

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

Magistrado del Tribunal Supremo

## A

### ABUSO DE SUPERIORIDAD

*Distinción de la alevosía.*

STS de 13 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Concorre el abuso de superioridad –S. de 18 de marzo de 1994– cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito. Uno de los medios comisivos –no el único, por supuesto– que pueden generar una situación de superioridad en el agresor y correlativa debilidad en el agredido es el uso de armas por el primero –SS. de 8 y 21 de noviembre de 1996, entre otras– pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una persona armada y otra inerme. No es, sin embargo, la circunstancia de abuso de superioridad una agravante de naturaleza estrictamente objetiva sino mixta puesto que, para que se afirme su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y preeminencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aproveche, a su favor y en perjuicio del ofendido, del desequilibrio de fuerzas que entre los dos existe. Ahora bien, entre el elemento subjetivo de la alevosía y el del abuso de superioridad media una importante diferencia que explica el más intenso reproche legal que determina la primera. Aquel incluye un ánimo que “tiende” a asegurar la ejecución y a evitar el riesgo para el agresor que pudiera provenir de la defensa del

ofendido. El elemento subjetivo de abuso de superioridad, por el contrario, reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.»

## ADMINISTRACIÓN DESLEAL

*Concurrencia con la apropiación indebida. concurso de normas del artículo 8.º 4.º del Código Penal. Caso Argentia Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la Sentencia recurrida aplicando el artículo 252 y no el 295, ambos del CP vigente.»

## AGRAVANTES

*Nocturnidad y despoblado. Compatibilidad entre ambos. Elementos objetivos y subjetivos.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«Las dos agravantes, según ha declarado la jurisprudencia, son distintas, autónomas y compatibles, y que, en ambas, han de concurrir dos elementos: el objetivo correspondiente (la noche y el despoblado), y el subjetivo consistente en el intencionado aprovechamiento de tales circunstancias, en cuanto facilitadoras de la ejecución del hecho delictivo de que se trate, cuestionando en ambos supuestos la concurrencia de este segundo elemento.

En relación con estas circunstancias agravantes, que, sin duda, pueden apreciarse conjuntamente cuando concurren ambas (v. SS. de 19 de mayo de 1983 y de 13 de diciembre de 1988, entre otras), tiene declarado este Alto Tribunal que, tanto en la nocturnidad (en la que, objetivamente, es exigible la oscuridad como sinónimo de ausencia de luz natural o, en su caso, de luz artificial adecuada), como el despoblado (que, objetivamente, concurre cuando el hecho delictivo se comete en paraje solitario o distante de núcleos urbanos o puntos habitados o, incluso, de vías principales de comunicación, en los que exista una dificultad real de poder recibir auxilio la víctima), ha de concurrir siempre que las referidas circunstancias objetivas han sido buscadas especialmente por el delincuente o que se haya aprovechado conscientemente de ellas (v. SS. de 22 de febrero de 1958, 28 de abril de 1965, 23 de marzo de 1973, 25 de enero de 1974, 27 de julio y 26 de septiembre de 1988, entre otras).»

## ALEVOSÍA

*Determinante de calificación de asesinato. Unidad de acción y necesidad de que la alevosía exista desde el principio.*

STS de 13 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es cierto que en el supuesto de que nos encontrásemos ante una única acción de carácter progresivo, la alevosía sólo podría ser apreciada si existiese desde el principio –Sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 1990, 4 de diciembre de 1995, 16 de mayo de 1996– pero importa resaltar que, en este caso, la agresión fue alevosa desde su comienzo, es decir, desde que el procesado empezó a descargar golpes sobre la cabeza de la víctima, puesto que la caída al suelo de ésta no tuvo su origen en un acometimiento deliberado del procesado sino en el lanzamiento, quizá imprudente, por el mismo de una piedra, lo que quiere decir que no hubo una sola acción sino dos perfectamente diferenciables. Por último, aventura el recurrente la hipótesis de que la alevosía exige que la víctima esté confiada con respecto a la actitud y conducta del agresor. Ello es cierto en dos de las tres modalidades posibles que la jurisprudencia de esta Sala ha discernido en la agravante cuestionada, esto es, en la alevosía proditoria y en la súbita o sorpresiva, pero no en la que consiste en aprovechar la situación de indefensión de la víctima. En este último caso, analizado, entre otras, en las SS de 2 de abril de 1993 y 8 de marzo de 1994, no es imprescindible que, de antemano, el agente comisario busque y encuentre el modo más

idóneo y seguro de ejecución, siendo suficiente que se aprovecha conscientemente de la situación de indefensión en que se encuentre la víctima por su edad, debilidad física, postura o cualquier otra circunstancia semejante que anule o reduzca sensiblemente sus posibilidades de reaccionar y hacer frente a la agresión.»

## APROPIACIÓN INDEBIDA

*De bienes fungibles. Parentesco con la administración desleal. Caso Argentina Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«La producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el artículo 535 del CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo artículo 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni —ello es lo decisivo— venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto. Lo cierto es que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida 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 dis-trayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a

su “status”. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida –claramente acogida y expuesta en las Sentencias de esta Sala de 7 y 14 de marzo de 1994 e indirectamente presente en la de 30 de octubre de 1997 en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación– el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el artículo 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del “animus rem sibi habendi” sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”.»

## ATENTADO

*A la Autoridad. Los Directores de los Centros Penitenciarios son autoridad.*

STS de 24 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El Director de un Establecimiento Penitenciario ejerce mando y tiene potestad sancionadora, como pone de relieve el mismo artículo 280 del Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996. Según dice el apartado 1, ostenta la representación del centro directivo y de los órganos colegiados del establecimiento que presida y tiene como misión hacer cumplir las leyes y reglamentos. Además, según el artículo 280.2.1.<sup>a</sup> tiene facultades de corrección respecto de las faltas que se observaren. Las mismas facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices pone de relieve su potestad de mando.

Por si quedase alguna duda, el mismo Código Penal se encarga de despejarla, decantándose por la condición de autoridad de los directores de los Centros penitenciarios, al castigar, en el artículo 174.2 a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección de menores que sometieren a los internos a condiciones o

procedimientos que por su naturaleza, duración y otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

Es evidente que si en los centros penitenciarios existen autoridades, esa condición recaerá siempre en los directores, a los que no sólo se les dota de facultades sancionadoras sino que se les puede exigir responsabilidad en su condición de tales y con independencia de la que se les pueda recabar a los funcionarios que no tienen autoridad dentro de los recintos penitenciarios.»

## ATENUANTES

*Determinación de la pena en los casos de concurrencia de dos atenuantes.*

STS de 15 de enero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«A este respecto, ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia más reciente, modificando el criterio anteriormente mantenido sobre el particular, sostuvo –bajo la vigencia del Código Penal de 1973– que, en aplicación de la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61, era obligada la rebaja, en un grado, de la pena señalada al delito; de tal modo que lo únicamente potestativo para el Juzgador era rebajar la pena en uno o dos grados. Entre las sentencias que han marcado la interpretación de referencia, cabe citar las de 21 de octubre de 1993 y la de 14 de julio de 1994. Se argumenta, en la primera de ellas, que la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal de 1973, desde el punto de vista histórico, tiene sus antecedentes en el artículo 82.5 del Código de 1870 (en el que se disponía que “cuando sean dos o más, y muy cualificadas, las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los Tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley”; de modo que la rebaja de la pena venía impuesta), y en el artículo 67.5.<sup>a</sup> del Código de 1932, en cuya Exposición de Motivos se explicaba que la reforma introducida en el texto de la norma correlativa –similar al de la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal de 1973– tenía la finalidad de *abrir el arbitrio judicial* “para rebajar las penas en caso de atenuación calificada”; defendiendo así, desde el punto de vista teleológico, un criterio menos rígido y más humano en la aplicación de las penas. Se decía, además, que al mismo resultado conducía una interpretación sistemática de la citada norma, por cuanto, de no ser obligatoria la rebaja de la pena, al menos en un

grado, podría dejarse sin contenido la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 y llevaría al absurdo de preverse un supuesto de hecho vacío de respuesta, lo que mal se compagina con el contexto de todas las reglas del expresado artículo 61, con la posible ilógica consecuencia de penarse más gravemente el supuesto de que concurren dos circunstancias atenuantes o una solo muy calificada que el de que concorra una única atenuante o, incluso, ninguna.»

## AUTORÍA

### *Diferencia con la complicidad.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Sobre este soporte fáctico debemos proyectar los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Las tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. La sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1993 recoge, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señala la resolución citada, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, incluso del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración de la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

En el caso que nos ocupa (persona que presta su automóvil, que está presente en el interior del recinto y que participa en el reparto del dinero obtenido) la contribución al éxito del resultado delictivo tiene carácter relevante no sólo desde el punto de vista causal sino también en cuanto que aporta a la empresa delictiva una actividad que, como se ha dicho, tiene una naturaleza decisiva y además no es fácilmente obtenible en el comportamiento habitual de la mayoría de los ciudadanos.

Participa de manera real en el influjo intimidativo que supone su presencia respaldando y salvaguardando la actividad del protagonista principal de la acción de despojo (el que esgrimió el cuchillo) y de esta manera se convierte en un actor que incluso podría ser calificado como partícipe directo, y no por cooperación necesaria.»

## AUTORÍA

*Elementos subjetivos y objetivos de la coautoría.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En principio, toda participación en la comisión del hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento –el objetivo– se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del “acuerdo previo” (“*pactum scelleris*” y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Otra teoría es la del “dominio del hecho” (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda

sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de “imputación recíproca” de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la “totalidad” de lo hecho en común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores “se excede” por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consentan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.»

## AUTORÍA

### *Participación adhesiva o sucesiva.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«Que la denominada participación adhesiva o sucesiva requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; 2) que posteriormente otro u otros ensambren su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento; y 4) que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho (v. S. de 29 de marzo de 1993); que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito (S. de 14 de diciembre de 1985); que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual (S. 2 de febrero de 1982); que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne (S. de 31 de mayo de 1985).»

## AUTORÍA

### *Teorías sobre la coautoría.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«La jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha “tomado parte directa” en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho (S. de 8 de febrero de 1991).»

## C

### CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

#### *De la responsabilidad criminal. Concurrencia de dos o más atenuantes con una o más agravantes.*

STS de 3 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«La regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 CP de 1995, que ha sustituido a la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 CP de 1973, ha sido ya interpretada por la jurisprudencia de esta Sala –SS. de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997 y 16 de enero de 1998– en el sentido de que la expresión “podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley”, casi idéntica a la utilizada en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Texto derogado, *obliga* a los tribunales, en caso de que concurren en el delito enjuiciado dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, a imponer la pena inferior en un grado y les *faculta* a imponer la inferior en dos grados. Ahora bien, la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 CP vigente ha incorporado, con respecto a la correspondiente del derogado, una novedad cuyo alcance es preciso esclarecer: la de no condicionar la rebaja de la pena en uno o dos grados a que no concorra agravante alguna. A primera vista, ello podría significar que, de

acuerdo con la doctrina jurisprudencial que acaba de ser citada, los tribunales tendrían que imponer forzosamente la pena inferior en grado, e incluso podrían descender un grado más, en el supuesto previsto en el artículo 66.4.º CP, aunque en el hecho hubiesen concurrido una o más agravantes, tesis que parece subyacer en el recurso que resolvemos. Aunque la opción no es, en modo alguno, irrazonable, las consecuencias a que puede llevar, desde la doble perspectiva de la antijuridicidad y la culpabilidad, no son del todo satisfactorias. Un análisis global del artículo 66 CP, cada una de cuyas reglas contempla un supuesto distinto de las demás, de suerte que ninguna de ellas se solapa con otra, permite llegar a la conclusión de que la eventual concurrencia de una circunstancia agravante con dos o más atenuantes o con una sola muy cualificada bloquea la posibilidad de aplicar la regla 4.ª, no tanto porque haya de suponerse subsistente la condición establecida en la regla 5.ª del artículo 61 CP derogado, cuanto porque, en tal caso, el supuesto normativo no es ya el de la regla 4.ª sino el de la 1.ª del artículo 66 CP vigente, es decir, el de la simultánea concurrencia de atenuantes y agravantes. Con ello, sin embargo, no se puede entender agotada la exégesis de la norma. Convertida en norma aplicable la regla 1.ª por la concurrencia de una o más circunstancias agravantes, cabe que el juez o tribunal, ponderando el valor atenuatorio o agravatorio de cada una de las circunstancias concurrentes, estime que, estando compensado el valor contrario de algunas de ellas, subsiste todavía un *fundamento cualificado de atenuación*, en cuyo caso recuperará la regla 4.ª su aplicabilidad, lo que significará a la postre que la imposición de la pena inferior en uno o dos grados cuando se aprecien dos o más atenuantes o una muy cualificada y concurren una o más agravantes, será en todo caso facultativa, sin que pueda considerarse preceptiva ni siquiera la imposición de la pena inferior en un solo grado, porque la propia aplicación de la regla 4.ª del artículo 66 CP dependerá de la estimativa del juez o tribunal.»

## COMISO

*De dinero procedente o destinado al tráfico de droga. Necesidad de que se solicite por las acusaciones.*

STS de 13 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Porque en los antecedentes de hecho de la sentencia, consta expresamente, al reseñarse la calificación acusatoria del Ministerio Fiscal, que por éste se interesó, “se decretase el comiso de la sustan-

cia, *dinero*, efectos e instrumentos intervenidos”, y a este documento debemos atenernos al tratarse de un recurso por infracción de ley y no haber interesado la parte recurrente la remisión de la causa al Tribunal Supremo ni designado ningún documento de la misma que, por el cauce adecuado, pudiera poner de relieve un error de la sentencia. En segundo lugar porque, aun admitiendo en términos totalmente hipotéticos, la alegación de la parte recurrente en el sentido de que los términos exactos de la petición del Fiscal no son los que figuran recogidos literalmente en los antecedentes de la sentencia y que sólo se hubiese referido expresamente al comiso de los “bienes y efectos”, sin mencionar específicamente el dinero, la distinción sería irrelevante pues en la expresión “bienes” se incluye también el dinero, como es lógico, pues el dinero es un “bien” (o en su caso un “efecto” del delito, cuando procede del mismo), y como se deduce claramente del examen comparado de los párrafos 2.º y 1.º del artículo 344 bis *e*) del Código Penal vigente cuando ocurrieron los hechos, pues después de referirse el párrafo primero a las “ganancias”, se autoriza en el segundo el depósito provisional de los “bienes, efectos o instrumentos, a que se refiere el párrafo anterior”, incluyéndose necesariamente el dinero entre dichos “bienes, efectos o instrumentos”.

En los delitos de tráfico de drogas el dinero puede ser decomisado tanto como *instrumento* del delito (“*instrumenta scaeleris*”), si está directa e inmediatamente destinado a la adquisición de droga para el tráfico, como en caso de ser *efecto* del delito (“*producta scaeleris*”), si procede inmediata y directamente de la venta de dichas sustancias, y también en su condición de *ganancias* si resulta de los beneficios derivados del tráfico, con independencia de las transformaciones que hubiesen podido experimentar. [Art. 344 bis *e*) C. Penal 1973].»

## COMISO

### *Instrumentos para la comisión de los delitos.*

STS de 23 de febrero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«Diversa es la cuestión referente a la aplicación del artículo 344 bis *e*) CP 1973. En efecto, esta disposición requiere, en primer lugar, que los bienes objeto de comiso hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos de tráfico de drogas que prevén los artículos 344 a 344 bis *b*) CP 1973. Es evidente que el vehículo utilizado para el simple transporte de personas no puede ser considerado como instrumento del delito, toda vez que el delito podría haber

sido cometido sin necesidad del mismo. En el presente caso se trata de la tenencia de droga para el tráfico que el acusado guardaba en un piso y de la venta a otra persona de parte de la droga que tenía en el mismo piso. Consecuentemente, el vehículo no se puede considerar como instrumento de un delito respecto del cual no ha tenido la menor función, toda vez que el autor ni siquiera ha necesitado transportarse con él al lugar del hecho.

Por lo tanto, en la medida en la que el Tribunal *a quo* no ha establecido que el vehículo haya permitido o facilitado la comisión del delito, al disponer el comiso ha infringido el artículo 344 bis e) CP 1973.»

## D

### DETENCIÓN ILEGAL

#### *Arrepentimiento espontáneo.*

STS de 7 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El criterio de la Sala sentenciadora debe ser confirmado. En efecto, en un delito de detención ilegal el mero hecho de dar por finalizado el secuestro después de haber obtenido sustancialmente el objetivo perseguido (lectura a través de la radio de un documento que contenía las quejas de los internos), no constituye arrepentimiento sino agotamiento de la finalidad delictiva. No concurre, además, el requisito temporal o cronológico exigido por el artículo 9.9.º del CP 1973 que se dice infringido, referido a que la conducta del agente se realice antes de conocerse la apertura del procedimiento judicial, entendido en sentido amplio al abarcarse en este concepto por la doctrina jurisprudencial (SS. de 20 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1989, 30 de mayo de 1990, 31 de enero de 1995 y 27 de septiembre de 1996, entre otras) las diligencias policiales con que normalmente se inicia la investigación, que constituyen el frontispicio o cabecera prologal de los trámites sumariales, y que en el caso actual se dirigían ya conocidamente contra el recurrente, entre otros, como autores materiales del secuestro consumado, cuando se produjo la entrega y subsiguiente declaración reconociendo los hechos.»

## DETENCIÓN ILEGAL

*Doctrina general. Funcionario público.*

STS de 6 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El artículo 184 del anterior Código Penal, por el que fue condenado el recurrente, sanciona al funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención, con la pena de suspensión si la detención no hubiera pasado de tres días. Se trata de un delito encuadrado sistemáticamente entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. Como ha señalado esta misma Sala en sentencias de 17 de octubre de 1995 y 22 de enero de 1996, es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio.

El artículo 17.1 de la Constitución Española garantiza que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevenidos por la Ley”. El artículo 184 del anterior Código Penal (y hoy el art. 530 del nuevo Código Penal) tutela penalmente esta relevante garantía constitucional frente al ejercicio abusivo de las facultades concedidas a los funcionarios públicos que determinen una detención o privación de libertad practicada fuera de los casos prevenidos por la Ley, aun cuando formal o aparentemente el funcionario actúe en el marco de sus competencias, ya que, de no ser así, cometería el delito más grave del artículo 480 del Código Penal (167 del C. Penal 1995).»

## DETENCIÓN ILEGAL

*De funcionarios de prisiones. Infringiría el «non bis in idem» condenar además por delito de atentado.*

STS de 16 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Se apoyan los recurrentes en la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 1991 para sostener que cuando se utiliza violencia sobre los funcionarios de prisiones como medio para facilitar una evasión carcelaria, además del delito de quebrantamiento debe sancionarse también el delito constituido por la referida acción violenta, que los recurrentes califican en el caso actual como atentado.

El motivo no puede ser aceptado. La doctrina de partida es básicamente correcta pues, como señala la sentencia indicada y las de 12 de

noviembre de 1984, 17 de marzo de 1992 y 30 de marzo de 1996, entre otras, cuando concurren varias modalidades agravatorias de las prevenidas en el artículo 335 del CP 1973 (hoy art. 469 CP 1995) una de ellas servirá para cualificar la evasión y si alguna de las demás integra otro delito se sancionarán ambos a través del concurso correspondiente. Pero lo que sucede en el caso actual es que el Tribunal sentenciador ya ha aplicado correctamente dicha doctrina, sancionando por una parte el delito de quebrantamiento de condena en su modalidad agravada del artículo 469 del nuevo Código Penal, y por otra parte un delito de detención ilegal cometido sobre los funcionarios, que se sanciona también en su modalidad agravada, por la concurrencia de la condición de funcionarios públicos de las víctimas, en aplicación del artículo 165 del nuevo Código Penal. En consecuencia constando únicamente en los hechos probados como actos de fuerza e intimidación sobre los funcionarios los integradores de la acción típica ya sancionada de detención ilegal (“atarlos a unas rejas, dejándoles encerrados y privados de libertad, no sin antes anunciarles que les matarían si se desataban”) y valorada ya como agravación específica su condición de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la sanción adicional por un delito de atentado carece de fundamento y resultaría atentatoria al principio “non bis in idem”.»

## DETERMINACIÓN DE LA PENA

*Concurrencia de dos atenuantes, una de ellas muy cualificada y una agravante. Reglas 1.ª y 4.ª del artículo 66 del Código Penal.*

STS de 14 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«A) En cuanto al carácter preceptivo o facultativo de la degradación penológica prevista en la regla 4.ª del artículo 66 del Código Penal: que es preceptiva la rebaja en un grado y facultativa en los dos previstos. En apoyo de este criterio, se tiene en cuenta que la expresión “podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley”, utilizada por el legislador en la regla 4.ª del artículo 66 del Código Penal, es sustancialmente idéntica a la luego utilizada en el artículo 68, referente a los supuestos de apreciación de eximentes incompletas; que la regla 4.ª del artículo 66 del nuevo Código Penal tiene su antecedente inmediato en la regla 5.ª del artículo 61 del Código derogado, con la novedad de que en el nuevo no es preciso para rebajar la pena que “no concorra agravante alguna”; y que la jurisprudencia de esta Sala referente a los arts. 61.5.ª y 66 del Código

Penal derogado (que estimaba, para tales supuestos, el carácter preceptivo de la rebaja en un grado y facultativo en dos) es de aplicación a la norma examinada del nuevo Código Penal (v. SS. de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997, y de 15 de enero de 1998).

B) En cuanto a la aplicación armónica de las reglas 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 66 del Código Penal, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, con alguna agravante: que el Tribunal sentenciador deberá ponderarlas y, si entiende que por la evidente desproporción de su número, por la especial relevancia de las atenuantes o por el carácter privilegiado de alguna de ellas –caso de apreciarla como “muy cualificada”, supuesto equiparable al de la concurrencia de alguna exigente incompleta–, podrá optar por la aplicación de la regla 4.<sup>a</sup>

Entiende este Tribunal que existe una lógica correlación entre la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 del Código Penal vigente y la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal derogado, que, por ello, la jurisprudencia relativa a éste es de aplicación a la nueva norma, y que el legislador, al suprimir la expresión “y no concorra agravante alguna”, que figuraba en el texto derogado, no ha hecho otra cosa que atribuir al juzgador un mayor ámbito legal para la determinación de la pena, en orden a su más perfecta individualización, por cuanto la pena no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, y esta fundamental exigencia penológica puede ser respetada más adecuadamente con la tesis aceptada por este Tribunal que con la mantenida en el recurso examinado.»

## DETERMINACIÓN DE LA PENA

*El máximo de la pena inferior puede coincidir con el mínimo de la pena superior.*

STS de 19 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«La fijación de la pena en nueve años de prisión y no en nueve años y un día como exigiría el sistema anterior es perfectamente factible, ya que se ha variado sustancialmente el método y manera empleada para establecer y medir las penas imponibles.

En el Código actual se suprimen las escalas graduales contenidas en el texto anterior y se simplifican las reglas para la determinación de la pena superior e inferior en grado. Se ha abandonado el criterio de establecer un tracto sucesivo entre las diferentes clases de penas privativas de libertad que existían en el antiguo Código, si bien más con un carácter nominal que efectivo. Ahora se sigue el sistema de

tramos que confluyen en un determinado punto de llegada o de partida de la pena de prisión.

Así se desprende claramente del tenor literal del propio artículo 70 del nuevo Código Penal, cuando establece que las penas superiores o inferiores en grado se formarán partiendo de las cifras máximas o mínimas señaladas por la ley para el delito de que se trate, y precisamente estas cifras se integran en la nueva pena constituyendo su punto de arranque o de llegada a su punto máximo, de tal manera que el máximo de la pena inferior coincide con el mínimo de la pena superior.»

## E

### ERROR JUDICIAL

*Sobre los hechos. El principio de seguridad jurídica debe evitar que el procedimiento de error judicial se convierta en una tercera instancia.*

STS de 3 de marzo de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El artículo 121 CE establece que “Los daños ocasionados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”. Se proclama en este artículo un derecho de configuración legal que hunde sus raíces en valores, principios y preceptos constitucionales de primerísima importancia: la propugnación de la justicia como valor superior del ordenamiento del ordenamiento jurídico –art. 1.º, 1– la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico –art. 9.º, 1– la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –art. 9.º, 3– y el rasgo predominante en la regulación de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, propio de un Estado democrático de Derecho, como un sistema de garantías de los segundos frente a los primeros, lo que no es sino lógica consecuencia de la consideración de la dignidad de la persona –art. 10.1– como fundamento del orden político y de la paz social. La LOPJ, en sus arts. 292 a 297, ha cumplido el mandato constitucional configurando el derecho a ser indemnizado de los daños ocasionados por error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y ha impuesto, entre otros requisitos de su ejercicio –art. 293.1–, que “la reclamación de indemnización por causa

de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”. El principio de seguridad jurídica, íntimamente conectado con la institución de la cosa juzgada, exige que no se puede cuestionar interminablemente las resoluciones judiciales una vez agotados los recursos establecidos por la ley; el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de que no se alteren dichas resoluciones sino en los casos y por las vías legalmente determinadas –SSTC 159/1987, 119/1988, 12/1989 y 23/1991–; y el principio de exclusividad de la jurisdicción demanda el más escrupuloso respeto a las decisiones de los Jueces y Tribunales cuando han sido tomadas en el marco de su competencia y al término de un proceso que pueda calificarse como debido.»

## ESCUCHAS TELEFÓNICAS

*Nulidad: Efectos y reflejos sobre toda la investigación policial.*

STS de 19 de enero de 1998: Ponente: Martín Pallín.

«En materia de conversaciones telefónicas, la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones se encomienda a los jueces que deben asumir la responsabilidad de acordar su interceptación y de comprometerse en la comprobación del cumplimiento de todas las garantías y precauciones que se deben observar en la práctica de una diligencia tan decisivamente incisiva sobre un derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad. No se salva la constitucionalidad de la medida, por el hecho de la simple intervención inicial del Juez, sino que, se debe exigir que la decisión judicial sea en todo momento motivada, y que se responsabilice el Juez que adopta la medida, de recabar la información del seguimiento cada cierto tiempo, concediendo o denegando la prórroga en virtud de resolución motivada. Pero no terminan ahí las garantías constitucionales, ya que el Juez tiene la obligación de asegurar que el contenido de las conversaciones grabadas corresponde fielmente a lo que consta en las cintas soportes de las conversaciones, encomendando esta misión al Secretario Judicial, que es la única persona que puede autenticar la fidelidad de la transcripción.

La lectura de las actuaciones, desde el atestado inicial hasta su terminación, evidencia de un modo palmario que todo el proceso de la investigación y todas las actuaciones que culminaron con la detención de algunos de los implicados tiene su origen en las escuchas, certeramente desvalorizadas por el órgano juzgador, de tal manera que no sólo de forma indirecta, sino también de manera directa, todo el material acopiado durante la investigación judicial está afectado por el vicio mencionado. No puede desconectarse la intervención policial derivada

de las escuchas telefónicas de la comparecencia en el acto del juicio oral a prestar testimonio ya que todo el conocimiento de los hechos que manifestaron a la Sala sentenciadora venía y tenía su origen en una prueba constitucionalmente inválida, por lo que el efecto reflejo de su nulidad es inexorable y no puede ser obviado. En consecuencia, se estima que no ha existido actividad probatoria suficiente para acreditar la participación del recurrente en los hechos que se le imputan.»

## ESTADO DE NECESIDAD

### *Negativa al cumplimiento del servicio militar.*

STS de 21 de marzo de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«La cuestión de una aplicación analógica del estado de necesidad —como la postulada en la sentencia recurrida— no ha sido admitida en la doctrina moderna relativa a los llamados autores de conciencia. La opinión fundada en la equivalencia de la vida terrenal y la vida eterna ha sido, en general, rechazada por la opinión dominante afirmando que “la vida eterna no es un bien de protección en un Estado ideológicamente neutral”. En la misma línea se ha sostenido que, en todo caso, el cumplimiento de un deber legal no puede ser fundamento de una responsabilidad moral o religiosa cuando no se está obligado a prestar un servicio que necesariamente implique el riesgo real e inminente de afectar bienes jurídicos ajenos.

Otros argumentos favorables a la aplicación analógica del estado de necesidad han hecho referencia a la “perturbación de la personalidad” que se derivaría del incumplimiento del deber en contra de los dictados de la propia conciencia, pero también han sido cuestionados porque, al menos en casos como el presente, no cabe esperar que tal perturbación se produzca.

Consecuentemente, se sostiene que estos casos se deben resolver sobre la base del artículo 16.1 CE, que garantiza la libertad ideológica y religiosa, que, en todo caso, se podría invocar como causa de justificación. En este sentido no cabe, como es lógico, hacer ningún juicio relativo a la corrección o carácter erróneo de la religión o ideología, pues ello importaría poner en duda el carácter ideológicamente neutral del Estado.

Sin embargo, desde esta perspectiva la doctrina admite que en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos generales el artículo 16 CE no podría ser invocado como tal causa de justificación (y, cabe agregar por lo tanto, tampoco como eximente incompleta), cuando —entre otros casos— el autor que obra movido por su conciencia frustraría de esa manera el cumplimiento de fines esenciales del Estado. En el caso

de la negativa a la prestación del servicio militar la respuesta es claramente afirmativa y, por consiguiente, no puede ser amparada en el artículo 16 CE, toda vez que se trata de la frustración de una función esencial del Estado.

Ello no obstante, no es posible desconocer que, al menos, la conducta del autor que obra –como en el caso de autos– bajo la presión de sus propias convicciones, que en modo alguno resultan incompatibles con el sistema de valores constitucionales, puede, de hecho, resultar menos reprochable y por lo tanto menos culpable. A partir de estas consideraciones, un importante sector doctrinal afirma con razón la relevancia de la presión de las convicciones en el marco de la individualización de la pena dado que, de todos modos, el autor no ha lesionado ningún bien jurídico de inmediatas repercusiones sobre las personas ni se ha constatado una repercusión material en el funcionamiento de la institución afectada.

Esta es la situación que se da en el presente caso. El Ministerio Fiscal ha planteado correctamente la cuestión de la proporcionalidad de la pena resultante como consecuencia de la menor culpabilidad. Sin embargo, en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal de instancia haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (cfr. SSTS de 6 de abril de 1990 y de 30 de abril, 5 de julio y 2 de diciembre de 1991). Como se ha sostenido en tal línea de razonamiento en la STS de 22 de febrero de 1988 “el artículo 9.10.<sup>a</sup> CP 1973 (= art. 21.6.<sup>a</sup> CP) constituye una cláusula general de individualización de la pena que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor en el caso concreto”.

La aplicación que ha realizado el Tribunal *a quo* no aparece –al menos dentro de los límites que esta Sala puede considerar– como manifiestamente arbitraria y, consecuentemente, la decisión de la sentencia recurrida no puede ser objeto de revisión en casación.»

## ESTAFA

*Disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado. Engaño genérico.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El delito definido en el artículo 531.2.º del Código Penal de 1973 como una modalidad específica de estafa sanciona a quien dispusiere

de un bien como libre sabiendo que estaba gravado. En el caso actual se pretende por la acusación calificar como delito continuado de estafa la dación en pago de diversos inmuebles hipotecados, constando debidamente la subsistencia de la hipoteca tanto en el Registro de la Propiedad como en las escrituras de transmisión, por el hecho de que el transmitente afirmase que las deudas garantizadas con las referidas hipotecas habían sido satisfechas. Resulta indudable que los referidos hechos no son subsumibles en el artículo 531 C. Penal 1973, ya que no se vende un bien como libre sino con la plena constancia en la escritura de que se encuentra gravado con una hipoteca, pues es bien conocido que la hipoteca no se extingue mientras no se cancele registralmente su inscripción.

Cuestión distinta es que se alegase que la afirmación de transmitente de estar ya abonada la deuda garantizada con la hipoteca constituyese un engaño determinante de una estafa común. Pero tampoco en este caso podría prosperar la tesis de la acusación. En primer lugar, y ya es suficiente, porque la sala sentenciadora estima plenamente acreditado que la parte adquirente era conocedora de que aún no se habían abonado las deudas garantizadas con las hipotecas que gravaban los inmuebles dados en pago para amparar la deuda que el transmitente tenía con la Constructora querellante y adquirente, representando dicha cláusula un compromiso que asumía el querellado de abonar dichas deudas para poder cancelar las cargas, compromiso que se da por cumplido en la escritura, pero que ambas partes sabían que no lo estaba. Y, en segundo lugar, porque no se cumplen ninguno de los demás elementos de la estafa; ni dicha afirmación induce a un error pues era conocido que se trataba de un mero compromiso; ni, en cualquier caso, es determinante de un desplazamiento patrimonial pues lo único que se pretendía era compensar parcialmente una deuda mediante la dación en pago de diversos bienes inmuebles, por lo que la existencia de cargas disminuye el valor de los inmuebles y la cuantía de la compensación, pero su inexistencia no era determinante de la operación; ni hubo en sentido propio desplazamiento patrimonial sino una mera anotación contable en el estadillo interno de pagos y deudas que mantenían la constructora y el promotor querellado; ni, en fin, hubo perjuicio pues la parte querellante mantuvo en dicho estadillo la subsistencia de la deuda sin compensar el valor determinado por dichas cargas, al no haberse acreditado su cancelación, tal y como se expresa en la sentencia impugnada, conservando las acciones correspondientes para reclamar la deuda inicial, sin que se haya consumado el efecto compensatorio.»

**EXIMENTE INCOMPLETA**

*Adicción duradera al consumo de opiáceos.*

STS de 23 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Como se ha dicho por reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque no haya sido posible establecer si el autor ha obrado bajo los efectos del síndrome de abstinencia en el momento de ejecución del delito, el hecho de que la persona se encuentre bajo una severa y crónica adicción al consumo de drogas de efectos tan deletéreos como los opiáceos y la cocaína, alcanza siempre una especial significación y relevancia. En numerosas ocasiones esta Sala ha estimado que la adicción continuada en el tiempo (en el caso presente más de diez años) tiene necesariamente que dañar y erosionar las facultades cognoscitivas y volitivas del afectado, deteriorando su personalidad y colocándole en una situación crónica de disminución de la capacidad de adecuar su conducta a las pautas exigibles, impulsándolo a realizar acciones ilícitas encaminadas a procurarse el dinero suficiente para satisfacer su adicción. Esta compulsión que no es necesario que se manifieste necesariamente en un estado carencial debe ser valorada porque es el producto de la erosión que el sucesivo y continuado consumo de drogas duras produce en la personalidad y por consiguiente la imputabilidad del agente, lo que nos lleva a estimar que ha existido una circunstancia eximente incompleta contemplada en el artículo 21.1.º del Código Penal.»

**EXIMENTE INCOMPLETA**

*Penalidad en el nuevo Código Penal. Obligación de bajar por lo menos un grado.*

STS de 16 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En relación con la interpretación de la expresión “Los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la Sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen conveniente”, incluida tanto en el artículo 66.4.º como en el artículo 68 del Código Penal de 1995, ha señalado esta Sala en las sentencias número 823/97, de 10 de junio, y número 1386/97 de 17 de noviembre, que “La sustitución de la expresión ‘se aplicará...’ (art. 66 Código Penal 73), por ‘podrán imponer’ (art. 68 Código Penal 95), puede suscitar alguna duda, en el sentido de estimar que en el Nuevo

Código es facultativa no sólo la opción entre rebajar la pena en uno o en dos grados sino también entre rebajarla o no. Sin embargo ha de mantenerse la interpretación tradicional conforme a la cual en las eximentes incompletas es preceptivo rebajar la pena al menos en un grado y facultativo hacerlo en dos, por razones dogmáticas (las eximentes incompletas disminuyen el desvalor del injusto típico o la gravedad del reproche culpabilístico y, en consecuencia, *deben reducir* la pena imponible), sistemáticas (la segunda parte del precepto solamente tiene sentido aceptando la necesidad de reducir la pena al menos en un grado), históricas (es la interpretación congruente con la conceptualización tradicional en nuestro Derecho de las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas o especialmente calificadas tanto por su naturaleza como por sus efectos), y lógicas (la interpretación contraria conduciría al absurdo, pues la eximente incompleta podría tener un efecto atenuatorio nulo, inferior al legalmente prevenido para las atenuantes ordinarias, art. 66.2.º). Por último, pero no por ello menos importante, es la interpretación que se deduce de nuestra doctrina jurisprudencial pues en la aplicación de una expresión idéntica (art. 61.5.º CP 73 ‘cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada los Tribunales *podrán imponer* la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados...’), la jurisprudencia más reciente (SS. de 21 de octubre de 1993, 14 de junio de 1994, 31 de enero de 1995 y 12 de diciembre de 1996) venía entendiendo que ‘la opción se presenta entre rebajar la pena en uno o dos grados, siendo en cualquier caso obligado hacerlo, por lo menos, en un grado’”.»

## F

### FALSEDAD DOCUMENTAL

*Simulación de documento. Posibilidad de incardinarla en la modalidad de falsedad ideológica. Falsedad material.*

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

Nota: Por su interés conviene consultar la sentencia completa que no reproducimos debido a su extensión. Hay un voto particular.

«En primer lugar se ha cuestionado que el supuesto de la simulación de documento que pueda inducir a error sobre su autenticidad

(art. 302.9.º CP 1973 – 390.1.2.º CP), desde el punto de vista de su extensión, alcance a los particulares. Ya durante la vigencia del artículo 302.9.º CP 1973 (= art. 390.1.2.º CP) la doctrina había expresado, en primer término, sus reservas respecto de la posibilidad de aplicar dicha disposición a los hechos cometidos por particulares. En este sentido se afirma que “la peculiar estructura del tipo del artículo 303 excluye, en consecuencia, la simulación de documentos constitutiva del número 9 del artículo 302 del ámbito de las falsedades (...) susceptibles de ser cometidas por un particular” y que “tampoco resulta verosímil que un particular pueda cometer la falsedad relatada en el número 9 del artículo 302 CP”. También se sostuvo que la “declaración documental falsa hecha por un particular en escrito que firma con su propio nombre” (...) “por ser falsificación de documento privado” no está alcanzada por el artículo 302 CP 1973.

Tampoco ha sido considerado claro en la doctrina si, suponiendo que el número 9 del antiguo artículo 302 CP 1973 fuera aplicable a los particulares, la hipótesis podía alcanzar casos de falsedad ideológica. Por lo general la doctrina consideró que el número 9 del artículo 302 contenía, lo mismo que ahora el artículo 390.1.2.º CP, en el caso de ejecución por un particular, sólo un supuesto de *falsedad material*, lo que significa que no alcanza las falsedades meramente ideológicas.

En la jurisprudencia la aplicación autónoma del número 9 del artículo 302 CP 1973 nunca fue totalmente clara y se redujo, por lo general, al caso de impresos con espacios en blanco, en los que el documento sirve para constatar un hecho (p. ej. la persona beneficiaria de una receta oficial), y al de letras de cambio que no eran consecuencia de un negocio jurídico (extracartular) real. Precisamente la extensión de los casos de simulación de un documento a las letras de cambio fue criticada en la doctrina porque tal punto de vista contradice la naturaleza jurídica misma de la letra de cambio dado que ésta crea un derecho (cartular) por sí y en modo alguno constata la existencia de otro acto jurídico, diferente de ella misma, del cual surge la deuda. La letra es un negocio jurídico por sí misma.

La idea en la que se apoyó esta jurisprudencia surge claramente de las SSTs de 22 de diciembre de 1945; 28 de octubre de 1958 y 2 de marzo de 1959, entre otras, en las que el Tribunal Supremo sostuvo como premisa que el artículo 302.9.º CP (introducido en 1944) no suponía un supuesto autónomo que ampliaba el ámbito de la falsedad documental punible, sino que, en realidad, las restantes hipótesis del artículo 302 ya contenían casos que se superponían con el nuevo número 9 de dicho artículo. Este punto de vista es el que permite explicar que el Tribunal Supremo considerara aplicable el número 9 a

los casos de letras de cambio de favor, pues evidentemente entendía que eran un caso de falsedad ideológica del artículo 302.4.º CP. Ello explica también que el número 9 del artículo 302, por lo general, era citado en relación a algún otro número del artículo 302 CP 1973.»

## FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL

*Despenalización de la falsedad ideológica. Posibilidad de subsumir la falsedad ideológica en la falsedad material. Caso Argentina Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«En última instancia, lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja. En relación con esta última, no debe perderse de vista que, según el artículo 1.218 del CC “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”, aunque “también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”. Por su parte, el documento privado –art. 1.225 CC– tiene “el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes” aunque, su fuerza probatoria es mayor en los casos y con los límites que se prevén en el artículo 1.227 CC. Como en la vida jurídica sólo puede incidir con plenitud de efectos lo que queda probado frente a terceros o “erga omnes”, se deduce fácilmente de los mencionados preceptos que la falta de veracidad en que puedan incurrir los particulares cuando declaran ante el funcionario que autoriza un documento público u oficial o cuando redactan un documento privado –y un documento mercantil no autorizado por funcionario público es privado aunque tenga la protección penal del documento público– no puede normalmente dar lugar a una falsedad penalmente típica. Todo ello quiere decir que la “despenalización” de la falsedad ideológica cometida por particulares, como ponen de manifiesto, entre otras, las SS. de 18 de marzo de 1991, 24 de julio de 1992 y 5 de mayo de 1995, todas anteriores a la reforma, tiene de innovación bastante menos de lo que parece.

Es conveniente, con todo, hacer notar, que el aplicador del derecho, especialmente el que sólo está sometido al imperio de la ley, debe

ponerse en guardia frente a la tentación de continuar teniendo por punible una conducta que ha sido despenalizada, mediante el expediente de incardinarla en un tipo penal análogo que subsiste tras el cambio normativo. Esta tentación puede venir propiciada, en las falsedades, por la técnica tradicionalmente seguida por el legislador, que ha determinado frecuentemente en el intérprete una cierta confusión entre determinadas modalidades falsarias —como si algunas de ellas fuesen intercambiables— y la difuminación, a veces, de la diferencia que existe entre la falsedad material que afecta al documento mismo y la falsedad ideológica que afecta a su contenido. Es posible que un cambio normativo como el que ha supuesto la despenalización de la falsedad ideológica, cuando es cometida por particulares, obligue a un mayor rigor interpretativo y a profundizar en la distinta naturaleza de una y otra clase de falsedad. Aunque no es ésta la ocasión de abordar el problema en toda su complejidad, sí hemos de decir que la pretensión de que continúa siendo típica la falsedad, cometida por un particular, que afecta exclusivamente a los hechos que se narran en el documento, mediante la subsunción sustitutoria de la acción en el tipo que consiste en simular en todo o en parte un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, supone volver a penalizar una falsedad ideológica convirtiéndola a tal efecto en falsedad material. Porque falsedad ideológica es, en la generalidad de los casos, faltar a la verdad en la narración de los hechos y falsedad material, por el contrario, es simular en todo o en parte un documento. Este desplazamiento del hecho desde el tipo en que era claramente subsumible —y donde ya no lo puede ser por la soberana decisión del legislativo— a otro al que se atribuye así, en cierto modo, la función de una “cláusula de cierre”, presenta riesgos innegables desde la perspectiva del principio de legalidad y de la obligada interdicción de toda extensión analógica de una norma penal.»

## FALSEDAD IDEOLÓGICA

### *Destipificación.*

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«En la actualidad la doctrina mayoritaria viene sosteniendo, de acuerdo con lo ya afirmado por los clásicos, que las falsedades ideológicas sólo serán punibles cuando son cometidas por un autor obligado a decir verdad respecto de los hechos que constata en el documento, es decir, básicamente en el caso de los funcionarios. Consecuentemente, las mentiras escritas de un particular en documento

privado no pueden dar lugar a falsedad ideológica punible alguna porque no existe ninguna norma que imponga al particular que confecciona un documento, por él mismo suscrito y asumido, decir la verdad por escrito. Por tal razón el derecho civil establece que el documento privado no prueba la verdad de lo declarado en él por las partes (art. 1225 C.Civ.).

En este sentido en la sentencia de esta Sala 776/97, de 31 de mayo de 1997, se ha sostenido que “la posición actual de esta Sala está bien reflejada en la sentencia de 18 de marzo de 1991 en la que se declara que ‘no habrá falsedad cuando no se afecten las funciones esenciales del documento, es decir, la función de perpetuación (fija la manifestación de voluntad de alguien), la función probatoria (permite probarla) y la función de garantía (permite identificar al autor de la declaración de voluntad)’ (...)”. De allí se deduce en la citada sentencia que no comete delito de falsedad en documento público (en el caso una escritura pública) el particular que efectúa ante el notario una declaración mendaz (cfr. F.º J.º 7.º).»

## FALSEDAD

*Documento oficial. Pasaporte falsificado en el extranjero, por extranjero. No es competente la jurisdicción española.*

STS de 6 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Se trata, pues, de un posible delito de falsedad en documento oficial cometido por extranjero en el extranjero. Para justificar su pronunciamiento condenatorio, el Tribunal de instancia argumenta que el delito es perseguible en España porque así lo autoriza el principio de universalidad, y el Ministerio Fiscal, para fundar su impugnación del recurso, invoca también el principio de defensa. Ninguno de dichos principios es de aplicación en el caso. Los principios en cuya virtud se atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles jurisdicción en el orden penal son los de territorialidad, personalidad, defensa y universalidad, regulados respectivamente en los cuatro apartados en que aparece dividido el artículo 23 LOPJ. Descartada la posibilidad de hacer entrar en juego en este caso los principios de territorialidad y personalidad por cuanto el hecho no se cometió en territorio nacional ni su autor es español, nos quedan los de defensa y universalidad. El primero no es aplicable porque las falsedades cometidas por extranjeros fuera del territorio nacional de que puede conocer la jurisdicción

española en virtud de dicho principio son exclusivamente las especificadas en las letras d), e) y f) del apartado 3 del artículo citado, en ninguna de las cuales puede ser incluida la falsedad realizada en documento de identidad extranjero, a no ser que demos al concepto “perjuicio directo al crédito o intereses del Estado” un sentido y una amplitud incompatibles con las más elementales reglas que deben inspirar la interpretación de las normas penales. Y el segundo tampoco lo es porque la única falsedad que el apartado 4 del mismo artículo considera sometida a la jurisdicción española, cualquiera que sea el lugar donde se haya realizado, en virtud del principio de justicia universal, es la falsedad de moneda extranjera. Hay que concluir que el reproche que en este motivo se hace a la Sentencia recurrida está cargado de razón porque, en el particular que hemos examinado, el Tribunal de instancia ha actuado con una manifiesta falta de jurisdicción, lo que convierte a la Sentencia en nula de pleno derecho y así hemos de declararlo.»

## FALTA DE CLARIDAD DEL HECHO PROBADO

STS de 14 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«En el desarrollo del motivo, se confunden continuamente los aspectos formales que afectan a la claridad del hecho probado y cuestiones de fondo referidas a omisiones o errores que tienen otro cauce casacional para ser invocados.

Utilizando la misma jurisprudencia invocada por la parte recurrente, conviene recordar que, el defecto formal denunciado existe, cuando la narración fáctica es oscura e ininteligible en todas sus partes o en algunas de ellas o está redactada en términos de ambigüedad o imprecisión, siempre que tales defectos sean determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados. En todo caso, la falta de claridad no permite integrar de manera puramente voluntarista el relato de hecho, sino que produce como consecuencia la anulación de la sentencia para que se corrija el defecto y se proceda a dictar una nueva salvando las carencias lingüísticas que le hacen incomprensible.»

# I

## INCUPLICACIÓN

*En el Procedimiento Abreviado.*

STS de 24 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«De acuerdo con la STC 290/1993 (que condensa la doctrina expuesta en las SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 129/1993, 152/1993 y 273/1993) en el proceso penal abreviado “no puede clausurarse una instrucción sin haber puesto en conocimiento del imputado el hecho punible de que tratan las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos [...] y haberle permitido alegar frente a la imputación.” De estas consideraciones surge que lo exigido es que el acusado haya tenido durante la instrucción conocimiento de la imputación, de sus derechos y de ejercer su defensa. En modo alguno se exige en estos precedentes que la imputación o inculpación haya tenido la forma *ad solemnitatem* de auto.

En la presente causa, los recurrentes fueron advertidos e instruidos en la forma prevista en el artículo 789.4.º LECrim. según se desprende de las actas de sus primeras declaraciones obrantes a los folios 148 y 234 de las diligencias previas. Por otra parte, en tanto los recurrentes limitan su denuncia a la omisión de una declaración formal de la inculpación en forma de un auto, no se ha especificado que durante dichas diligencias se les haya impedido de alguna manera ejercer su derecho de defensa o que se les haya ocultado el contenido de las imputaciones que pesaban sobre ellos.»

## INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

*Procurador de los Tribunales.*

STS de 12 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Descartado, pues, que se haya infringido, por falta de aplicación, el artículo 467.2 del CP vigente, quedamos ahora por ver si, como se sostiene en el apartado 1 del único motivo del recurso, ha sido indebida la subsunción del hecho en el tipo penal previsto en el artículo 465.1. Puede decirse que el tipo en cuestión ha aparecido por primera vez con el CP de 1995, toda vez que bajo la antigua legalidad la infidelidad en la custodia de documentos era un delito especial que, en principio, sólo podría ser cometido por funcionario público, si bien

el artículo 366, párrafo segundo, del CP derogado, extendía en determinados supuestos a los particulares –entre los cuales se encontraban naturalmente los procuradores– las penas que en dicho artículo y en los dos anteriores se establecían para los funcionarios infieles. La novedad del precepto –cuya aplicación al caso no tiene, por cierto, carácter retroactivo, ya que la ocultación de los autos enjuiciada se mantuvo después de la entrada en vigor del CP de 1995– obliga a iniciar una tarea interpretativa para la que, lógicamente, hemos de aprovechar la doctrina elaborada en el pasado en torno al artículo 364 del CP derogado. De acuerdo con dichos precedentes, la forma comisiva de la infidelidad en la custodia de documentos o actuaciones descrita con el verbo *ocultare*, en la que ha sido incardinada la conducta del procesado, no sólo debe abarcar la acción del abogado o procurador que consiste en “esconder un documento en algún lugar donde difícilmente pueda ser hallado”, sino también la que adopta la forma más sinuosa de “guardar o no entregar o, incluso, dilatar indefinida e insensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino”, como se dice en las SS, de esta Sala, de 26 de junio de 1990, 9 de octubre de 1991 y 9 de diciembre de 1992. Venía a aceptarse por la jurisprudencia, de esta forma, la comisión por omisión del delito cuestionado y esta posibilidad debe entenderse que subsiste hoy a la luz del artículo 11 del nuevo CP, puesto que el resultado característico de la infidelidad en la custodia de actuaciones o documentos –la obstrucción a la Administración de Justicia– puede producirse o causarse por la mera falta de entrega de aquéllas siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre abogados y procuradores. Por otra parte, es evidente que la inexistencia en el artículo 465 del CP vigente de toda alusión a una eventual forma de comisión culposa, puesta en relación con el mandato del artículo 12 del mismo texto, ha venido a confirmar la corriente últimamente dominante en la jurisprudencia –STS, entre otras, de 21 de febrero de 1995– que sostenía la índole constitutivamente dolosa del delito de infidelidad en la custodia de documentos.»

## INMIGRACIÓN ILEGAL

### *Tráfico ilegal.*

STS de 5 de febrero 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«A esta constatación hay que añadir que el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migracio-

nes laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la Ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida.»

## INSPECCIÓN OCULAR

### *Inmediación.*

STS de 8 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«Es claro que la inspección ocular es una diligencia judicial de prueba para la que rige el principio de inmediatez y que, por lo tanto, no puede ser delegada o reemplazada por la realizada por la policía en el atestado policial. Sobre todo este reemplazo resulta inadecuado cuando el funcionario policial que ha practicado la diligencia no ha acompañado, como es práctica policial habitual, documentación fotográfica de los rastros de los hechos y de los instrumentos que se sospechan utilizados en la perpetración de los mismos sin que haya existido impedimento alguno para hacerlo. Si a ello se agrega que el policía que practicó la inspección ocular en la iglesia no ha comparecido en el juicio y que la prueba documental no fue leída en el mismo, sino —en contra de lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala— se ha tenido por reproducida con vulneración del principio de publicidad, resulta claro que la prueba del hecho base del indicio deducido de la tenencia de los destornilladores no se puede considerar legalmente acreditada.»

## J

### JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

*Tramitación de la causa por el Juzgado que autorizó las escuchas telefónicas y no por el del lugar donde fue ocupada la droga.*

STS de 19 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Según consta en las operaciones, la droga fue aprehendida en un lugar que pertenece a un partido judicial distinto del Juzgado de Instrucción que ha realizado todas las actuaciones y culminado la investigación. En consecuencia, la parte recurrente planteó, como cuestión previa, al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la relativa al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, solicitando que el Juzgado instructor declinase su competencia en favor del Juzgado donde se ocupó la droga.

Con fecha 23 de abril de 1993, las representaciones de los otros dos acusados y no la del actual recurrente, presentan escritos ante el Juzgado de Instrucción que inicialmente conocía de las actuaciones, para que declinase la competencia en favor del Juzgado de la localidad donde se había ocupado la droga y practicado las detenciones.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, después de establecer en el artículo 8, que la jurisdicción criminal es siempre improrrogable, desarrolla una serie de reglas por las que se determina la competencia, disponiendo que el fuero preferente en materia penal es el del lugar de comisión del hecho delictivo (*forum delicti comissi*) y contempla una serie de normas subsidiarias que entraran en juego cuando no conste el lugar donde se haya cometido un delito o falta.

Como señala la sentencia recurrida, en el caso presente, además de un delito contra la salud pública, nos encontramos ante la existencia de un delito de contrabando y una falsificación de documentos oficiales y, por otro lado, el descubrimiento de la existencia de la trama organizada para la entrada de la droga en España tiene lugar en el territorio del Juzgado que ha conocido desde el principio de las actuaciones que, como se ha dicho, concedió las autorizaciones para las intervenciones telefónicas y para las entradas y registros. Ahora bien, el delito de tráfico de drogas es un tipo de peligro abstracto que se consume desde el momento en que la droga es puesta en circulación, con un destino determinado y su persecución puede iniciarse en cualquier fase de este proceso de tráfico o transporte. En todo momento intervino el Juzgado de Instrucción que ha tramitado las diligencias y, el Juzgado del lugar

de la aprehensión de la droga, se limitó a iniciar unas diligencias indeterminadas que no se concretaron en ninguna otra actuación judicial.

El artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial sanciona, con nulidad de pleno derecho, los actos judiciales que se hayan producido con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, lo que no es el caso presente, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado que llevó las actuaciones estaba habilitado para ello. Al tratarse, por tanto, de una supuesta irregularidad en cuanto a la competencia territorial, nos encontraríamos ante el número 3.º del citado artículo 238, lo que nos lleva a considerar que, solamente es posible la nulidad por prescindir absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, cuando efectivamente se haya producido indefensión, lo que no ocurre en el caso presente.»

## L

### LEGITIMA DEFENSA

*Legítima defensa de un tercero. Proporcionalidad. Necesidad racional del medio empleado en la defensa.*

STS de 16 de febrero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«En efecto, la existencia de la agresión no depende de las consecuencias que haya tenido para el agredido, sino del peligro para los bienes jurídicos a los que aquélla iba dirigida. De lo contrario, toda defensa exitosa no tendría sino el efecto de eliminar la agresión. En el presente caso, la agresión tiene una doble dirección, que olvida señalar la acusación particular; por un lado, el occiso mantenía un cuchillo apoyado en el cuello del empleado de la joyería y esa sola circunstancia ya es constitutiva de una agresión ilegítima, pues constituye la violencia propia del robo y ponía el dinero en peligro de pérdida inminente, con lo que cumple con los requisitos exigidos para la agresión que es presupuesto de la defensa de los bienes (art. 8.4.º, primera, CP 1973, artículo 20.4.º, primera, CP); por otro lado, se da una agresión directa al acusado cuando éste, ya ejercía la defensa del tercero y de los bienes. Es en este momento en el que la agresión con el cuchillo dirigida al cuerpo, y especialmente a zonas del cuerpo, como la cara, respecto de las cuales generaba un grave peligro, en el que se produce el primer disparo, que impacta al agresor en el abdomen, pero

que no logra contener el acometimiento. Es durante el forcejeo que allí comienza cuando el acusado, que soportó nuevas lesiones producidas con el cuchillo, dispara nuevamente. En estos tres momentos también se dan todos los elementos de la agresión, dado que se trata de acometimientos con arma blanca dirigidos al cuerpo del que se defiende y que, por lo tanto, generaban un peligro totalmente injustificado para el dependiente y para el que intentaba defenderlo.

Se debe señalar además que la justificación de la defensa, en principio, no depende de la proporcionalidad entre el mal causado al agresor y el que éste hubiera podido causar al agredido. El fundamento de la justificación es, precisamente, la falta de derecho del agresor. Ciertamente con el correr del tiempo la idea de que lo lícito no debe ceder a lo ilícito ha ido sufriendo limitaciones que algunos autores llaman "limitaciones éticas de la legítima defensa". Pero, en verdad, ninguna de esas limitaciones se dan en el presente caso, dado que la agresión no era insignificante, que no existe ninguna constancia de que el agresor fuera incapaz de culpabilidad o de que entre agresor y agredido existiera una estrecha relación de convivencia.

Consecuentemente, lo que se debe comprobar en el caso que juzgamos es la necesidad racional del medio empleado, no la proporcionalidad de los bienes afectados por la defensa y los que se hubieran podido afectar por la agresión. La legítima defensa no es un supuesto específico del estado de necesidad, sino un justificante sui generis. La necesidad racional hace referencia, por el contrario, en primer lugar, a que no exista otra posibilidad menos dañosa para impedir la agresión y, en segundo lugar, a la adecuación del medio, en el sentido de medio adecuado para impedir la agresión dentro de los límites de la necesidad.

En este sentido, en el presente caso, no cabe duda de la necesidad racional del medio empleado, pues para impedir un ataque que podría haber sido mortal, de un hombre joven y fuerte, el acusado, que no es joven y que tiene mucha menos fuerza que su agresor, tenía que lograr con el arma paralizar al agresor. Naturalmente que se podría imaginar, en abstracto, una acción defensiva que en lugar de la muerte hubiera producido lesiones que inmovilizaran temporalmente al atacante. Pero el juicio sobre la posibilidad de otros comportamientos alternativos a los fines de establecer la necesidad racional del medio empleado, debe tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho y, por lo tanto, también la urgencia y los riesgos que un fallo en la acción defensiva, que permitiera la continuación de la agresión, tendría para el agredido. A partir de estas consideraciones es indudable que en el presente

caso la acción del agredido cumple con las exigencias del segundo requisito de la legítima defensa.»

## P

### PREVARICACIÓN

*La expresión «arbitraria» del nuevo Código Penal se corresponde con el criterio restrictivo con que la Sala venía interpretando la «injusticia» de la resolución.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El delito de prevaricación sancionado en el artículo 358.1.º del anterior Código Penal exigía como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la doctrina de esta Sala al determinar que la “injusticia” de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir, con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho –lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización– sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente.

El nuevo Código Penal (art. 404), ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, calificando de “arbitrarias” las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las Leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia es lo que caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad sino que se precisa un “plus” de antijuricidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho Penal más allá del control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De forma más clara no lo ha podido expresar esta Sala cuando en sentencia número 157/1997, de 3 de marzo, señala que para sancionar por el delito de prevaricación “hemos de hallarnos ante una infracción de la norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa, y hasta en expresión de alguna resolución, grosera o esperpéntica”.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

### *Concreción del contenido de la acusación.*

STS de 12 de enero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del artículo 793.7 LECrim. que concede al Juez o Tribunal, “cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena”, la facultad de “conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes”. En el juicio oral que precedió a la sentencia recurrida, las defensas de quienes hoy son recurrentes, al tener conocimiento de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal –en las que, como hemos dicho, no se alteraron los hechos que servían de base a la acusación– se limitaron a pedir una breve suspensión del acto para acomodar sus tesis defensivas al nuevo título de imputación y, concedida aquélla, elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas sin formular protesta contra la pretendida vulneración del derecho a ser informado de la acusación ni alegar la indefensión que ahora, extemporánea e infundadamente, intentan convertir en motivo de casación.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

### *Hechos probados que vulneran el principio acusatorio.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Como puede comprobarse por la lectura comparada de los dos apartados precedentes, la Sala sentenciadora condena al recurrente por unos hechos sobre los que el Ministerio Fiscal no había formulado acusación. Al mismo tiempo se debe resaltar que la descripción de los hechos que se le imputan adolecen de una gran vaguedad e imprecisión al referirse a ventas de estupefacientes realizadas a lo

largo de todo el año 1992, cuando la acusación pública había concretado los hechos solamente al día 19 de diciembre de 1992.

El principio acusatorio tiene una doble formulación en nuestro texto constitucional. El artículo 24 de la Constitución proclama el derecho a ser informado de la acusación que se dirija contra una persona, así como el derecho a un proceso con todas las garantías. En nuestro sistema procesal, que camina con pasos sucesivos hacia un sistema puramente acusatorio, la deducción de la pretensión penal formulada en el escrito de calificación provisional y concretada de manera definitiva en las conclusiones que se formulan al término de la prueba practicada en el juicio oral, vincula al órgano juzgador y delimita el ámbito de actuación en el que tiene que moverse para redactar la sentencia que pone fin al proceso.

La vigencia del principio acusatorio requiere una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte dispositiva de la sentencia. La correlación subjetiva concurre en el caso presente ya que la acusación se dirigió, desde el principio, contra el recurrente que ha ocupado siempre y en todo lugar la condición de sujeto pasivo del proceso. Pero lo que ha fallado definitivamente en el presente proceso es la adecuada correspondencia objetiva entre los hechos que fueron objeto de acusación y los que se declaran probados en la sentencia. El componente objetivo de la acusación se plasma en el hecho punible que constituye el presupuesto básico del ejercicio de su pretensión punitiva. No solamente no existe similitud entre el hecho histórico que fue objeto de acusación y lo declarado probado en la sentencia, sino que nos encontramos ante un acontecimiento totalmente novedoso y sorpresivo que ha sido introducido en la relación de hechos probados sin que la única parte acusadora lo hubiera invocado.

Se desborda el contenido de la acusación, de manera que se ha ido más allá de la fórmula prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que parte del respeto al hecho justiciable y no admite la posibilidad de modificar su estructura básica, ya que sólo es posible plantear cuestiones jurídicas sin adentrarse en tareas acusatorias consistentes en la ampliación objetiva de los hechos.

El Tribunal Constitucional no sólo ha considerado el principio acusatorio como un derecho fundamental sino que lo eleva a valor superior del ordenamiento jurídico, al considerarlo como una expresión del valor justicia. Numerosas resoluciones de este Alto Tribunal han venido a establecer, como sucede con la sentencia 20/1987, que condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales

del proceso penal, configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todas las personas.

En consecuencia, procede anular la sentencia declarando que el hecho por el que ha sido condenado el recurrente no ha tenido entrada en el debate y no ha sido recogido por la parte acusadora y, por lo tanto, no puede figurar en el relato fáctico, lo que conlleva la necesaria absolución del acusado por este hecho concreto que, por otra parte, es el único por el que ha sido condenado.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

*Indefensión. No hay vulneración cuando ambas calificaciones jurídicas fueron objeto de debate en el juicio oral.*

STS de 23 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Lo relevante a efectos de indefensión es determinar si acerca de la concurrencia del referido ánimo específico se produjo el adecuado debate en el juicio que posibilitase la defensa de los acusados en relación con este elemento subjetivo del tipo. De ello no hay duda en el caso actual pues precisamente este ánimo de hacerse pago era el que sostenían las defensas —con independencia de que, formalmente, unas formularan conclusiones jurídicas en dicho sentido con carácter definitivo y otras no— y sobre la concurrencia de dicho ánimo de hacerse pago giró la totalidad del debate probatorio (proposición de documentos acreditativos de la existencia de la deuda) y jurídico en el juicio. Al tratarse de un hecho delictivo único con pluralidad de partícipes, la calificación jurídica introducida formal y expresamente en el debate por la defensa de dos de los acusados implicaba necesariamente a la totalidad de los mismos. Siendo, en consecuencia, objeto expreso y formal de debate en el acto del juicio la alternativa entre la calificación más grave de extorsión y la más benévola de realización arbitraria del propio derecho, la aceptación por la Sala de esta opción más favorable para los acusados no vulnera, en modo alguno, el principio acusatorio.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

*Posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por las acusaciones.*

STS de 15 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Con anterioridad a la reforma de 1988 que introdujo el procedimiento abreviado, tanto el Tribunal Constitucional (STC 17/1988, de

6 de febrero, y STC 189/1988, de 17 de octubre), como esta misma Sala (sentencia de 26 de febrero de 1985), entendían que el principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de la acusación (si ésta ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización de la pena dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo penal objeto de calificación acusatoria y debate en el proceso. “Pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito” (STC 17/1988, de 17 de febrero).

Con posterioridad a la reforma, la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1993, entendió que la limitación legal (“no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones”), tiene un sentido más restrictivo que no limita exclusivamente imponer pena de categoría superior (prisión menor cuando se solicitó arresto mayor, por ejemplo), sino cualquier *quantum* punitivo que exceda de lo solicitado. La doctrina mayoritaria de esta Sala, no obstante, con la inflexión de la citada sentencia de 7 de Junio de 1993, viene entendiendo que en su función individualizadora de la pena el Tribunal no está “encorsetado” por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley (sentencia 824/1996, de 31 de octubre, y sentencia de 12 de julio de 1995, entre otras muchas). Las sentencias 813/1996 y 824/1996, ambas de 31 de octubre, y 610/1997, de 5 de mayo, reiteran este criterio.»

## PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«El derecho fundamental a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Así resulta del artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”); del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, según el

cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley”; y del artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, conforme al cual “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. De tales textos resulta la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado y así se declara en la jurisprudencia tanto del TC (SS, entre muchas, 31/1981, 107/1983, 17/1984, 76/1990, 138/1992, 303/1993, 102/1994 y 34/1996) como de esta Sala (por todas, la reciente STS 473/1996, de 20 de mayo); lo que es consecuencia de la norma contenida en el artículo 1251 del Código Civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de *iuris tantum*.

Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término “culpabilidad” (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (SSTS, entre otras, de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 1684/1994, de 30 de septiembre). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (SSTC, entre varias, 195/1993, y las en ella citadas).

Sólo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las condiciones siguientes: 1. Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. Que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (SSTC 76/1990, 138/1992, 303/1993, 102/1994 y 34/1996).

Supone en trance casacional (o, en su caso, de amparo constitucional), si se cumplen las anteriores exigencias, únicamente la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los artículos 117.3 de la Constitución y 741 de la LECrim.»

**PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

*No cabe la presunción de inocencia.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El Ministerio Fiscal alega que los indicios concurrentes deben estimarse suficientes para deducir razonablemente la voluntaria y consciente colaboración del acusado en una operación de introducción de droga en nuestro país, consistiendo dichos indicios en el hecho de que fue a recoger el paquete, en que éste viniese dirigido a su nombre y dirección, así como en el elevado valor de la mercancía que hace improbable que pueda ser confiada a un extraño a la operación de tráfico. Asiste razón al Ministerio Público en que estos indicios, en cuanto tales, podrían justificar razonablemente una resolución condenatoria, por lo que en el supuesto de que el Tribunal sentenciador hubiese obtenido de ellos, en contraste con las manifestaciones del acusado, la suficiente convicción, no cabría apreciar vulneración alguna de la presunción constitucional de inocencia.

Pero la argumentación expuesta no funciona igualmente en el sentido inverso, precisamente por la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, y de su corolario *in dubio pro reo*.

Si, pese a la existencia de indicios en principio suficientes, el Tribunal sentenciador, que valora con inmediación la prueba practicada apreciándola según su conciencia, no obtiene una convicción carente de duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado, al contrastar dichos indicios con las manifestaciones exculpatorias del mismo, la correspondiente sentencia absolutoria no puede ser revocada por este Tribunal casacional, pues no se puede sustituir la falta de convicción para la condena del Tribunal sentenciador. No existe un principio de presunción de inocencia invertida, que pueda favorecer a la acusación frente a las sentencias absolutorias fundadas en la falta de convicción suficiente del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado.»

**PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Sobre este aspecto de la cuestión, encontramos en la sentencia recurrida un párrafo que, por revelar un estado anímico en el Tribunal que no es de certeza, nos obliga a estimar en parte este motivo de casación. Dícese en el párrafo a que nos referimos que “entra entre lo proba-

ble que no conociera –la procesada– con total precisión cuál era la específica naturaleza de la sustancia que transportaba”. Esto sólo puede significar una cosa: que el Tribunal ha dudado si la procesada, dando por supuesto que sabía transportaba droga en la ocasión de autos, sabría también que la droga era precisamente heroína. Pues bien, si pese a esta duda, la ha considerado responsable de un delito de tráfico de dicho estupefaciente, ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia en tanto la condena se ha asentado, en un concreto particular de la misma, sobre una duda y no sobre un juicio de certeza. El principio *in dubio pro reo*, interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no tiene sólo un valor orientativo en la valoración de la prueba sino que envuelve un mandato: el de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza. El Tribunal no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abriguen las partes, pero sí tiene obligación de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él. Es de este modo como el principio *in dubio pro reo* revela su íntima conexión con el derecho a la presunción de inocencia.»

## PRISIÓN PREVENTIVA

*Imposibilidad de abonar la prisión preventiva sufrida en causa por la que fue absuelto a delitos cometidos tres años después.*

STS de 23 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«La parte recurrente deriva la cuestión hacia el campo constitucional y sostiene que la Sala de instancia no ha aplicado el artículo 14 de la Constitución ni la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha violado el principio de igualdad en la ejecución de no abonarle la pena privativa de libertad por el tiempo de prisión en el que estuvo detenido en el otro proceso anterior. Considera que se trata de una cuestión de justicia y que la no concesión de este beneficio introduce una forma de desigualdad en el tratamiento penal, ya que no encuentra razones objetivas para mantener lo contrario.

El artículo 33 del anterior Código Penal disponía el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa para el cumplimiento de la condena, añadiendo además que el abono se producirá cualquiera que sea la clase de la pena impuesta. El precepto tiene su antecedente más inmediato en el Código Penal de 1932 ya que, en la mayoría de los Códigos decimonó-

nicos, no se reconoce el abono de la prisión preventiva, con la salvedad de algunas disposiciones especiales (Reales Decretos de 9 de octubre de 1853 y de 2 de noviembre de 1879) en las que se regulaba de forma muy restrictiva y limitada en cuanto a su duración. Por Ley de 17 de enero de 1901 se reconoce de forma limitada y de allí pasa al Código de 1928 y finalmente al de 1932.

La restrictiva redacción del precepto fue objeto de sucesivas ampliaciones interpretativas por la jurisprudencia de esta Sala, ya que no sólo se consideraba aplicable el abono de prisión preventiva a la pena impuesta en la causa en la que se acordó, sino también a otras penas impuestas en procesos diferentes, pero siempre que se tratase de hechos anteriores al ingreso en prisión. Como se decía en la sentencia de esta Sala, de 2 de julio de 1993, existe un principio general de derecho, de común aplicación en las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su naturaleza. La existencia de varias causas contra una sola persona y la posibilidad de que se le absolviese por alguna de ellas en las que se hubiese acordado la prisión provisional o preventiva, aconsejaban, por un principio de equidad, que el tiempo de prisión sufrido se aplicase a alguna de las demás causas tramitadas siempre que se refiriesen a hechos anteriores al ingreso en prisión.

Recogiendo esta línea jurisprudencial, el artículo 58.1 del nuevo Código Penal precisa y mejora la redacción anterior, estableciendo la posibilidad de que se aplique la prisión preventiva a otras causas, "siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión". Extender su aplicación a hechos posteriores sería tanto como incentivar la comisión de hechos delictivos, concediendo al preso preventivo una especie de licencia para delinquir, ya que su responsabilidad penal se vería compensada y anulada por el período de tiempo que había pasado en prisión preventiva, en otra causa anterior por la que había sido absuelto o condenado a una pena de duración inferior al período de tiempo resultante de la medida cautelar.

En consecuencia, no cabe acceder a lo pedido por el recurrente, ya que es evidente que la comisión del hecho delictivo por el que ha sido condenado notoriamente, posterior a la fecha de la absolución por el delito respecto del cual sufrió los 589 días de prisión preventiva. Por ello, solo cabe la vía indemnizatoria o también la posibilidad de que sea compensado por la vía de aplicación de algún beneficio de gracia como el indulto parcial que esta Sala estima equitativo.»

## PROSTITUCIÓN

*Delito relativo a la prostitución. Bien jurídico protegido. Acceso carnal con menores ya prostituidos*

STS de 12 de enero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Los delitos relativos a la prostitución previstos y penados en los artículos 187 y 188 del CP vigente deben ser interpretados desde el marco de referencia básico del bien jurídico tutelado mediante la punición de cuantos delitos se agrupan en el título VIII del libro I de dicho texto. Este bien jurídico, como claramente se desprende del enunciado del título, no es otro que la libertad sexual. Se trata, pues, en los artículos mencionados, de proteger la libertad sexual –y con ella, la dignidad personal– de quienes se encuentran en riesgo de ser compelidos, de cualquier forma, al ejercicio de la prostitución y la de quienes ya la ejercen para el supuesto de que quieran dejar de traficar con su propio cuerpo. La realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante convenios internacionales, puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro llega a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad, con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma... De acuerdo con el artículo 183 del CP vigente, sólo es atentado contra la libertad sexual, constitutivo de delito menos grave, el “abuso sexual”, interviniendo engaño, con persona mayor de doce años y menor de dieciséis. Si los actos sexuales de cualquier índole cometidos con un menor –no sólo, por cierto, menor de edad sino de dieciséis años– sólo constituyen delito cuando se consiguen con engaño, y aun entonces el delito es menos grave, no parece en modo alguno lógico que se considere en todo caso delito grave, incardinable en el artículo 187 del CP vigente, la comisión de actos sexuales con menores conseguida mediante prestación económica.

En lugar alguno del *factum* se dice que los acusados realizasen actos que pudiesen ser considerados como inducción, promoción o favorecimiento en sentido estricto de la prostitución, ni se dice tampoco que su esporádica –aunque en ocasiones plural– relación con las citadas jóvenes tuviese el efecto de inclinarlas al ejercicio de dicho tráfico inmoral. Al contrario, lo que parece insinuado es que las jóve-

nes, pese a su temprana edad, ya estaban prostituidas cuando los acusados tuvieron acceso carnal con ellas, dato que se confirma con mayor claridad a través del examen de las actuaciones que esta Sala ha podido hacer en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 899 LECrim. Siendo así, hay que concluir que la actuación de los dos acusados que denuncian en sus recursos la aplicación indebida del artículo 187.1 de CP vigente no reúne en ningún caso los requisitos necesarios para integrar el delito relativo a la prostitución que en dicho precepto se tipifica, por lo que los motivos numerados como tercero en ambos recursos deben prosperar.»

## PROSTITUCIÓN

*Personas mayores de edad sin violencia o engaño.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«En la nueva normativa penal reguladora de los derechos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, la única conducta constitutiva de delito es la que consiste en determinar —determinar tiene, entre otros posibles sentidos, el de hacer tomar una resolución—coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, al ejercicio de la prostitución o a mantenerse en ella, quedando despenalizada, con otras actividades, la mera explotación de un local donde se ejerza la prostitución, antes prevista en el artículo 452 bis a), 2.º, del CP derogado, tipo penal en que fue subsumida la conducta de estos dos recurrentes en la sentencia de instancia.»

## PRUEBA DE TESTIGOS

*Testigo único.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es necesario recordar, una vez más, que la posibilidad de que un Tribunal declare que ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia que en principio ampara a un acusado no depende de la importancia cuantitativa de la prueba que contra el mismo exista —no tiene demasiado sentido invocar el viejo brocardo *testis unus, testis nullus* en un sistema de libre valoración de la prueba— sino, situados en la perspectiva propia del recurso de casación, de la legitimidad constitu-

cional de la actividad probatoria practicada y de la idoneidad de la misma para conducir razonablemente a una convicción de culpabilidad.»

## PRUEBA DEL ADN

*Prueba directa. No indicio.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El Tribunal de instancia dispuso de una prueba, que no sin razón considera directa, suficiente para superar la duda inicial sobre la autoría del hecho sometido a su enjuiciamiento. El hecho de que en el arma blanca encontrada en el domicilio del procesado días después de la muerte de la víctima apareciesen restos de sangre humana, el perfil genético de cuyo ADN coincidió en el de la sangre de la víctima, una vez realizadas las pruebas pertinentes en la Sección de Biología del Instituto Nacional de Toxicología, unido al dato científico de que la posibilidad de encontrar un individuo con el mismo perfil genético es de un 0,072 por 100, es decir, estadísticamente despreciable, se debe considerar, frente a lo que se afirma en este motivo del recurso, mucho más que un indicio. Aquel hecho empírico y este dato científico, conjuntos, equivalen a la práctica seguridad de que la navaja del procesado estuvo en contacto con la sangre de la víctima.»

## PRUEBA

*Pertinencia y utilidad.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En el análisis de la pertinencia de la prueba el Tribunal debe tomar en consideración no solamente su abstracta relación con el tema enjuiciado sino también su concreta relevancia, de tal manera que si los datos que se pretenden acreditar mediante la misma no pueden tener incidencia alguna sobre la evaluación de la concreta acusación formulada, su desestimación es plenamente correcta. Asimismo, el Tribunal debe ponderar otros derechos constitucionales en juego, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el de tutela judicial efectiva, procurando evitar diligencias inútiles, así como aquellas que únicamente pretenden dilatar innecesariamente el proceso. Especial atención ha de prestarse a aquellos supuestos en que

las pruebas propuestas se refieran a declaraciones de testigos que no están a disposición del Tribunal por encontrarse en el extranjero, y cuya incomparecencia al acto del juicio oral sea altamente probable, así como a la práctica de diligencias de diversa índole en países extranjeros a través de Comisiones Rogatorias, generadoras, lamentablemente y como la experiencia acredita, de prolongadísimas dilaciones.

Naturalmente, dichas diligencias probatorias deben ser en todo caso admitidas cuando sean pertinentes, es decir, cuando puedan aportar elementos relevantes para el enjuiciamiento, dando la máxima amplitud posible al derecho fundamental a la prueba, pero ejerciendo también el Tribunal sus facultades denegatorias, asumiendo su responsabilidad en aras del buen fin del proceso, cuando sean notoriamente inútiles y no puedan aportar más que dilaciones.»

## PSICOPATÍA

### *Perversión sexual.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es por ello por lo que la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante como la que se impugna en este último motivo del Ministerio Fiscal. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la Ley penal —concretamente, aquéllos de los que el procesado ha sido declarado autor— apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad. Las perversiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto —S de 8 de marzo de 1995— y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación —SS de 24 de diciembre de 1991 y de 22 de abril de 1993— o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurren con circunstancias excepcionales —S de 6 de noviembre de 1993— que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibito-

rios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, porque el mismo no es mayor el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada.»

## R

### RECEPTACIÓN

*Agravación específica. Es necesario que el establecimiento mercantil comercie con objetos ilícitos semejantes a los de su tráfico legal.*

STS de 3 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El relato fáctico, como ya se ha dicho, no nos proporciona datos sobre la clase de comercio a que se dedicaba el local, lo cual es indispensable para valorar la posibilidad de aplicar el tipo especialmente cualificado del artículo 298.2 del nuevo Código Penal. El artículo citado establece una agravación inicial para el que reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos, subtipo que alcanza plenamente a los dos recurrentes en cuanto que aparece perfectamente demostrado que los efectos los adquirirían conociendo su ilícita procedencia y se dedicaban a traficar con ellos. Ahora bien, el mismo precepto contempla un segundo escalón agravatorio, si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, en cuyo caso se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Pues bien, para aplicar esta segunda agravación es necesario que el local comercial o industrial esté destinado a un género de comercio o industria semejante u homologable al de los objetos que son objeto del tráfico ilícito, ya que de esta manera el entramado negocial encubre y disimula la procedencia de los efectos y ofrece cobertura para dar a entender que se trata de una actividad legal dificultando su descubrimiento y aprovechándose de una apariencia de legalidad para blanquear los objetos sustraídos. Sólo de esta manera se puede entender esta segunda agravación, pues el supuesto inicial que permite una primera agravación por traficar con ellos, ya supone, en la inmensa mayoría de los casos, un soporte organizativo de tipo comercial.

Se puede comprender perfectamente que un negocio de electrodomésticos no sirve para encubrir y, por tanto, para agravar el tráfico ilícito de bicicletas.

Precisamente esta homogeneidad entre los objetos ilícitos y el género de comercio desempeñado es lo que justifica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión e industria e incluso la medida de clausura del establecimiento de manera temporal o definitiva. En el caso presente no se ha impuesto la pena accesoria porque el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, no lo solicitó en su escrito de calificación.»

## RECOGIDA DEL OBJETO DEL DELITO

*Remisión directa de la droga al servicio de estupefacientes. Control del Juez de Instrucción.*

STS de 6 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Dejando al margen la hipotética infracción del artículo 119 LECrim. —que sólo por error ha podido ser denunciada— las que se dice han sufrido los artículos 333, 334, 336 y 338 de la misma Ordenanza procesal, se habrían producido, de asistir la razón al recurrente, por haber remitido directamente la Policía al Instituto Nacional de Toxicología los “dieciséis paquetes conteniendo polvo blanco compacto, al parecer cocaína, con un peso aproximado de 14.900 gramos”. Esta remisión —se dice— impidió al Juez de Instrucción inspeccionar personalmente la sustancia aprehendida, ordenar en el acto su reconocimiento pericial y conservar una muestra de la misma bajo su custodia, lo que, a su vez, imposibilitó la asistencia del imputado a dichas diligencias de inspección y reconocimiento del cuerpo del delito. Se olvida, sin embargo, por el recurrente, de una parte, que el artículo 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, dictada para adaptar la normativa interna al Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, que entró en vigor en España el 31 de marzo de 1966, “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serían entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes” —hoy denominado “Servicio de Restricción de Estupefacientes” en la Administración Central, susceptible de ser sustituido por los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas allí donde el servicio se encuentre transferido— y de otra, que la pericia a que se refiere el artículo 336 LECrim. puede ser encomendada ventajosamente por el Juez a academias, colegios o corporaciones oficiales cuando el dictamen que haya de ser emitido exija operaciones o conocimientos científicos especiales, de suerte que la remisión de la sustancia intervenida en el caso al Departamento de Barcelona del Instituto Nacio-

nal de Toxicología, para que su Sección de Química la analizase, debe considerarse una diligencia procesalmente correcta. No dejó, por ello, de estar controlada por el Juzgado instructor la mencionada sustancia, que fue identificada, en el informe del Instituto Nacional de Toxicología –folio 37 del sumario–, con el número de las diligencias practicadas en la Comisaría de Policía con motivo de su aprehensión y detención del procesado. La prueba de que se mantuvo el control judicial la tenemos en la nota con que finaliza el informe pericial –anunciando la destrucción de la droga si el Juzgado no pone objeción– y en la orden que en el auto de procesamiento se da al Instituto en el sentido de que proceda a la destrucción de la cocaína ocupada, conservando y custodiando a disposición del Juzgado una muestra suficiente de cada uno de los 16 paquetes ocupados, para la realización, si fuere necesario, de nuevos análisis e investigaciones.»

## REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO

*Cómputo del tiempo redimido por el trabajo antes de la entrada en vigor del nuevo Código, aunque después se aplique éste por ser más probable.*

STS de 9 de febrero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«El argumento utilizado por la Audiencia para negar la revisión pretendida es el de que “la aplicación conjunta de los artículos 368, 369.3.º y 70.1.1.º del nuevo Código Penal determina el castigo, con penas de tres a cuatro años y medio de prisión, a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que no causen grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia. Aun cuando la pena a imponer, conforme al nuevo Código, por los hechos aquí enjuiciados sería inferior a la impuesta, la supresión en este segundo caso de los beneficios de la redención de penas por el trabajo determinaría que la duración real de la nueva condena fuera mayor, conforme se infiere de la liquidación provisional de condena practicada por el centro penitenciario” (FJ 1.º); “es obvio que si la pena privativa de libertad imponible con arreglo al nuevo Código supone una duración efectiva superior a la impuesta, la aplicación retroactiva de esta nueva norma sería desfavorable al reo y estaría prohibida por los artículos 2.1 del nuevo Código y 23 del que se deroga, por lo que procede decidir en el sentido postulado por el Ministerio Fiscal” (FJ 2.º).

Tiene declarado este Alto Tribunal que, “en relación con el tiempo redimido con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código, resulta correcto sostener que se trata de una situación jurídica consolidada, en la medida que su reconocimiento no depende de un cálculo global del tiempo trabajado, sino del cómputo parcial de cumplimiento de ‘un día por cada dos de trabajo’ (art. 100 CPD). En este sentido, la pena ejecutada con anterioridad a la entrada en vigor del NCP no depende del tiempo efectivamente cumplido, sino del tiempo de cumplimiento computado conforme a la Ley vigente en ese momento. Es cierto que no se trata de una revocación del beneficio, pero sin duda implica la pérdida del tiempo trabajado en el cómputo del cumplimiento de la condena. La pérdida de ese tiempo sólo sería posible formalmente con una disposición que, de forma expresa, reconociese la pérdida, resulta cuando menos dudoso que materialmente fuese posible esta disposición, pues afecta a situaciones ya consolidadas, vinculadas, además, al derecho sancionatorio... Por tanto, la redención de penas por el trabajo abonada con anterioridad a la entrada en vigor del NCP debe ser considerada en la ponderación de la pena más favorable, sin perjuicio de que el cómputo corresponda al del Código derogado o al nuevo Código. De acuerdo con ese criterio, es evidente que la comparación entre las penas debe efectuarse en relación con la pena que resta por cumplir, a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo Código. En la aplicación del CPD, el cómputo de la pena restante debe efectuarse con la deducción del tiempo que, previsiblemente, redimiría el reo; sin embargo, en el término de comparación que ha de establecerse de acuerdo con el nuevo Código, no debe realizarse esta reducción, sin perjuicio del cómputo del tiempo ya redimido hasta el momento de la entrada en vigor de aquél que, como se ha indicado, es de aplicación a ambos términos de comparación y, por tanto, no implica diferencia alguna entre ellos” (v., entre otras muchas, la S de 7 de mayo de 1997).»

## REGISTRO DOMICILIARIO

*No tiene la consideración de domicilio la celda de un recluso en un centro penitenciario.*

STS de 6 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«La argumentación del recurrente debe considerarse errónea por cuanto considera legales los registros y cacheos en las personas de los internos, periódicos y rutinarios, al amparo del artículo 23 de la

LOGP, e ilegales los registros practicados en las celdas de los internos –sin autorización del Juez y presencia del Secretario judicial-, aun en los casos de investigación y prevención de actividades delictivas dentro del centro penitenciario, con olvido de que la propia Constitución –cuya vulneración aquí se denuncia– al establecer que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo”, añade expresamente que “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria”, en la que se prevé la práctica de registros, cacheos y requisas (v. art. 68 del Reglamento Penitenciario), disponiéndose expresamente que “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad” (art. 71 del Reglamento Penitenciario).

En todo caso, como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, “si la protección de la inviolabilidad del domicilio es complemento del derecho a la libertad individual, como quiera que precisamente es de este derecho del que se priva al condenado a penas de privación de libertad, es claro que también lo es del correlativo derecho a elegir un espacio limitado para garantizar un ámbito de privacidad (STC de 21 de abril de 1984), imposible de mantener en instituciones penitenciarias donde la privacidad resulta, con escasos momentos de excepción, imposible, y así, aunque se prevé en la legislación penitenciaria que se respete siempre la dignidad de la persona del interno (art. 23 LO Penitenciaria, y 3.º 1 del Reglamento Penitenciario), para la conservación de la seguridad, se prevén también cacheos, requisas, recuentos y la posibilidad de intervenir las comunicaciones orales y escritas (art. 46.1.º y 3.º del Reglamento) y de someter a los internos a observaciones y recuentos (art. 76.1.º y 2.º) y que no estén en celdas individuales (art. 19 L y 15 del Reglamento)”.

## REINCIDENCIA

*Necesidad de consignar los datos básicos de las condenas impuestas en el relato de hechos probados.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Es doctrina muy reiterada de esta Sala (SS de 3 de julio de 1991, 31 de enero y 28 de noviembre de 1992, 8 de febrero, 1 y 22 de abril, 22 de junio y 26 de septiembre de 1994, 27 de enero de 1995, 25 de marzo, 10 de abril, 9 de mayo, 24 de septiembre, 21 y 23 de octubre y 20 de noviembre de 1990, 17 de enero de 1997, etc.), que para la

apreciación de la agravante de reincidencia es necesario que en el hecho probado se consignen, con la necesaria precisión y detalle, los datos necesarios para la valoración de las infracciones anteriores, a los efectos de constatar la concurrencia de los elementos integradores de la agravación y la falta de concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para la cancelación, pues a los efectos de la circunstancia agravante de reincidencia “no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo” (art. 1.º 15.3 del Código Penal 1973), y como mínimo las fechas de las sentencias anteriores condenatorias, la expresión de los delitos objeto de condena y la concreción de las penas impuestas, datos que resultan imprescindibles para poder afirmar la existencia de la agravante.»

## ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

*Local abierto al público. Interpretación de dicho concepto.*

STS de 21 de enero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En los supuestos de casa habitada y edificio público la agravación se aplica cuando el hecho se comete en cualquier momento del día o la noche, dada la mayor peligrosidad que entraña la posible existencia de moradores, en el primer caso, y en el edificio público por la función que en ellos se desarrolla, mientras que en los locales a que se centra ese precepto, y cuya naturaleza aquí se discute, “no se desarrolla una función de especial relevancia pública o social, ni tampoco constituye centro de desarrollo de la intimidad de las personas, por lo que el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo, pero tal riesgo en modo alguno existe fuera de las horas de apertura, de tal modo que la agravación no puede extenderse más allá de esas horas”. En el plano doctrinal, y dentro de lo hasta ahora poco escrito, se llega a esa misma conclusión, cuando se indica que a partir del proyecto de Código Penal de 1992 se sustituyó el concepto de “edificio público” por el absolutamente “injustificable” de “local abierto al público”, que se estimó omnicompreensivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos, en sentido estricto, hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona que en él quiera entrar, añadiéndose que “para intentar buscar una interpretación que no conduzca al absurdo, hemos de separar el concepto de acuerdo con el horario, y, en este

sentido, la voluntad del Código no puede ser otra que durante el tiempo de cierre (ya sucedía así con las viejas casas públicas), sólo puede cometerse el delito de entrada indebida del artículo 204.1 del mismo texto legal, por lo que el único espacio legal que le queda al robo cualificado en locales abiertos al público es el tiempo de apertura de los mismos». En todo caso, y esto creemos que es esencial, si se hiciera una interpretación amplia como pretende el Ministerio Fiscal, el tipo base del robo con fuerza en las cosas (arts. 238 y 240) quedaría casi desprovisto de contenido, pues, si bien nos fijamos, se reduciría prácticamente a los robos de automóviles y poco más, conclusión que no pudo ser querida por el legislador, pues ello significaría convertir la regla general en excepción y, además, en perjuicio del reo.»

## ROBO CON INTIMIDACIÓN

*Uso de armas o instrumentos peligrosos. Posibilidad de aplicar la aminoración de la pena del artículo 243.3 del Código Penal a los supuestos del artículo 247.2.*

STS de 30 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En relación con el problema aquí planteado, tiene declarado esta Sala, en sentencia de 21 de noviembre de 1997, que “el párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal 1995 dispone que ‘en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero de este artículo’. Es de destacar, en primer lugar, que el legislador se refiere a las circunstancias del “hecho” y no del “autor”, por lo que nos encontramos ante supuestos en que ha de apreciarse una disminución de la antijuricidad del acto. Ahora bien, tratándose de un delito pluriofensivo, en que no solamente se atenta contra la integridad o libertad de la víctima... sino también, y primariamente, contra el patrimonio, este menor contenido del injusto no puede valorarse exclusivamente respecto de uno de los bienes jurídicos protegidos sino de ambos, y en consecuencia también han de poder calificarse como de “menor entidad” aquellos supuestos en que la cuantía de lo sustraído sea ínfima, siempre que la violencia o intimidación ejercitadas no revistan tampoco una especial intensidad o gravedad. De modo especial han de considerarse aquellos supuestos en que las propias circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planteamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como sucede en los casos, lamen-

tablemente frecuentes entre jóvenes, en que la intimidación se dirige únicamente a la sustracción de una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero. Sin minimizar la gravedad, es lo cierto que dar a estos supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2.º) por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, implica tratar igualitariamente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad. Es por ello por lo que el legislador, muy razonablemente, palía la notable dureza del tratamiento punitivo de este tipo delictivo, y evita la desproporcionalidad de las penas, atribuyendo al Tribunal la facultad de reducir la penalidad en los supuestos de menor entidad, facultad reconocida por el párrafo tercero del artículo 242 para todos los supuestos de robo con violencia e intimidación en que el Tribunal aprecie la concurrencia de esta “menor entidad”, valorando las circunstancias que la norma señala, sin que queden a priori excluidos los supuestos en que es de aplicación el párrafo segundo, aunque ordinariamente no concurrirá en ellos esa menor entidad... En consecuencia, no cabe excluir absolutamente la apreciación del párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal en los supuestos en que concorra el párrafo segundo, aun cuando sea excepcional. Pues lo contrario conllevaría la aplicación mecanicista y automática, en todo caso, de la importante agravación punitiva prevista en el párrafo segundo, determinando ocasionalmente –como la experiencia demuestra– la obligación de imponer una pena desproporcionada en supuestos en que la mera exhibición de un arma no excluye, valorando el conjunto de las circunstancias del hecho, la menor entidad a que se refiere el párrafo 3.º del mismo artículo.»

## ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION

*Instrumentos peligrosos. Aguja de una jeringuilla.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Se trata de establecer si el objeto empleado puede ser catalogado como peligroso y si fue usado con carácter intimidativo, directamente contra el titular o custodio de los bienes o contra personas que en ese momento le rodeasen. La jurisprudencia de esta Sala viene considerando como instrumentos peligrosos todos aquellos que por su propia naturaleza o por la forma en que pueden ser manejados representan un riesgo potencialmente grave para las personas amenazadas. Todo objeto que pueda ser considerado y utilizado de manera contundente

o incisiva ha sido incluido dentro del género descrito por el legislador y así se ha considerado como tales los martillos, destornilladores, tenedores, ladrillos y jeringuillas.

En el caso presente, el hecho probado no matiza la acción realizada por el acusado pero sí nos dice que esgrimió una jeringuilla y amenazó con ella a una clienta, aunque no llegó a acercarla en ningún momento a su cuerpo. Como señala el Ministerio Fiscal, en el concepto de medios peligrosos han de integrarse todos aquellos, sea cual fuere su naturaleza, susceptibles de producir un mal respecto a la vida o la integridad física, incluso de los de uso inicialmente lícito que, con evidente desviación de su genuina finalidad, se tornan, merced a su torcida aplicación, en incisivos medios agresivos que pueden causar un efectivo temor y representar un potencial peligro para los intimidados. Así como existen instrumentos potencialmente peligrosos que por su configuración y estructura se pueden manejar con soltura y controlar, en cierta medida, sus movimientos, la jeringuilla puede, en cualquier momento incidir sobre cualquier parte del cuerpo de la víctima a nada que se produzca un movimiento instintivo que produzca una reacción agresiva en el sujeto activo.»

## ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

*Instrumentos peligrosos. Objeto punzante no identificado ni descrito.*

STS de 7 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El relato de hechos probados afirma que el acusado atemorizó al taxista con un objeto punzante no identificado que le colocó en el costado derecho. Sostiene que hay una diversidad enorme de objetos punzantes que no encajarían en la previsión normal de armas u otros medios igualmente peligrosos, por lo que era necesario hacer una mayor precisión respecto del objeto utilizado.

La inconcreción y la falta de taxatividad en cuanto al objeto empleado nos coloca ante una situación de incertidumbre que debe ser analizada para determinar si el subtipo agravado que se ha aplicado por la Sala sentenciadora puede ser imputado a la conducta del autor. Desde un punto de vista gramatical, punzante es todo aquello que produce una sensación de pinchazo, por lo que dentro de su concepto se pueden integrar una serie de elementos que, reuniendo estas características, no puedan ser calificados como instrumentos peligrosos. Desde un punto de vista dialéctico podríamos llegar a la conclusión, favorable para el acusado, de que el objeto punzante utilizado

pudo ser un lápiz o incluso un dedo de su propia mano, lo que en ningún momento supuso un peligro grave para el intimidado.

Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala que tanto los hechos imputados como las circunstancias modificativas de la responsabilidad derivadas de la concurrencia de agravantes genéricas o específicas deben estar firmemente probadas, por lo que es exigible que el juzgador describa, con la mayor precisión posible, todos los elementos que podrían configurar la aplicación del subtipo agravado. En caso de duda, como sucede en el supuesto de hecho que estamos examinando, la solución debe decantarse por la eliminación de las consecuencias agravatorias, llevando su conducta hacia otros supuestos menos gravosos para el acusado.

Lo que no se discute, en el caso presente, es que el objeto punzante, al desconocer el sujeto pasivo su verdadera configuración y al concurrir la circunstancia de aislamiento en que se encontraba, han producido un incuestionable efecto intimidante, por lo que la conducta debe ser incardinada en el número 1.º del artículo 242 del vigente Código Penal.»

## S

### SALUD PÚBLICA

*Necesidad de especificar que se trata de una droga gravemente dañosa para la salud.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En efecto, según el hecho probado, las pastillas ocupadas eran de una sustancia estupefaciente denominada Doet (Dimetoxi-etilanfetamina), añadiendo el fundamento jurídico primero que se encuentra en cuarto lugar en la lista 1 (prohibidos), del anexo I del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, señalando a continuación que no se trata de la sustancia conocida popularmente como éxtasis, como señalaba la acusación, pues ésta tiene una composición química diferente. Ahora bien, en ningún apartado, ni fáctico ni jurídico de la sentencia, se hace referencia a que dicha sustancia psicotrópica debe ser incluida entre las que causen grave daño a la salud, pese a lo cual la pena impuesta va más allá de la señalada como básica en el artículo 344,

imponiendo la penalidad correspondiente a la modalidad agravada, sin apoyarla en motivación alguna.

Dado que la sentencia admite expresamente que no se trata de éxtasis, sustancia sobre la que existe una abundante doctrina jurisprudencial, sino de otra sustancia cuyos efectos no son notorios, dicha ausencia de fundamentación –la sentencia ni siquiera expresa, aun sin motivación alguna, que se trate de una sustancia que “cause grave daño a la salud”, obviando totalmente dicha cuestión– impide acoger la modalidad típica más perjudicial para el reo, debiendo estimarse el recurso en este aspecto.

No procede, sin embargo, estimarlo en su totalidad, pues no cabe dudar de que nos encontramos ante una sustancia psicotrópica ilegal, como señala la sentencia impugnada, incluíble en el objeto material del delito sancionado en el artículo 344 del Código Penal 1973, tanto desde la perspectiva de los Convenios internacionales de los que España es parte como desde la perspectiva de un concepto penal autónomo de droga, acorde con el bien jurídico protegido, al tratarse de una sustancia psicotrópica subsumible en una de las categorías expresamente recogidas en el tipo.»

## SALUD PÚBLICA

*Fármacos psicotrópicos. Rophinol. No causa grave daño a la salud.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Ahora bien, aprovechando el impulso impugnativo, debemos entrar en el análisis del hecho probado en cuanto a la naturaleza de las sustancias ocupadas y su mayor o menor repercusión sobre la salud de los consumidores. Entre los diversos productos encontrados se encuentra un conocido fármaco, –el Rophinol–, cuya producción está legalmente autorizada y controlada por las autoridades sanitarias y, además, unos gramos de hachís y comprimidos de anfetaminas.

El Rophinol es el nombre comercial del principio activo flunitrazepam, conteniendo cada comprimido 2 miligramos de dicho principio activo, al igual que las ampollas. Se trata de una benzodiacepina de acción intermedia. Se utiliza principalmente como hipnótico, aunque también como ansiolítico. Se ha llegado a utilizar como inductor anestésico, aunque hoy está en desuso.

Las benzodiacepinas son fármacos con un amplio margen terapéutico, de modo que pueden administrarse aún a dosis superiores a las terapéuticas con una relativa seguridad. De este modo, es difícil alcan-

zar dosis tóxicas que supongan un gran peligro para la vida del intoxicado, siempre y cuando la intoxicación se haya producido sólo por benzodicepinas. La literatura mundial apenas si recoge casos de fallecimientos tras la ingesta o administración por cualquier vía de benzodicepinas, si bien es frecuente encontrarlas asociadas a muertes en las que se produjo una ingesta de otros fármacos depresores del sistema nervioso central. En el caso del flunitrazepam existe la posibilidad de muerte debido a la ingesta de flunitrazepam solo, no acompañado de otras sustancias, estando descrito un fallecimiento con una dosis de 28 miligramos, equivalente a catorce comprimidos.

Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales (antidepresivos, neurolépticos, barbitúricos, etc.).

La existencia de tolerancia a las benzodicepinas es un hecho que se fundamenta sobre la constancia experimental de cambios en la sensibilidad receptorial del receptor Bz-GABA tras la administración crónica de estos fármacos. Junto a ello se postula la posibilidad de la participación de ligandos endógenos Bz-like, cuya síntesis sería inhibida por la administración repetida de benzodicepinas y cuya ausencia sería la causa de la aparición del síndrome de abstinencia tras la supresión del tratamiento.

Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodicepinas son, hasta cierto punto, parecidos a los que pueden presentarse en idénticas circunstancias con los barbitúricos o el alcohol etílico, aunque existen ciertas diferencias que los individualizan. Así se ha podido comprobar un ligero efecto euforizante que no suele aparecer con el abuso de barbitúricos o etanol. La dependencia que provocan las benzodicepinas es, sin embargo, parecida a la que produce la nicotina.

En un estudio comparativo entre pacientes dependientes a las benzodicepinas y un grupo de pacientes con síntomas de ansiedad aguda se comprobó que no existía diferencia significativa en los test de función psicomotora entre los dos grupos, pero que los dependientes presentaban, sin embargo, una mayor sensación de tranquilidad. Con todos estos antecedentes se llega a la conclusión de que el fármaco Rophinol, consumido en la fórmula autorizada por las autoridades sanitarias, es un psicotrópico que no causa un grave daño a la salud.

El hachís es notoriamente conocido como un derivado del *cannabis* que no causa grave daño a la salud. También se ocuparon 90 miligramos de anfetaminas y 18 comprimidos de metaliendoioxianfetamina, cuya composición, al no estar autorizada su comercialización farma-

céutica, debe constar en cada caso para poder apreciar si por el porcentaje de compuestos anfetamínicos ofrece o no un grave riesgo para el que consume el producto concreto que es objeto de imputación. Al carecer de este dato tenemos que llegar a la conclusión, favorable al reo, de que nos encontramos solamente ante sustancias que no causan grave daño a la salud, por lo que su tipificación debe encajarse en el apartado correspondiente del anterior artículo 344 del Código Penal, que estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos.»

## SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA

*Paquete postal: entrega controlada.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Para centrar el debate y examinar las pretensiones del recurrente, es necesario analizar la forma y circunstancias en que se produjo la operación policial. Según se desprende de las actuaciones y se hace constar en el relato de hechos probados, la Brigada de la Policía Judicial de Madrid (Área de Estupefacientes) centra sus sospechas sobre un paquete postal procedente de Colombia y con destino a Valencia. No existe constancia en las diligencias judiciales de que los funcionarios de Policía procediesen a la apertura del paquete, limitándose a poner en conocimiento de la Jefatura Superior de Valencia sus sospechas y la dirección a la que iba destinado el envío postal que tenía el formato de revista.

Como puede apreciarse por lo anteriormente expuesto no ha existido ninguna irregularidad ni nos encontramos ante un supuesto de delito provocado, ya que todas las actuaciones policiales estaban encaminadas a descubrir la identidad de las personas que se habían concertado con el remitente para retirar el envío postal y apoderarse de la droga.

Tampoco estamos ante una vulneración de las normas que rigen la entrega controlada, ya que las previsiones del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan dos supuestos distintos. Uno, es el caso de que se disponga de constancia fehaciente de la presencia de drogas en el paquete, porque se ha procedido a su apertura, y otro distinto, aquél en que sólo se dispone de sospechas sobre su existencia.

En el primer caso, la apertura previa para la comprobación del contenido sólo puede realizarse por el Juez de Instrucción o en algunos sistemas procesales, como el alemán, por el Ministerio Fiscal. La decisión de permitir la circulación y la entrega vigilada suele ir acom-

pañada, en estos casos, de la sustitución total o parcial, de las drogas por sustancias inocuas.

Cuando solamente se tienen sospechas del contenido de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y no existe un procedimiento judicial abierto, la propia Policía Judicial puede decidir que los paquetes o bultos sigan su circulación hasta su punto de destino con objeto de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito. Esto es lo que ha sucedido en el caso presente, por lo que la actuación policial se ha ajustado en todo a las previsiones legales, si bien no consta en las actuaciones que se diera cuenta a la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, defecto formal que en nada afecta a la validez y eficacia de la actuación policial y a la virtualidad probatoria del descubrimiento efectivo de la sustancia estupefaciente, si bien hubiera sido deseable que se hubiera cumplimentado este trámite.

Cumplidas las previsiones legales, el paquete llega a sus destinatarios, momento en que entran en juego las disposiciones establecidas para la detención, apertura y examen de la correspondencia previstas en los artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de este momento, la apertura se lleva a efecto con estrecho respeto a las disposiciones legales, ya que intervino la autoridad judicial a cuya presencia fue abierto el paquete con la asistencia de los interesados, que no eran otros que los detenidos. Comprobada la existencia de la droga, cuyo peso, naturaleza y precio en el mercado aparece reflejado en el hecho probado, se inician las actuaciones judiciales.»

## T

### TESTIGOS PROTEGIDOS

*Obligación de la autoridad judicial y de la acusación de procurar su presencia en el juicio oral.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«La jurisprudencia de esta Sala ha establecido claramente que la facultad de continuar el juicio oral ante la incomparecencia de testigos debe ser ejercida con los Tribunales con respeto del derecho fundamental de los acusados y sus defensores de interrogar y repreguntar

a los testigos de cargo y de descargo. A tales fines, el aseguramiento de la prueba que sirve de base a la acusación, de tal manera que ésta pueda ser practicada en el juicio oral, es una carga procesal que corresponde a la acusación. Por lo tanto, en la medida en la que en este caso ni la acusación ni el Juez de Instrucción han tomado ninguna medida que hubiera permitido a la primera disponer de la prueba en el juicio, resulta claro que las consecuencias de tal omisión no pueden ser saldadas con la pérdida del derecho fundamental del acusado a que el Tribunal oiga directamente la respuesta de los testigos a sus preguntas.

A ello es preciso agregar que en el presente caso los testigos no hallados eran testigos protegidos en los términos de la LO 19/1994 y que, por lo tanto, sus datos no eran conocidos a la defensa, cualquiera haya sido el acierto al aplicar la mencionada Ley en un caso como el presente, lo cierto es que era cometido de la autoridad judicial y de la acusación mantener adecuadamente la información sobre el paradero de testigos que se sospechaba podían desaparecer. Si así se hubiera procedido se hubiera tenido información de su paradero, de su posible expulsión del país y, en todo caso, se hubiera podido anticipar su declaración ante la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial.

Por otra parte, de los autos no surge que la búsqueda de los testigos haya sido suficiente. En efecto, en el oficio de 13 de marzo de 1997, la Guardia Civil afirmó que varios testigos habían sido expulsados del territorio nacional, pero no dijo cuáles ni expresó qué datos referentes a los domicilios de las mismas tenía la Policía Judicial. Tampoco se hizo el intento de citación de las testigos en los domicilios de los que se tenía constancia, sino que las testigos fueron buscadas en clubes de alterne.»

## V

### VIOLACIÓN

#### *Delito continuado.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Aunque, como ya hemos recordado, los atentados violentos contra la libertad sexual no pueden constituir, en principio, un único delito continuado, la jurisprudencia de esta Sala no ha dejado de

admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre –así, en la S de 22 de octubre de 1992, que cita las de 17 de julio de 1990 y 18 de diciembre de 1991– en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. Desde este punto de vista, es correcto calificar como delitos distintos grupos de hechos materialmente diversos, cometidos en períodos de tiempo sucesivos suficientemente concretados, aunque todos ellos puedan subsumirse en el mismo tipo de atentado contra la libertad sexual: las penetraciones bucales –varias y no una sola como equivocadamente entiende el Ministerio Fiscal– descritas en el apartado C) de la declaración probada, las penetraciones anales incompletas por la desproporción de los órganos sexuales de los sujetos activo y pasivo a que se alude en el apartado D) y las penetraciones anales completas referidas en el apartado E). Y no deja de ser razonable admitir la existencia de un delito continuado en cada uno de los mencionados apartados, habida cuenta de la homogeneidad de los hechos que en ellos se describen y la absoluta imposibilidad de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron. Parece más acorde con la realidad de los hechos, por una parte, y más respetuoso con el principio *pro reo*, por otra, agrupar la totalidad de los hechos según su estructura material y objetiva gravedad, y comprender cada uno de los grupos bajo la tipicidad genérica del delito continuado, que aventurar la presencia en cada uno de ellos de dos o tres delitos aunque el número vaya acompañado de la inevitablemente dubitativa expresión “al menos”.»