Peculiaridades del recurso de casación. Motivación de la sentencia. Objeto del veredicto. Falta de expresión del número de votos en el veredicto	68
2. JUICIO ORAL.....	70
2.1. Juez imparcial y juez predeterminado por la ley.....	70

2.2. Momento de personación de la acusación particular....	71
2.3. Derecho a la última palabra.....	71
2.4. Sentencia sin hechos probados	72
2.5. Responsabilidad civil. Daño moral. Responsabilidad contable. Fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.....	73

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. CUESTIONES GENERALES	74
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta de parentesco	74
1.2. Culpabilidad. Dolo eventual. Imprudencia.....	77
1.3. Penalidad y medidas de seguridad.....	78
2. DELITO DE ABORTO.....	79
El psicólogo no es «médico especialista».	
3. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL	79
El art. 175 CP.	
4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES	79
Cooperación necesaria. Pena en supuestos de extrema gravedad.	
5. DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.....	80
Insolvencia. Consecuencias civiles. Inaplicación de la continuidad delictiva.	
6. DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA	82
Gestión desleal del administrador.	
7. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA.....	83
Notoria importancia. Cantidad insignificante. Formas imperfectas.	
8. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL	84
Prestaciones de desempleo fraudulentas.	
9. DELITOS DE FRAUDE Y EXACCIONES ILEGALES	85
Engaño. Principio de autoresponsabilidad.	
10. DELITO DE LESIONES.....	85
Deformidad.	
11. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.....	86
Depósito clandestino. Actuación administrativa previa. Tenencia de halcones.	
12. DELITO DE ESTAFA	87
Daño patrimonial. Estafa mediante documento mercantil falso. Estafa informática.	

	<i>Página</i>
13. DELITO DE FALSEDADES	88
En documento público. Imitación de firma de otro, autorizada por éste.	
14. DELITO FISCAL.....	89
Comisión por omisión. Continuidad delictiva. Prescripción. Regularización.	
15. DELITO DE PREVARICACIÓN	90
Dolosa. Imprudente.	
16. DELITO DE ROBO.....	90
Ocupación de objetos robados.	
17. DELITO SOCIETARIO	91
Levantamiento del «velo». Acuerdo de disolución de empresa.	

La *Crónica* de la jurisprudencia de la Sala Segunda en el año judicial 2001-2002, incluye la selección de algunas de las cuestiones de mayor interés, abordadas en las numerosas resoluciones dictadas.

También, es éste el momento y lugar para referirnos a alguna decisión que aun no siendo formalmente *jurisprudencia*, en el sentido que le da a este vocablo, el art. 1.6 del CCiv, forma parte, sin duda, del acervo doctrinal contenido en las decisiones de la Sala.

Nos referimos, por ejemplo, al Auto 14-6-2002, Recurso Súplica 29/02, recaído en el llamado «Caso Otegi», ratificando el anterior Auto de 23-5-2002, mediante el cual se consideró no perseguible por la jurisdicción penal española el grito *Gora Euskadi ta askatasuna* que habría proferido en territorio francés, el miembro del Parlamento vasco Arnaldo Otegi Mondragón, al tratarse, en su caso, de una apología del terrorismo pero no un delito de tal clase —como se deduce de los precedentes de derecho comparado que no consideran «acto de terrorismo» los cometidos mediante la expresión verbal— y de que no existe capacidad persecutoria de tales hechos, conforme a la cláusula competencial del art. 23.4 b) LOPJ.

Por otro lado, conviene resaltar, que en una obra de estas características, que por sus dimensiones y carácter de escaparate jurisprudencial, impide especiales profundidades, se trata más de apuntar cuestiones, en sus matices y detalles, antes que emplearse en una exposición más completa y densa, que iría en detrimento de su pretendido objetivo de configurar un relato ameno, legible y de interés.

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-Román PUERTA LUIS, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En consecuencia, y siguiendo el precedente de años anteriores, 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

Al hilo de la resolución de las cuestiones sustantivas planteadas en los recursos de casación interpuestos ante la Sala en el año judicial 2001-2002, ha habido oportunidad de ir fijando la *doctrina jurisprudencial* sobre cuestiones procesales, tanto conocidas como más novedosas.

Respecto a las primeras, perfilando el alcance de conceptos, concretando detalles y afrontando temas con matiz de novedad, en este último punto, en relación, por ejemplo, con las dudas interpretativas que sigue produciendo la ley del tribunal del jurado.

Y en cuanto a temas enteramente novedosos, el Tribunal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha encarado los primeros recursos en que se ha alegado la aplicación de la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor.

En consecuencia, expondremos, de forma ordenada, esos temas habituales del conocimiento de la Sala, en materia de derecho procesal penal, junto a alguna de las nuevas cuestiones planteadas, en este campo.

1.1. Principios procesales. El principio de proporcionalidad. Actuación en la doble condición de acusador-acusado. Presunción de inocencia

En la **STS 1-12-2001 (RC 185/00)**, se analiza el **principio de proporcionalidad**, afirmando que *«únicamente será admisible constitucionalmente aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá en todo caso estar constitucionalmente justificada y siempre que tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida»*. De igual modo —sigue diciendo la resolución— *«La proporcionalidad exige que la intromisión y restricción de bienes y derechos originados por la pena, por las medidas cautelares o por la investigación procesal del delito, estén justificadas y*

guarden cierta correspondencia y paralelismo con la gravedad de los bienes jurídicos lesionados o amenazados por la acción delictiva determinante del proceso penal. (Y) En el ámbito puramente procesal, la proporcionalidad exigirá para justificar una invasión en la esfera de la intimidad de la persona investigada, que la intromisión sea necesaria para esclarecer hechos delictivos grandes».

La clara delimitación de las posiciones procesales, en particular respecto al **principio acusatorio**, a fin de que los intervinientes en el proceso, ostenten la condición de acusadores y acusados, deduciendo las pretensiones correspondientes a su condición procesal, suscita interesantes cuestiones que en algún caso puede enturbiar tan clara doctrina. En efecto, la **STS 14-12-2001 (RC 388/00)**, aborda esta problemática, diciendo que si bien en una ocasión la Sala General no jurisdiccional, acordó con carácter excepcional, que una misma persona asumiera la doble condición de acusador y acusado en una causa en que se enjuiciaban acciones distintas enmarcadas en un mismo proceso, *«en la mayoría de las ocasiones, esta concentración no es posible por el confusionismo que generaría la celebración del proceso e incluso en el avance de la investigación»*. Por eso se apunta como mejor solución, *«que los recurrentes ejerzan las acciones que les corresponden, en un proceso independiente en el que estaría perfectamente definida y clara la condición de acusadores sin mezcla alguna con la posición de los que resultarían acusados»*.

Por último, en materia de principios procesales, resulta ilustrativa la toma de posición de la **STS 28-11-2001 (RC 943/00P)**, sobre una cuestión que se plantea frecuentemente, el alcance temporal del **principio de presunción de inocencia**. Y la respuesta al interrogante es la siguiente: *«La protección inicial que concede el principio constitucional de presunción de inocencia, a toda persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, le acompaña **hasta el momento del juicio oral**, en el que, en virtud del debate contradictorio al que es sometida la prueba disponible, se debe decantar el órgano juzgador por la confirmación de la inocencia de partida o bien superarla por medio de pruebas válidamente obtenidas y de contenido evidentemente inculpatario»*.

1.2. Autoría. Fundamento de la coautoría. Partícipe instigador. Cooperación necesaria

Sobre la participación a título de autor, cuando interviene en el hecho delictivo, más de una persona, se han dictado varias resoluciones

que han tratado aspectos concretos de gran importancia, en materia de **coautoría**.

Así, en un asalto a una chabola protagonizado por tres personas, de las cuales sólo una empujó al interior un colchón ardiendo, la **STS 12-9-2001 (RC 569/00)**, reconoce que la acción se desarrolló en varias secuencias pero sin interrupción ni fracturas, estando presentes los tres acusados quienes pusieron de consuno sus acciones para el fin común, existiendo, por tanto, «*un efectivo codominio de la acción*» que encaja en la doctrina del «*dominio del hecho*», al haber existido una ejecución conjunta, precisamente en la fase ejecutiva del hecho delictivo.

Otra sentencia, en concreto, la **STS 14-11-2001 (RC 128/99P)**, trata el caso, no infrecuente, del **instigador** de un acto violento que, sin embargo, no participa materialmente en el mismo. En este caso, nuestro más Alto Tribunal sostiene que existe un «*refuerzo psicológico de los otros y de dirección de los hechos que permite atribuirle un dominio funcional de los mismos*». Y más que fases distintas, lo que existe —en el caso objeto de examen— es un plan de agresión de la víctima que se fue desarrollando en diversas secuencias integradas en un mismo designio agresivo.

Y por último, la **STS 19-12-2001 (RC 497/00)**, que con gran claridad, aborda el supuesto, frecuente en los delitos sexuales, del ataque a la libertad sexual de una persona realizada por otras dos, que además de mantener relaciones sexuales plenas inconscientemente con la víctima, (por lo que cometen un primer delito, en concepto de autores), con su presencia realizan un aporte necesario, teniendo en cuenta que en esas circunstancias, dicho aporte es difícilmente reemplazable, en la realización del otro delito, por el que han de responder como cooperadores necesarios, tratándose de un supuesto de coautoría.

1.3. Concursos delictivos. Asesinato y aborto. Medial. Robo y detención ilegal. Concurso de leyes, falsedad y estafa

El siempre fértil campo de los concursos delictivos, ha dado lugar a diversas resoluciones, puntuales algunas y de orden más general otras, aportando, en conjunto, reflexiones a tener en cuenta en esta materia.

La primera cuestión a tratar, es la abordada en la **STS 4-3-2002 (RC 403/01P)**, en la cual el supuesto de hecho contemplado es el estrangula-

miento de una mujer embarazada, conociendo su estado, y que con ello se provocaría la muerte del feto. El Tribunal Supremo considera que existió unidad de acción y voluntad de matar a la mujer, con independencia de que ello aparejara un resultado no directamente perseguido, la muerte del feto. Estamos en presencia de un **concurso ideal, de un delito de asesinato por dolo directo y otro de aborto, con dolo de consecuencias necesarias**, a penar conforme a las reglas concursales del concurso medial.

Por su parte, la **STS de 22-9-2001 (RC 541/00P)**, recuerda el concepto del **concurso medial**, que se da cuando un delito es medio necesario para cometer otro, en valoración que no debe hacerse en abstracto sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos. El concurso medial, teleológico o instrumental —sigue diciendo la resolución— es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionada como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos).

En cuanto al frecuente tema del **robo y la detención ilegal**, las **SSTS de 22-9-2001 (RC 541/00P) y de 27-2-2002 (RC 1293/00)**, recuerdan que en los casos de robo en que existe una carencia de libertad momentánea o incluso prolongada, a los efectos de trasladar a la víctima a un cajero automático para extraer dinero, o dejándola encerrada en un aseo para asegurar la huida, el robo absorbe la presunta detención ilegal (así **SSTS de 11-2 y 11-9-1999 ó 9-2-2001**). Pero *«cuando la duración de esa privación de libertad es excesiva y desborda los parámetros anteriormente señalados, surge, con carácter independiente y normalmente en régimen de concurso ideal, un delito de detención ilegal»*. Por eso en los casos de encierro dilatado, indefinido o innecesario para la consumación del delito patrimonial, existe concurso delictivo, como en el caso de la primera de las sentencias citadas en el que los acusados no se conformaron con atarla a una silla durante tres horas, sino que al salir de la casa y después de desatarla la encerraron en su propia vivienda, arrancando los cables del teléfono para evitar que comunicara a nadie su situación. En este caso, *«existe un plus de antijuridicidad que desborda la inicial lesión del bien jurídico de la propiedad, afectando al derecho a la libertad deambulatoria, por un tiempo más allá del necesario para consumir el robo»*.

Finalmente, en cuanto al posible concurso entre **falsedad en documento privado y estafa**, la **STS 19-4-2002 (RC 32/01P)**, tras hacer un

recorrido de la jurisprudencia reciente en la materia, con cita en particular, de la STS n.º 1235 de fecha 20-6-2001, concluye en que cuando la falsedad lo fue para provocar el engaño en los particulares, y sólo desplegó sus efectos frente a éstos, no se lesionó ningún otro bien jurídico que fuera el de completar, junto a otras supercherías, el engaño necesario para configurar el delito de estafa, por lo que no cabe reconocer la existencia del alegado concurso ideal del art. 77 del CP.

1.4. Costas procesales. De la acusación popular

Además de una gran cantidad de pronunciamientos sobre las costas procesales, cuando interviene la acusación particular, en doctrina que consideramos bien consolidada, y cuya doctrina general se recuerda en la **STS 4-3-2002 (RC 403/01 P)**, se han dictado algunas resoluciones sobre la más infrecuente de las costas de la acusación popular.

Así, tras recordarse la doctrina establecida, entre otras, en las SSTS de 21-2-1995 y 2-2-1996, citada por la de 4-3-2002, en el sentido de que la condena en costas no incluye las de la acción popular, la **STS 5-4-2002 (RC 494/01)**, afirma que el art. 240.3 LECrim prevé la imposición de costas al querellante particular o actor civil, pero no de la acusación popular *«pues el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando exista una acusación pública oficial ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento y repercutirla aditivamente sobre el acusado condenado»*.

1.5. Cuestiones prejudiciales. Competencia penal

En la **STS 29-10-2001 (RC 4601/99)**, el Tribunal Supremo, tras exponer el contenido de los arts.3 y 4 de la LECrim, con el carácter preferente de la jurisdicción penal respecto a las cuestiones de otros órdenes jurisdiccionales, *«íntimamente ligadas al hecho punible»*, reafirma la doctrina de *«la resolución por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento –efecto devolutivo– para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional»*.

Y analizando la STC 278/2000, de 27 de noviembre, recuerda que en dicha sentencia se afirma que en los «asuntos complejos», en los que se

entrelazan cuestiones pertenecientes a ordenes jurisdiccionales diversos, corresponde a la jurisdicción que conoce del asunto, decidir si procede plantear cuestión prejudicial, no integrando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, el que el Tribunal penal analice el hecho desde la óptica que le corresponde, y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal.

1.6. Prescripción. Interrupción por denuncia o querrela. En el delito fiscal. Pena impuesta

Las siempre interesantes y de gran trascendencia, cuestiones sobre prescripción, tampoco han faltado en el año judicial que se examina. Y de ellas, hemos seleccionado una sentencia sobre la interrupción del plazo prescriptorio por denuncia o querrela, y sobre el delito fiscal en particular y otra en relación a la pena impuesta.

La sentencia primera que trataremos es la **STS 30-10-2001 (RC 1184/01)**, que aborda tanto la cuestión general de la interrupción de la prescripción por denuncia o querrela, actos iniciales del proceso penal, con capacidad interruptiva del plazo de prescripción, como la aplicación de esta doctrina al delito fiscal, en concreto.

Sobre el primer aspecto de la cuestión, cuando en la **denuncia o querrela** aparecen nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate, se produce la prescripción. Por ello, *«existiendo una denuncia dentro del plazo correspondiente a la prescripción,... con determinación subjetiva y elementos determinantes del injusto típico,... presentada antes de la finalización del plazo (prescriptivo) de cinco años, al que se refieren las Sentencias de esta Sala de 6-11-2000 y 10-10-2001, sería suficiente para estimar que se ha interrumpido la prescripción»*. Se exige, por tanto, las debidas indicaciones fácticas indiciarias sobre el comportamiento delictivo denunciado, que permitan conocer el alcance genérico de la infracción criminal que se pone de manifiesto.

En cuanto al **delito fiscal**, en concreto, se exige que debe concretarse, al menos, el periodo impositivo de que se trate, y el propio tributo afectado, con alguna determinación de la comisión delictiva, si quiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué clase de infracción

penal jurídico-fiscal se trata, sin que una imputación general (en el caso, generalísima) sea suficiente para meritada interrupción de la prescripción.

Por último, sobre la **prescripción de la pena**, la **STS 22-10-2001 (RC 2308/92)**, tras recordar que el Acuerdo del Pleno de la Sala de 29-4-1997, se inclinó por partir de la pena fijada en abstracto, cuando se trata de una pena ya impuesta, que no puede ser modificada en perjuicio del reo, al no haber recurrido en casación el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el caso, debe aplicarse el art. 113 del CP, a la pena impuesta en sentencia, deduciendo de ello si existió plazo de paralización suficiente para considerar producida o no, la prescripción de la causa.

1.7. Prueba. Careo con menores de edad. Coimputado. Confesión extrajudicial. Entrada y Registro. Intervenciones telefónicas sin control judicial. Pericial, impugnación. Prueba ilícita en entrada y registro. Testifical, enfermo incompareciente

Sin duda, este apartado es uno de los que más resoluciones motiva, ya que, como es sabido, la prueba es la clave de cualesquiera hechos, y sólo una vez que existe prueba válida, de cargo y suficiente, es posible anudar las consecuencias jurídicas correspondientes.

Así las cosas, seleccionamos algunas de las cuestiones en esta materia, que consideramos más interesantes.

En cuanto al tema del **careo con menores**, tan importante en delitos sexuales, la **STS 11-3-2002 (RC 3736/00)**, lo admite, como facultad excepcional de los órganos enjuiciadores, por lo que no cabe demandar como exigencia, su práctica ni recurrir la decisión de admisión, salvo que dicho acuerdo en un sentido o en otro, «*sea abiertamente irracional o arbitrario*».

En cuanto a la prueba **del coimputado**, se admite su validez aunque se ligara a una previa promesa policial de trato de favor si colaboraba, aunque «*habrá que ponderar más cuidadosamente la credibilidad del testimonio*» (**STS 8-10-2001 (RC 902/00P)**), que cita, además, las de 23-6-1998 y 7-3-2000).

Igualmente, cuando la prueba del coimputado es la única prueba del proceso, «*carece de consistencia cuando siendo única no está mínimamente corroborada por otras pruebas*» (**STS 23-1-2002 (RC 514/00P)**).

Las denominadas **confesiones extrajudiciales o declaraciones policiales**, sólo tienen valor de denuncia, careciendo de valor si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los denunciantes o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el juicio oral (**STS 19-11-2001 (RC 1053/00P)**), que trae en su apoyo las SSTC 303/1993 y 51/1995).

En materia de **entrada y registro**, se han dictado numerosas resoluciones, entre las cuales, podemos destacar las siguientes:

- a) La **STS 2-10-2001 (RC 336/00P)**, recordando que el art. 569 LECRim no exige como requisito esencial legitimante de la entrada y registro la presencia del interesado, considera válida dicha diligencia, que en el caso estuvo «compensada» por la garantía de seriedad que supuso la presencia del propio Juez de Guardia, junto con el Secretario Judicial.
- b) El consentimiento del detenido, prestado sin «asistencia letrada», es inválido y supone una vulneración del art. 17.3 CE, conforme a la doctrina constitucional en la materia, tal como recuerda la **STS 5-11-2001 (RC 271/00)**.
- c) En caso de «pluralidad de moradores», para efectuar una entrada y registro válida, posteriormente como prueba de cargo, basta la presencia de uno de ellos, como dijera la STS 64/2000, de 28 de enero y reitera la **STS 17-4-2002 (RC 1896/00)**.

Las **intervenciones telefónicas** siguen produciendo gran cantidad de resoluciones, destacando por su amplitud y detalle al recoger la compleja doctrina al respecto, la **STS 28-11-2001 (RC 943/00P)** y, respecto al nodal aspecto del control judicial, la **STS 1-10-2001 (RC 122/00)**, que considera inexistente dicho control cuando no se constata la coincidencia entre cintas grabadas y transcripciones, dando por bueno lo que era una actuación policial sin control, autorizandola ampliación de la medida.

Sobre la **prueba pericial**, se ha abordado este año judicial, con cierto detalle, la impugnación de dicha clase de prueba. Y así, tras recordar los Plenos de la Sala de 21-5-1999 y 23-2-2000, se reitera que cuando se impugna en instrucción una pericial, la misma ha de desarrollarse en juicio conforme a los arts. 724 y 725 LECRIM. (**STS 20-10-2001 (RC 221/01P)**). Por su parte, la **STS 25-2-2002 (RC 3295/00)**, considera

irrelevante la mera impugnación, sin argumentación alguna, en un caso de pericia oficial.

Sobre **prueba ilícita**, además de otras varias, la **STS 1-10-2001 (RC 122/00)**, considera tal la autorización de una entrada y registro en la cual el auto habilitante se limitaba a decir que «*podieran existir objetos de ilícita procedencia o sustancia estupefaciente*» sin entrarse a considerar la calidad de los datos aportados por las previas intervenciones telefónicas, desarrolladas a lo largo de varios meses. Se reprocha, por tanto, una patente ausencia de motivación, que conlleva la consiguiente aplicación del art. 11.1 LOPJ.

Finalmente, cuando un **testigo** no comparece por estar **enfermo**, y no residiere en el lugar de la celebración del juicio, lo procedente es librar exhorto o mandamiento para que sea examinado por el Juez correspondiente, con presencia de las partes (**STS 24-10-2001 (RC 96/00)**), asegurándose de ese modo el respeto al principio de contradicción de las partes y evitándose todo asomo de indefensión.

1.8. Ley Penal del Menor. Sustitución de penas por medidas

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, LO 5/2000, de 12 de enero, ha dado lugar en el presente año judicial, a las primeras resoluciones en las que se han tratado cuestiones concretas, alegadas por las partes, aunque todavía no existe ningún pronunciamiento resolutorio del recurso de casación por unificación de doctrina, previsto en el art. 42 de la Ley.

Entre esas decisiones, la mayoría se han referido a la improcedencia de archivar los recursos de casación en trámite en los que existían como condenados, mayores de edad con la anterior regulación pero que con la LO 5/2000, son considerados menores. Cuestión resuelta conforme a lo acordado por el Pleno de la Sala de fecha 23-2-2001, y sobre la que se dictaron Autos de fecha 28-2 y 4-7-2001, así como la STS de 20-3-01.

La **STS 25-9-2001 (RC 415/00P)**, dispuso que respecto a la aplicación de lo resuelto en sentencia, cuando se trate de menores que han de cumplir una pena, previo informe del equipo técnico correspondiente, aquélla será sustituida por la medida prevenida en la ley, que se considere procedente. Criterio ratificado por la **STS 5-10-2001 (RC 2187/99)**.

1.9. Derecho a los recursos. Adhesión. Falta de claridad. Incongruencia omisiva. Resoluciones recurribles

El recurso de casación es campo abonado para pronunciamientos sobre cuestiones formales de naturaleza procesal, que van configurando la doctrina jurisprudencial en relación a dicho recurso.

Y así, sobre la **adhesión** al recurso, la **STS 28-11-2001 (RC 89/01P)**, recordando la doctrina expresada por las SSTS 10-3-2000 y 23-6-1999, indica que: *«la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse o unirse en el recurso complementando los esfuerzos en pos de un mismo objetivo, dando nuevas razones que apoyan la tesis mantenida dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercerlo habría caducado»*.

Sobre otra cuestión recurrente, la alegación de que la sentencia de instancia objeto de casación, no contiene un *factum* claro, esto es, el motivo de falta de claridad en los hechos declarados probados, la **STS 8-4-2002 (RC 4058/00)**, expone que consiste en : *«cierta incompreensión sobre lo que el Juez o Tribunal sentenciador quiso decir, bien por haber empleado frases o expresiones ininteligibles, bien por incluir juicios dubitativos o bien por incurrir en omisiones que impidan al Juzgador conocer lo realmente sucedido de tal modo que no sea razonablemente posible calificar jurídicamente la conducta descrita en dicho relato, por producirse de hecho un cierto vacío o laguna en la narración histórica de los hechos»*.

Y la **STS 15-2-2002 (RC 2003/00)**, concreta un poco más, diciendo que *«la claridad abarca al menos la afirmación de los ingredientes fácticos o hechos relevantes para la ulterior operación de subsunción...pues no es obligado recoger las conclusiones de hecho de las partes sino el núcleo fáctico que satisface dicha subsunción»*. Y dicha obligación, que ha de cumplirse llevando al relato de hechos probados lo indicado, es compatible con que en los fundamentos jurídicos se incluyan complementos a la narración histórica, pero que no gozarán del valor de hechos probados.

También han sido numerosas las sentencias resolutorias del motivo de quebrantamiento de forma de **incongruencia omisiva**, recogido en el art. 851.3 LECrim.

Así, en la **STS 5-10-2001 (RC 875/00)**, se afirma que la Sala ha abandonado la vieja doctrina de la admisibilidad de las «resoluciones implícitas» y viene exigiendo que se de una respuesta explícita a las pretensiones jurídicas que se plantean debidamente y en el momento procesal oportuno. Pero en la **STS 21-12-2001 (RC 549/00)**, se admite la resolución implícita de una pretensión, cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, trayéndose en apoyo de dicho criterio las SSTS 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo y 893/97, de 20 de junio. E igual criterio sigue la **STS 17-10-2001 (RC 215/00P)**, que permite interpretar el silencio judicial como una desestimación implícita, cuando a la vista de la resolución, pueda interpretarse razonablemente así.

Por último, la **STS 25-10-2001 (RC 4551/99)** se ocupa de **las resoluciones recurribles en casación**, considerando que un auto de archivo dictado al amparo del art. 789.5.1.^a de la LECrim, no equivale a un sobreseimiento libre, ni por tanto, produce eficacia de cosa juzgada material, pues «*en los procesos penales sólo alcanzan la preclusión propia de la cosa juzgada material las sentencias firmes y los autos de sobreseimiento libre cuando realmente lo son*».

1.10. Ley del Tribunal del Jurado. Peculiaridades del recurso de casación. Motivación de la sentencia. Objeto del veredicto. Falta de expresión del número de votos en el veredicto

Una de las cuestiones de mayor interés en relación con la LO 5/1995, de 22 de mayo del tribunal del jurado, ha sido la abordada por la **STS 14-11-2001 RC 777/00P**, que ha tratado las peculiaridades que ofrece el recurso de casación, en esta ley, en la cual una misma sentencia puede ser objeto de revisión por el TSJ de la Comunidad Autónoma y por la Sala II del Tribunal Supremo.

En efecto, la existencia de una auténtica doble instancia en este procedimiento, conlleva que cuando se admite un recurso «pro forma» en sede casacional, y para evitar dilaciones, sea preciso resolver «pro fondo» igualmente, a fin de no devolver el caso al TSJ para que acomode la sentencia al criterio del TSJ y luego entre a conocer de los siguientes motivos de fondo, en resolución que puede dar lugar a una nueva

«subida» —y bajada de los autos— nuestro más Alto Tribunal remitió los autos, para ejecución a la Audiencia Provincial, ya que la sentencia «recuperó» vigencia al anularse el fallo del TSJ, que a su vez había hecho lo propio con la sentencia del tribunal del jurado, y no concurrió en casación ninguna parte a sostener otro motivo distinto del que se refería a la corrección (formal) del enjuiciamiento.

Sobre la **motivación de la sentencia**, se siguen pronunciando resoluciones que tratan de acomodar las exigencias específicas de la LOTJ con el mandato constitucional de motivación de las sentencias establecido en el art. 120.3 CE, y sobre el cuál existe un amplio y bien conocido cuerpo de doctrina constitucional.

Así, la **STS 22-4-2002 (RC 1066/01)**, reconociendo que aunque la obligación de motivación constitucional, sea en este procedimiento «*más atenuada*», no puede considerarse suficiente una motivación como la siguiente: A) «*Consideramos probadas las cuestiones 35,37 y 41 basándonos en las declaraciones de MJH en la Comisaría el día 2-2-99 y 27-2-99; en la declaración de L. en Comisaría el día 26-2-99 y en su declaración en la vista oral*». B) *Consideramos probadas las cuestiones 20 bis, 24, 25 bis y 46, basándonos en las diversas declaraciones de los acusados tanto en la vista oral como en la Comisaría*».

Por su parte, la **STS 28-1-2002 (RC 124/01 P)**, insiste en la idea de atenuar el imperativo constitucional de motivación, debiendo aceptarse como inevitable un «estándar de motivación» de las resoluciones (art. 61 1.d) LOTJ, menos exigente que el que rige para los demás tribunales.

Declaración que es trasladable al **veredicto** en sí, pues como dijera la **STS 21-12-2001 (RC 1251/00)**, la Ley del Jurado no obliga a realizar una detallada, completa y minuciosa descripción de todo el proceso valorativo realizado durante las deliberaciones del jurado, sino que se limita a exigir una «sucinta» explicación de las motivaciones del veredicto.

Para acabar con esta cuestión, la **STS 26-11-2001 (RC 2468/00)**, examinó una sentencia del tribunal del jurado en la que no se recogían las mayorías necesarias para declarar probados los hechos del objeto del veredicto, que luego había que trasladar a la sentencia, sencillamente porque no se consignaron en el acta del veredicto.

Ante ello, el Tribunal Supremo concluye en que, en el caso, no es posible apreciar vulneración alguna del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, en base a los siguientes argumentos:

- a) que ninguna parte denunció que las declaraciones que constan en el acta del veredicto y que fueron firmadas por ellas, fueran inexactas,
- b) el carácter lego de los jurados y
- c) que la cuestión planteada en casación no lo fue con carácter previo, como era obligado, ante el TSJ

2. Juicio Oral

2.1. *Juez imparcial y juez predeterminado por la ley*

A la hora de conformar válidamente el órgano judicial sentenciador, el principio de imparcialidad es determinante, para la celebración del juicio oral con todas las garantías. Por tal razón, y debido a que los integrantes de los Juzgados y Tribunales realizan tanto funciones de enjuiciamiento como resolutorias de recursos, se plantean cuestiones sobre la posible pérdida de imparcialidad para resolver un caso, sobre el que ya pudiera tenerse noticias, por haber intervenido anteriormente, en él.

Y así, en la **STS 30-11-2001 (RC 2519/00)**, se indica que la mera circunstancia de que los Magistrados recusados hubiesen desestimado el recurso de apelación contra el auto de pronunciamiento no sería, por sí sola, suficiente para declarar la infracción constitucional de falta de imparcialidad. Pero sucede que en el caso de autos hubo una especie de «anticipación del razonamiento» que luego se plasmaría en sentencia, ya que los razonamientos empleados y las conclusiones a que se llegó, «*difícilmente podían dejar de levantar en los dos recurrentes, dudas legítimas sobre la ausencia de prejuicio en los Magistrados de referencia*».

En cambio, en la **STS 23-11-2001 (RC 3863/99)**, no se considera traspasado el umbral de la imparcialidad cuando al resolverse el recurso interpuesto contra la prisión provisional acordada por el Instructor, el Tribunal se limitó a consignar los elementos fácticos que ha tenido en cuenta el instructor para decretar la prisión provisional, pena con la que se castiga el presunto delito objeto de la instrucción y la doctrina del

Tribunal Supremo sobre el registro en establecimientos públicos referidos a hechos enjuiciados en otras causas.

Por el contrario, también en la **STS 5-11-2001 (RC 166/00)**, se concluye con la pérdida de la imparcialidad del Tribunal que resolvió un recurso contra un auto de procesamiento, entrando a valorar directamente el material probatorio, al exponer en la resolución tomas de posición que afectaban a cuestiones del enjuiciamiento de gran importancia, como —en el caso— el estado mental de la presunta perjudicada, producido al afirmar que determinada alegación del recurrente se contradecía totalmente con lo manifestado por determinado informe forense.

Sobre el derecho constitucional al juez predeterminado por la ley, la **STS 17-10-2001 (RC 2125/00)**, considera que se ha infringido cuando se pretende que un órgano jurisdiccional creado con posterioridad a la comisión de un determinado hecho presuntamente delictivo, sea el encargado de su enjuiciamiento. Esta decisión es de gran calado porque implica un «aviso» para que los órganos de nueva creación no asuman causas relativas a hechos producidos con anterioridad a su creación, y mucho menos cuando la competencia «ad hoc» se debe a un acto de transferencia de la causa de los órganos antiguos al nuevo.

2.2. Momento de personación de la acusación particular

Sobre la cuestión referida en este epígrafe, de no infrecuente planteamiento en los órganos jurisdiccionales, la **STS 27-12-2001 (RC 3678/00)**, examina el caso en el que la calificación de la acusación particular se produjo después de la de la defensa, sin darle nuevo traslado a ella. De ese modo, dice la resolución examinada, además de vulnerarse el tenor del art. 110 LECrim, se generó una evidente indefensión ya que en el plenario el acusado se encontró con una nueva calificación por delito, por el que fue condenado, sin que sea óbice para que en sede casacional se declare la vulneración denunciada, que no se efectuara ninguna protesta en el plenario.

2.3. Derecho a la última palabra

Sobre esta cuestión, que puede dar lugar a la nulidad de la sentencia y a la necesidad de redactarla de nuevo, una vez se solventa la omisión

de dar lugar a que el reo pueda ejercer, en su defensa, el derecho a la última palabra, que le concede el art. 739 LECrimen, la **STS 23-11-2001 (RC 4663/99)**, aborda esta cuestión en relación al hecho de que en el acta no consta nada al respecto: ni el ofrecimiento por el Presidente al acusado del mentado derecho, ni que ello no hubiera tenido lugar ni protesta alguna de la defensa del acusado.

En esas circunstancias, no se considera probado la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante sino todo lo más —aunque tampoco se considera acreditado— una simple irregularidad o defecto formal sin trascendencia.

2.4. Sentencia sin hechos probados

La existencia de sentencias sin hechos probados, con la pretendida argumentación de que los arts. 142 2.ª LECrim y 248.3 LOPJ, pudieran autorizar tal práctica cuando no se encontraran pruebas de los mismos, ha dado lugar a numerosas resoluciones de la Sala Segunda, saliendo al paso de tal interpretación.

Y así, las **SSTS 5-11-2001 (RC 3825/99)**, **12-11-2001 (RC 3765/99)**, **12-11-2001 (RC 3706/99)** y **10-11-2001 (RC 3764/99)** han resuelto, en todos los casos, que se trata de un *error in iudicando* que impide la cabal revisión de la sentencia de instancia, dado que la ausencia del relato fáctico, no permite el control casacional de la calificación jurídica y de sus consecuencias correspondientes. En toda sentencia, debe hacerse constar «*todos los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquéllos que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito*», pues a la vista de ellos es de dónde cabe extraer las conclusiones condenatorias o absolutorias y deducir, el resto de consecuencias jurídicas de toda sentencia (pena, responsabilidades económicas...).

Se incluye en este capítulo, la incorrecta práctica de recoger como hechos probados los que el Fiscal incluye en su relato de acusación —que tras el argumento de sentido práctico de «ganar tiempo», encubre una comodidad inaceptable— pues, supone igualmente un *error in iudicando*, al considerar que en estos casos el relato fáctico de la sentencia, es inexistente, como dice la **STS 21-11-2001 (RC 3765/99)**.

En todos estos casos, el Tribunal Supremo, concluye del mismo modo: *«Esta falta de relato fáctico en la sentencia recurrida provoca inexcusablemente la nulidad radical de la sentencia sometida a control casacional y la devolución al Tribunal de la Audiencia de procedencia, para que, por los mismos Magistrados y sin nueva vista se incluya en el factum el juicio de certeza que hubiese alcanzado la Sala respecto de los hechos».*

2.5. Responsabilidad civil. Daño moral. Responsabilidad contable. Fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

Sobre materia tan importante, por las consecuencias económicas que traduce, se han dictado algunas sentencias sobre cuestiones menos frecuentes.

Así, sobre la valoración del **daño moral**, la **STS 14-11-2001 (RC 176/01P)**, ha expuesto una breve pero contundente doctrina: *«en la determinación del daño moral los tribunales no necesitan exponer los criterios de valoración cuando las circunstancias que consideran tales surgen con claridad del hecho probado. En tales circunstancias el control en casación se limita a comprobar si la traducción de la gravedad de los hechos en sumas de dinero no es arbitraria».*

En la **STS 26-4-2002 (RC 2868/00)**, se aborda la **responsabilidad contable**, en los casos de delitos de naturaleza económica en los que están involucrados organismos o personas de carácter público.

El Tribunal Supremo rechaza la necesidad de que sea el Tribunal de Cuentas quien determine la responsabilidad civil, en base al siguiente razonamiento: *«Ello sería cierto si ya hubiera actuado el Tribunal de Cuentas durante el proceso con el fin de establecer el montante de la defraudación o cuando éste no estuviera perfectamente determinado a través de las pruebas practicadas, pero no cuando, como aquí ocurre, ese organismo no intervino en ningún momento, y, además, la cantidad de cinco millones trescientas cuarenta y seis mil ochocientos diecisiete pesetas (5.346.817 ptas.) como indemnización acordada, coincide exactamente, con la suma de las dos subvenciones que se otorgaron al Ayuntamiento...y que constan en el expediente de concesión y en la carta de pago. En estos casos es evidente la competencia exclusiva de los Tribunales Penales para acordar la cuantía de las indemnizaciones (Sentencias de 24 de enero de 1997 y de 12 de noviembre de 1996)» (FJ 4.º).*

E igualmente, en la **STS 2-4-2002 (RC 1356/00)**, se expone una consideración que no se hace frecuentemente, en los temas de **responsabilidad civil subsidiaria del Estado**, y que es la referente a la discusión de la misma.

En efecto, en la mentada resolución se dice que el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, a consecuencia de la comisión de un delito por un funcionario público, no está en el funcionamiento anormal de los servicios de éste pues no hay propiamente actividad pública del Estado sino que deriva de que el funcionario se sustrae del cumplimiento de sus funciones, de acuerdo a la ley. En estos casos la responsabilidad del Estado no se funda en que haya vulnerado las normas que prohíben el acto lesivo sino las que se refieren a la elección del personal (culpa in eligendo) y las que se relacionan con la vigilancia de (culpa in vigilando).

En razón de lo dicho —continúa la resolución— *«la exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria se debería discutir desde estos puntos de vista»*. Lo que conduce a establecer sistemas de acceso rigurosos o controles efectivos de quienes tienen acceso a documentación o efectos públicos con potencialidad lesiva.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta de parentesco

En cuanto a las *agravantes*, la **STS 30-10-2001, RC 133/01P**, se ocupó de la **alevosía**, recordando que su esencia es la indefensión de la víctima, por lo que en el caso de una madre arrojada a un precipicio por su hijo, es claro su concurrencia, no ya por las escasas posibilidades de éxito de defensa en un caso así sino porque la víctima, ha podido confiar especialmente en que no sería agredida de la forma en que lo fue.

Respecto al **ensañamiento**, la **STS 2-1-2001, RC 15/01P**, dice que consiste en un obrar «de forma especialmente inhumana», porque quien obra así revela un singular y mayor desprecio a los sentimientos y a la

dignidad humana del agredido, bienes jurídicos que en el crimen con ensañamiento resultan vulnerados al mismo tiempo que la vida o la integridad física.

Pasando a las *atenuantes*, la **STS 14-12-2001, RC 388/00**, analiza la de **arrebató u obcecación**, afirmando que «tiene que proceder o tener su origen en una situación creada exclusivamente por la persona que después resulta agredida», por lo que en el caso de que la riña o confrontación inicial la iniciaran injustificadamente los acusados, empujando al primero de los agredidos y rompiéndole el paraguas, no cabe invocar esta atenuante.

En este capítulo, se incluyen numerosas sentencias sobre la **drogadicción**, considerada como atenuante, examinando las circunstancias concretas del caso, para decidir su aplicación. Y así, en la **STS 28-9-2001, RC 1839/99**, se considera existente en un «toxicómano adicto al consumo de heroína, cocaína y benzodiazepinas por vía venosa, fumada y esnifada, en cantidad de 0,50 gramos al día. La fecha del consumo data de seis años. Presenta signos de venopunción y en ese momento no revela síndrome de abstinencia». El razonamiento de la sentencia para su estimación es que se trata de un consumo de diversas sustancias que causan grave daño a la salud, lo que incide sobre sus resortes volitivos y sobre su capacidad psíquica de forma grave. Igual conclusión alcanza la **STS 7-3-2002, RC 901/00**, al constatarse la adición a opiáceos de más de veinte años de evolución y determinante de unas enfermedades que aparecen en la documental aportada, como SIDA y hepatitis. Por su parte, la **STS 14-2-2002, RC 1016/00**, excluye la aplicación de la atenuante 2.^a del art. 21 CP, en los casos de mera adición a las drogas pues se exige la causación de un delito «a causa» de aquélla, lo que supone una adicción fuerte.

En cuanto a las *eximentes*, la **STS 13-10-2001, RC 3341/99**, examina la de **alteración psíquica** (art. 20.1.^a CP), recordando que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el «estado biológico» del autor, para considerarle capaz de comprender o no la antijuridicidad de su hecho y de obrar de acuerdo con dicha comprensión, es ante todo cuestión de «valoración jurídica», por lo que es preciso no conceder un valor excesivo de su función, en estos casos, al peritaje médico, cuyos límites no pueden ser sobrepasados.

Gran interés siguen teniendo los pronunciamientos sobre la omnipresente eximente de **estado de necesidad**, en especial en las causas por

delitos contra la salud pública, en las que normalmente se excluye ante la colisión de un bien jurídico público de gran importancia como es la salud pública, con otros de indole personal, centrados en la necesidad de solventar una precaria situación económica, aunque se considera su posible aplicación como eximente (incompleta) en la **STS 26-10-2001, RC 416/01P** y la **STS 28-1-2002, RC 3409/00**, tras reconocer su restrictividad aplicativa, recuerda que en ocasiones la Sala la ha apreciado (SSTS 8-6-1994 y 30-10-2000).

También siguen produciéndose sentencias sobre la eximente de **legítima defensa**, y así la **STS 17-10-2001, RC 4215/99**, reitera la doctrina clásica sobre el efecto extensivo o impropio en que la reacción se anticipa antes del ataque o se prorroga cuando ha cesado; y del efecto intensivo o propio, en el que falta la proporcionalidad del empleo de los medios defensivos. En el primer caso no hay agresión ilegítima, y por tanto no existe cobertura de legítima defensa, y en el segundo, si existió tal agresión ilegítima, estaríamos ante una legítima defensa incompleta.

La **STS 1-3-2002, RC 855/00**, afirma que se trata de una cuestión cuya valoración más que sobre el medio de defensa empleado, ha de bascular sobre el marco de la situación en concreto, por lo que defenderse con una navaja una persona de mayor corpulencia de quien le acomete con una barra de hierro, se considera eximente incompleta y no completa, porque la potencialidad de los instrumentos o medios defensivos han de examinarse en concreto, y en el caso se considera que existió un desequilibrio a favor de quien uso la navaja, aunque en abstracto una barra de hierro pueda considerarse un medio de potencialidad lesiva superior.

Sobre la siempre interesante *circunstancia mixta de parentesco*, la **STS 14-11-2001, RC 777/00P**, recuerda que la regla general es que en las agresiones entre parientes debe aplicarse como agravante, al concurrir el incremento del desvalor de la conducta derivado para los familiares del mayor vigor del mandato que impide cualquier maltrato, así como el aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza, propio de la relación parental. Y que la doctrina más reciente de la Sala, la ha estimado, en los casos de deterioro de las relaciones interconyugales o en la existencia de frecuentes discusiones y, por tanto, es aplicable entre afines que conviven juntos, aunque las relaciones previas fueran más o menos «frías».

1.2. *Culpabilidad. Dolo eventual. Imprudencia*

Los pronunciamientos sobre cuestiones de derecho penal general, son de gran interés, porque muchas veces están ligados a la resolución de la existencia o no de delito, y ello en supuestos dudosos, tiene un valor clarificador importante.

Así sucede, con las consideraciones sobre la culpabilidad. En la **STS 19-10-2001, RC 977/00**, se afronta la existencia de **dolo eventual**, en un caso en que el recurrente decidió salir a enfrentarse a un grupo de personas con una escopeta que se cuidó de cargar, previamente. El no evitar el riesgo que contraía saliendo de su domicilio, y el llevarla con el indudable ánimo de usarla, supuso aceptar el previsible resultado de muerte que se produciría, ya que los integrantes del grupo al que quería enfrentarse estaban desarmados. El acusado —concluye la sentencia— tenía conocimiento de la posibilidad de que se ocasionase el resultado y consciencia del alto grado de probabilidad de ello, aceptando o conformándose con el resultado natural y previsible de su comportamiento, por lo que existió dolo eventual.

Respecto a los casos de **imprudencia**, la primera cuestión es determinar su gravedad y encontrar la diferencia entre la leve y la grave. Esta última depende de la jerarquía de bienes jurídicos puestos en peligro y de la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. Y como lo indicado es una cuestión objetiva, el tratar de maniobrar en último extremo para tratar de impedir la producción del resultado incontrolable para él, no compensa el disvalor de la acción expresado en la creación del riesgo desaprobado (**STS 30-11-2001, RC 2281/00**).

En cuanto a los casos de **tráfico viario**, o de la circulación, se ha considerado «grave», el hecho de incorporarse a una vía principal sin respetar la preferencia de quien viene por la vía preferente, cuando el infractor que tenía amplia visibilidad —más de 135 metros— carecía de carnet de circulación, ocasionando con tal acción el descontrol y cruzamiento del camión que circulaba por su mano, el cual quedó cruzado en la calzada, siendo alcanzado por otro camión que circulaba en sentido contrario (**STS 18-9-2001, RC 2839/99**). También se califica de «grave» la causación de un accidente viario en que se produce la muerte de una persona, a causa de la conducción de quien lo hacía a pesar de haber ingerido una cantidad de alcohol suficiente para disminuir de forma notable su capacidad de atención y la pericia de su manejo (**STS 1-4-2002, RC 1898/00**).

Y en cuanto a la **imprudencia médica**, otro de los sectores, como se sabe, que producen más casos problemáticos, resulta de interés la **STS 27-3-2002, RC 452/00**, en la que se califica de temeraria (imprudencia grave), el comportamiento de un médico ginecólogo y una comadrona que en un caso de parto en el que se observan síntomas de sufrimiento fetal, al detectarse la presencia de meconio expulsado y en el que la pasividad de ambos se reveló al no actuar de forma urgente, acelerando el parto o adelantando su producción mediante cesárea.

1.3. Penalidad y medidas de seguridad

Este apartado, además del muy profuso capítulo dedicado al tema de la acumulación y refundición de condenas, en el que se sigue la doctrina consolidada en la materia, ha deparado algunas resoluciones, especialmente conectadas a supuestos de delitos contra la salud pública.

La **STS 11-3-2002, RC 2533/00**, considera que cuando no se acredita el valor económico de la droga objeto del tráfico ilícito, no resulta legalmente posible cuantificar la multa que, según el art. 368 del CP, debe determinarse a partir de tal dato, por lo que ha de prescindirse de dicha pena.

Por su parte, la **STS 4-3-2002, RC 3614/00**, teniendo en cuenta los nuevos criterios en materia de notoria importancia, considera que en el nuevo marco punitivo de entre tres y nueve años de prisión, la pena debe individualizarse de tal modo, que en todos los casos en que estemos ante cantidades de droga que antes eran consideradas de «notoria importancia», la pena a imponer no debe ser, ordinariamente, inferior a cinco años de privación de libertad.

Sobre la aplicación de **medidas de seguridad**, previstas en el art. 104 del CP para los supuestos de eximentes incompletas, también pueden imponerse en los casos de atenuante de grave adicción (**STS 26-10-2001, RC 4093/99**). Por otro lado, la **STS 7-3-2002, RC 901/00**, permite suspender las penas privativas de libertad de duración media, en los casos de drogadictos, sustituyéndolas por medidas que posibiliten su reinserción, evitando la espiral continuada delito-cárcel. Finalmente, la **STS 27-2-2002, RC 1681/00**, subordina la aplicación mencionada a supuestos de grave adicción, valoración judicial específica de las posibilidades y garantías de rehabilitación en el caso concreto y que se adop-

te en un proceso contradictorio en el que se debe partir de la voluntariedad en el tratamiento del interesado.

2. Delito de aborto

En línea similar a la **STS 26-10-2000, RC 738/99**, la **STS 19-9-2001, RC 3068/99**, no considera cumplida la exención penal cuando el informe sobre la salud síquica de la madre, que habilitaría la realización de un aborto no punible, lo realiza una psicóloga, ya que en esta materia, *«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»*.

Dicha titulación es la de médico especialista, según el RD 2409/1986, y no la de psicólogo, aunque no se cuestione su capacidad para emitir un dictamen sobre la salud psíquica de una persona.

3. Delitos contra la integridad moral

El art. 175 del CP, que castiga a las autoridades o funcionarios públicos que abusando de su cargo, atentan contra la integridad moral de una persona, ha sido aplicado en la **STS 3-10-2001, RC 4324/99**, al considerar que encaja en la conducta de un policía que monta su arma, la coloca en la nuca de un muchacho y bajo esa «constricción anímica inhumana», le obliga a bajarse los pantalones para exhibirse así, ante otras personas.

El Tribunal Supremo considera que se ha infligido un trato degradante, vulnerador del art. 15 CE, al hacerse un uso instrumental de un sujeto, al que se causa terror, imponiéndole gratuitamente un comportamiento denigrante, que carece de cobertura legal.

4. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Incluimos en este apartado dos sentencias de indudable interés jurídico:

- a) En la **STS 12-3-2002 (RC 515/01P)**, se refiere que la consolidada doctrina de la Sala II, en esta materia, anuda la autoría, como cooperación necesaria, en los supuestos en que más que por acuerdo previo, como consecuencia de una colaboración eficaz, determinada por la superioridad de (al menos) dos frente a uno, con la intensificación de la intimidad que para la víctima supone, se deja a ésta prácticamente sin capacidad de respuesta, con el aumento cualitativo de la gravedad de la situación, que ello implica.
- b) Y, al examinar un supuesto de extrema gravedad, que legitima la imposición de la pena de modo apropiado a tal reproche, la **STS 26-11-2001, RC 896/00**, incluye en este apartado, el abuso sexual con la propia hija menor de tres años, ya que dicha conducta *«permite tener en cuenta que la falta de madurez legitimante del consentimiento es máxima y que la gravedad del abuso de un menor de trece años es inversamente proporcional a la edad del sujeto pasivo»*. En estos casos, en que además del hecho en sí, se incumple la obligación genérica de los deberes de padre, *«no sólo la gravedad de la ilicitud es altísima, sino que, además, la de la culpabilidad es extrema»*.

5. Delito de alzamiento de bienes

Dentro del título de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, los delitos de insolvencias punibles son de los más veteranos, pues aparecen en los primeros textos punitivos, y así se les incluye entre las defraudaciones en el CP de 1848.

A pesar de su tradición, plantean problemas pues trasladan al enjuiciamiento penal, la siempre cambiante realidad de los negocios y actividades patrimoniales.

Pues bien, dentro de esta problemática, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, ha abordado algunas cuestiones de relevante interés que, sintéticamente exponemos.

- a) En cuanto al propio **concepto de insolvencia**, la **STS 11-3-2002, RC 1614/00**, afirma que consiste en la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, y que con independencia de que sea total o parcial, real

o ficticia, «*debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor, produce un impedimento o un obstáculo **importante** para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio*».

La sentencia indica que no está en el tipo la exigencia de que tal actividad de ocultación, se realice con el propósito de lograr un resultado «en perjuicio de los acreedores», sino que basta que con el comportamiento del deudor se consiga impedir o obstaculizar de modo «importante», la ejecución de una deuda reconocida, cuya satisfacción haya de conseguirse mediante un embargo o un procedimiento judicial, extrajudicial o administrativo, «*iniciado o de previsible iniciación*» (STS 8-11-2001, RC 4734/99).

- b) Otra resolución de elevado nivel jurídico es la **STS 25-9-2001, RC 3516/99**, que aborda las **consecuencias civiles** de los pronunciamientos penales en relación con este delito.

Y así, recuerda que «*Tiene declarado esta Sala (cfr.Sentencia 22 de julio de 1994) que lo correcto es reintegrar la situación anterior al alzamiento de bienes, anulando los actos jurídicos patrimoniales que lo provocaron y reintegrando así al patrimonio del deudor los bienes ilícitamente extraídos del mismo mediante actos viciados*».

Prosigue, afirmando que «*la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado (en este caso) por las acciones simuladas de venta de fincas declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de las fincas vendidas por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito*».

Y concluye, de este modo: *«Así las cosas, la respuesta adecuada, desde el punto de vista civilístico es la de la anulación de todos los contratos fraudulentamente celebrados con objeto de sustraer los bienes a la acción de los acreedores (porque estamos) ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por la aplicación de las normas generales de la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil) y más concretamente al estar afectado por una causa ilícita, lo que ocasiona la imposibilidad de surtir efecto alguno (artículo 1275 del Código Civil)»* (F.J. Único).

- c) Por último, en cuanto al delito de alzamiento de bienes, resulta de gran interés la **STS 13-3-2002, RC 997/00**, que se ocupó del tema de la **unidad delictiva compatible** con la existencia de **distintos actos dispositivos**, resolviendo que *«todos los actos con finalidad de alzamiento realizados por una persona en perjuicio de los acreedores que cuando los realice tenga, constituyen un solo y único delito de alzamiento de bienes, porque la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria lo que excluye también la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado»*.

6. Delito de apropiación indebida

En relación al art. 252 CP, (antiguo 535, con alguna diferencia en su redacción), la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ya se había pronunciado —así en la Sentencia de 12-5-2000—, clarifica en la **STS 26-11-2001, RC 266/00** el alcance del tipo, indicando que en él se yuxtaponen dos modos distintos de apropiación indebida: el clásico de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de **gestión desleal que comete el administrador** cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. Y en este último supuesto *«el tipo se realiza únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador»*. Añadiéndose una consideración de gran importancia: *«Este «modus operandi», no precisa la existencia del «animus rem sibi habendi» sino sólo la del dolo genérico del convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona»*.

Y por su parte, la **STS 31-1-2002, RC 1161/00**, al ocuparse de la concurrencia entre el tipo del art. 252 y el 295, éste último, delito societario que sanciona la disposición fraudulenta de bienes de una sociedad, concluye en que la posible colisión de dichas normas, ha de resolverse por la vía del art. 8 4.º CP —el precepto que imponga mayor sanción— en doctrina que ya mantenían las SSTS número 359/98, 840/2000 o 1248/2000.

7. Delitos contra la salud pública

En esta clase de delitos, con los patrimoniales (especialmente, robos) uno de los que con más frecuencia se examinan por los Tribunales españoles, además de algunas resoluciones de interés, se ha producido un hecho de gran trascendencia: el cambio, al alza, de la cantidad de droga o estupefaciente que se ha de entender como de «**notoria importancia**».

En efecto, por acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, en su reunión de 19-10-01, se ha establecido como referencia genérica a partir de la cual empieza a considerarse la existencia de «notoria importancia», las 500 dosis, lo cual ha generado una gran cantidad de resoluciones, adaptando este nuevo criterio a las distintas sustancias, expresando sus nuevas cantidades, en pureza.

Recogemos, *ad exemplum*, las siguientes: para el **hachís** que ha quedado fijada en 2.500 gramos (**STS 18-3-2002, RC 1363/00**); para la **cocaína** 750 gramos (**STS 30-10-2001, RC 1587/99P**); para la **heroína** 300 gramos (**STS 10-12-2001, RC 111/01P**), etc.

Junto a este tema, cuya decisión se ha fundado en razones de proporcionalidad de las penas y de eficacia de la ley penal (así **STS n.º 2167/2001, de 14 de noviembre**), como se dijo, se han abordado otros varios.

Así, sobre el tema de la **cantidad insignificante**, la **STS 23-11-2001, RC 3024/00**, no considera tal, y por tanto, estima punible, la venta de 1,733 gramos de cocaína; en tanto, la **STS 10-12-2001, RC 2014/99** considera dentro de ese umbral en el que «*no cabe apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública*», la transmisión de una sola pastilla de «buprex», de la que se desconoce su peso.

De interés es el fundamento de la condena en los habituales casos en los que el acusado dice desconocer lo que transporta. En este sentido la

STS 4-3-2002, RC 353/00, afirma, breve pero inequívocamente: *«la duda sobre la posible realización del tipo, cuando se sabe que el objeto transportado es un objeto de tenencia prohibida, no es equivalente al error de tipo, sino que pone de manifiesto, en todo caso, que el autor obró con dolo eventual»*.

E igualmente, siguen siendo especialmente estudiadas, las posibilidades de admitir **formas imperfectas** en esta clase de delitos. Por ello, es preciso subrayar la **STS 11-4-2002, RC 1818/99**, que ratifica el criterio de la Sala de admitir «excepcionalmente», las formas imperfectas de ejecución cuando el autor no ha llegado a tener la disponibilidad sobre la sustancia al ser detenido con anterioridad. Pero no cuando el autor es el gestor del envío o el destinatario de la sustancia tóxica. También se admite la posibilidad de la tentativa —con cita de la STS 319/2001, de 5 de marzo— cuando *«el acusado (es) ajeno al plan rector de la operación de transporte de la droga, sin la menor capacidad de incidir en él y con una participación limitada a prestar su contribución como mero destinatario transitorio»*.

8. Delitos contra la Seguridad Social

Los fraudes a la Seguridad Social, contemplados en el art. 308 CP, es un tema vidrioso, como se aprecia de un examen de la doctrina al respecto y como recoge la propia **STS 1-3-2002, RC 3132/99**, cuando afirma que aún no ha encontrado respuesta unánime y firme en la jurisprudencia de la Sala.

Por dichas razones, se convocó un pleno no jurisdiccional, en fecha 15-2-2002, en el cual se consideró mantener el criterio mayoritario hasta entonces, y del que son ejemplos las SSTS 17-11-2000 y 19-4-2001, como dice la sentencia indicada en el párrafo anterior, *«en el sentido de estimar que el fraude relativo a las prestaciones por desempleo, constituye un hecho típicamente previsto en el art. 308 del Código Penal»*.

Las razones de esta postura es considerar que en estos casos hay una especie de «estafa privilegiada», en el que se dispone de fondos públicos de forma gratuita para paliar los efectos sociales negativos del paro laboral de forma fraudulenta, realizando una conducta antisocial que encuentra su punibilidad en el artículo mencionado, siempre que se supere la cifra de diez millones de pesetas.

9. Delitos de fraude y exacciones ilegales

Una de las modalidades de delitos contra la Administración Pública menos frecuente, es la contemplada en el capítulo VIII de su Título regulador, el XVIII, (arts.436 a 438 CP).

En el año judicial a que se contrae esta *Crónica*, se han emitido algunas resoluciones sobre esta materia. En concreto, la **STS 4-2-2002, RC 256/00**, ha recordado los requisitos que ha de cumplir el **engaño** producido por el funcionario respecto a un tercero —en el caso, cobrar 160.000 ptas., por expedir un certificado que se entrega gratuitamente—: que sea bastante, tanto objetivamente como subjetivamente, es decir que lo que se hace tenga verosimilitud de tener que ser así, a la vista de las concretas circunstancias y condiciones personales del engañado; que sea antecedente, en el sentido de ser anterior y precedente del acto de disposición ; y que sea causal, esto es, que exista una relación de causalidad entre el engaño y el acto dispositivo, de tal modo que sin aquél no se hubiera producido la disposición patrimonial.

Por otro lado, en la sentencia que comentamos, se hace mención del importante **principio de autoresponsabilidad**, que implica un deber de diligencia mínimo en el «engañado», en particular en atención al puesto que desempeña en el contexto en que se produce el engaño, pues sin éste no cabe la criminalización del engaño. Idea que subraya la necesidad de tener en cuenta el aspecto subjetivo de la cuestión.

10. Delito de lesiones

Sin duda la más importante toma de posición de la Sala Segunda en relación al delito de lesiones, en el año judicial 2001-2002, se ha producido en relación al subtipo agravado del art. 150 CP, que sanciona con pena de hasta seis años de prisión, la producción de **deformidad** (señaladamente causar la pérdida de una pieza dentaria a la víctima).

La frecuencia con que se produce este hecho, que en un análisis comparativo de otros tipos delictivos del Código, supone castigar con una pena bastante seria, llevó al cuestionamiento de la proporcionalidad entre hecho delictivo-pena, y por ello a la **celebración de Sala General el pasado 19-4-2002**, que concluyó con un acuerdo en el que se

remite al aplicador del derecho un juicio ponderado de las circunstancias concretas del caso, en particular por si apreciara en los hechos una menor entidad del daño, habida cuenta de la afectación producida, circunstancias de la agresión, y posibilidades de reparación.

La causación de la caída de piezas dentales sigue siendo delito de lesiones, pero la deformidad no va a ser una calificación automática sino que habrá que tener en cuenta lo realmente producido: número de piezas arrancadas, visibilidad de las mismas, afectación a otras partes de la cara —paladar, maxilar...— para concluir en la aplicación del tipo básico o del agravado del art. 150 CP.

De acuerdo al nuevo criterio, la **STS 29-4-2002, RC 989/00**, concluye que estamos ante un caso de deformidad, al no apreciar menor entidad en el caso enjuiciado cuando la agresión a la víctima, determinó la avulsión de tres incisivos superiores y la fractura de la pieza dentaria 12, así como una cicatriz de dos centímetros y medio en el labio superior.

11. Delitos contra el medio ambiente

Siguen produciéndose pronunciamientos de la Sala Segunda sobre el denominado **delito ecológico**, que al no ser excesivos, mantienen un interés singularizado, al recaer sobre una materia como el medio ambiente, activo vital para el desarrollo de los pueblos y las personas, que constituye un marco esencial para la actividad económica, social y 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 una prioridad de nuestro tiempo, y en la estela del mensaje de la Conferencia de la ONU, celebrada en Estocolmo de 1972, ha sido constitucionalizada, primero en la Constitución Portuguesa de 1976 y luego, en 1978, en nuestra propia Constitución, convirtiéndonos así, en pioneros de esta idea, que sin duda constituye (o debe constituir), un principio rector de la civilización actual, y, en consecuencia, ha de ser preservado de los atentados al mismo, con el mayor rigor posible.

En línea de esas preocupaciones, la temática abordada ha sido variada y de indudable interés. Así, la **STS 21-12-2001, RC 4267/99**, que

considera incardinado en el art. 325 CP un **depósito clandestino de purines** porcinos y bovinos, que causó filtraciones conteniendo microorganismos patógenos «*capaces de crear riesgos en el medio ambiente*», que se produjeron como consecuencia de no haber observado las precauciones que se hubieran tenido que seguir, de haber contado con las autorizaciones administrativas precisas.

La **STS 23-11-2001, RC 702/00**, indica que aunque en estas conductas relacionadas con el medio ambiente, suele producirse una **actuación administrativa previa**, que puede concluir con la deducción del tanto de culpa a los tribunales penales, ni ello es necesario ni su ausencia conculca los derechos fundamentales del afectado, siendo lo decisivo que el proceso penal que, en su caso, se siga contra quien resulte indiciariamente responsable, se respeten los derechos y garantías propios de un «juicio justo».

Por último, la curiosa **STS 29-11-2001, RC 1184/00**, aborda la **tenencia de halcones**, categoría de animales cuya posesión está prohibida según el art. 29 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, castigando en grado de tentativa, a quien disponía de ellos en su finca, alimentándolos y preparándolos para su venta o tráfico, al no contar con autorización administrativa que autorizara dicha posesión (casos de investigación, repoblación, reintroducción, necesidad de cría en cautividad o para prevenir accidentes aéreos).

12. Delito de estafa

Dentro de la habitualmente abundante jurisprudencia de la Sala en materia de estafa, consideramos destacable en el presente año judicial, una cuestión más teórica (daño patrimonial) y otras dos más concretas (la estafa mediante un medio de pago falsificado y la «estafa informática»).

La primera cuestión, de gran interés dado el usual recurso defensivo de que cuando nos encontramos ante supuestos de deficiente contraprestación no estamos en el terreno penal, se aborda en la **STS 14-9-2001, RC 4034/99**, en la que se afirma que «*El daño patrimonial, sin embargo, no depende de la corrección de la contraprestación acordada, sino de si efectivamente la disposición patrimonial produjo una*

disminución patrimonial (no querida) del sujeto pasivo. Para determinar esta disminución patrimonial es imprescindible comparar las prestaciones asumidas por el sujeto activo y las realizadas por el sujeto pasivo. Por lo tanto, no importa si objetivamente lo recibido a cambio era o no lo que el sujeto pasivo debía hacer según sus obligaciones de director, sino si el sujeto pasivo tenía una razón para esperar realmente, como contrapartida de su disposición patrimonial, algo más y distinto de lo que el otro hizo» (FJ Único).

En cuanto a la comisión de **estafa mediante cheque, pagaré o letra de cambio**, tras una jurisprudencia contradictoria —y cuyo estado de la cuestión se recogía en la **STS 15-2-2002, RC 1368/00**—, por acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de fecha 8-3-02, se ha llegado a la conclusión de que dicha situación *«debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1, 3 del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal»*. Lo que supone recurrir al art. 77 párrafo segundo para castigar estas situaciones, lo que conduce a sancionar sólo la más grave de las conductas, en su mitad superior, esto es, la estafa agravada.

Y finalmente, ya contamos con una sentencia que considera **estafa informática** a las manipulaciones de datos en la red informática, ya mediante la creación de ordenes de pago o transferencias por medio de manipulaciones de entrada o salida de datos, que suponen, en suma, una salida de fondos no consentida (**STS 20-11-2001, RC 603/00**).

13. Delito de falsedades

Se trata de otro campo fértil de resoluciones, muchas de ellas incidiendo en cuestiones ya bien conocidas: que la falsificación no es un delito de propia mano, que la falsificación burda es impune, que en materia de documentos mercantiles se mantiene un criterio abierto, etc.

Sin embargo, consideramos relevante, referirnos a dos cuestiones sobre estos delitos: a) que es preciso recordar que la **falsificación en documento privado** no basta para constituir un delito de falsedad sino que se requiere que la mendacidad se encamine a causar a otro un perjuicio, patrimonial o no (**STS 29-10-2001, RC 4271/99**); y b) que la **imitación de firma de otro con autorización** de éste, para surtir

efectos en un contrato del imitado, no constituye una suplantación punible, y por tanto no supone la comisión de un delito de falsedad documental al existir sólo una falsedad formal pero no una falsedad material (STS 14-9-2001, RC 242/00).

14. Delito fiscal

Los delitos contra la Hacienda Pública, siguen accediendo al conocimiento del Tribunal Supremo, el cual va conformando una jurisprudencia minuciosa y pegada al sustrato fáctico de los casos, sobre las cuestiones más controvertidas y de las cuales depende la sanción final, en estos asuntos.

Y así, se han tratado algunas de esas cuestiones más delicadas:

- a) La STS 26-12-2001, RC 871/00, ha examinado la discutible posibilidad —así se califica en la resolución— de que el delito fiscal sea susceptible de **comisión por omisión**, concluyendo en que para la existencia de una omisión delictiva es imprescindible que el autor haya tenido capacidad de realización de la conducta omitida, pues no es suficiente para la integración del delito de omisión que el autor haya tenido formalmente la obligación de actuar si de hecho no ha podido hacerlo.
- b) En cuanto al tema de la **continuidad delictiva**, la misma sentencia precitada, declara que la estructura peculiar de los delitos contra la Hacienda Pública los hace difícilmente compatibles con la continuidad delictiva, la cual nunca ha sido apreciada por la Sala y que *«si las defraudaciones cometidas en distintos periodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no pueden sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos periodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado»*.
- c) La STS 30-10-2001, RC 1184/01, ratifica el criterio del **plazo prescriptivo** en cinco años, independiente del administrativo más breve, dada la mayor gravedad de la infracción penal (SSTS 6-11-2000 y 10-10-2001).

- d) Finalmente, sobre el espinoso asunto de la **regularización**, también abordado en la sentencia precitada se expresa que su fundamento como excusa absolutoria, estriba en la auto-denuncia y reparación por el sujeto tributario, por lo que cuando faltan esos comportamientos, la renuncia a la pena carece de fundamento.

15. Delito de prevaricación

Además de sentencias que nos han recordado el sentido actual de este grave delito, (STS 12-12-2001, RC 682/00), «*el abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales*», otras resoluciones se han ocupado de las dos modalidades, dolosa y culposa, que admite el Código Penal, en su comisión.

Y así, la STS 24-10-2001, RC 1618/00, nos indica que la **prevaricación dolosa** no es el mero acto ilegal sino que exige un «plus» de contradicción con la norma, en cuanto supone actuar pura y simplemente al capricho de la voluntad convertida en irrazonable fuente de normatividad, en tanto la **prevaricación imprudente**, no se corresponde con cualquier desacierto o error sino que exige una «evidente ignorancia inexcusable», pues el precepto sancionador castiga, únicamente, la ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria (no existente en el caso de inadmitir unos recursos sobre una decisión aún no notificada al Ministerio Fiscal), como establece la STS 23-10-2001, RC 1953/01.

16. Delito de robo

Conectado a la valoración probatoria, de los hechos, la STS 9-10-2001, RC 438/00P, recuerda que la mera **ocupación de objetos robados**, no constituye por sí, prueba indirecta suficiente de ser el tenedor autor del robo, si es posible sostener otra versión más favorable para la persona a quien se ocupan dichos objetos.

Se trata de supuestos de «irrazonabilidad de la inferencia» o de su «carácter excesivamente abierto», como ya reconociera el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/1987 en el caso de una persona escondida en las inmediaciones de un lugar donde se había perpetrado

un robo, o la misma Sala Segunda de este Tribunal Supremo, en su sentencia 124/2001, de 4 de junio en el que no se consideró bastante la tenencia de unos pájaros robados para considerar partícipe del robo al dueño de lugar donde aparecieron aquéllos.

17. Delito societario

Estos delitos, introducidos como una novedad en nuestro texto punitivo por el Código de 1995, van conociendo de escasos pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal, en función de su escasa penalidad que remite los recursos a la Audiencias Provincial, cuando no aparecen con otras figuras delictivas que permiten la casación.

Por eso siempre es merecedor de particular observación toda sentencia del Tribunal Supremo en esta materia.

Y así, la **STS 24-1-2002, RC 2092/00**, afronta la alegación de que el **levantamiento del velo**, es un proceder judicial que afecta al principio de presunción de inocencia, rechazando tal alegato sobre la base de que las formas del derecho de sociedades de que se valga el autor, no es decisivo para neutralizar la posible realización de acciones típicas y punibles, en cuanto que si «se corre el velo», se descubre una realidad económica encubierta, con la que se defrauda a socios y otros interesados en la buena gestión y transparencia de una sociedad.

Y por su parte, la **STS 17-4-2002, RC 1051/00**, aborda el estudio del art. 291 del CP, que como se sabe criminaliza determinadas conductas incluíbles en el abuso de derechos (art. 7.2 CC) y de los arts. 293 y 295 también del CP, que tipifican las conductas más graves de los administradores o socios en perjuicio de los derechos de los demás. Y concluye en que un **acuerdo de disolución de una empresa**, aunque sea en contra de uno de los socios —el recurrente— y mediando una diferencia sobre el valor del fondo de comercio de la misma, no integra ninguno de esos delitos que requieren un abuso societario ligado a la obtención de un beneficio propio y exclusivo. En cada caso ha de procederse a un examen minucioso de las circunstancias para saber si estamos ante una cuestión civil o penal, para lo que habrá que estudiar cómo se ha llegado al acuerdo —no es lo mismo un acuerdo de disolución consecuencia de la desaparición de ésta que, causa de la

misma—, si se han respetado los requisitos formales de convocatoria y desarrollo de la junta, y si lo ha presidido el exclusivo propósito de lucro propio o ajeno.