

**PANORAMA JURISPRUDENCIAL:
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y TRIBUNAL SUPREMO**

MANUEL JAÉN VALLEJO
*Profesor Titular de Derecho penal y
Letrado del Tribunal Supremo*

**I
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Las Sentencias publicadas en el B.O.E. en el **tercer cuatrimestre de 2005**, recaídas en asuntos de naturaleza penal, son las siguientes:

— **Sentencia 217/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso al recurso penal; inadmisión de recurso de apelación penal por falta de representación del Abogado de oficio que lo interpuso, sin hacer posible su subsanación, que vulnera el derecho fundamental.

— **Sentencia 224/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la ser informado de la acusación: sentencia que condena por hechos expuestos en la denuncia, pero que no habían sido objeto de acusación en la causa penal.

— **Sentencia 227/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso al recurso legal; devolución de un escrito, por parte de un Presidente de Audiencia, que carece de cobertura en la legislación procesal e implica la privación irrazonable de un recurso de queja. STC 114/2004.

— **Sentencia 229/2005.** Otorga el amparo. Derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia; condena pronunciada en apelación, tras haber celebrado vista pública sin practicar pruebas (SSTC 167/2002 y 186/2005).

— **Sentencia 230/2005.** Deniega el amparo. Derechos a la igualdad ante la ley, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva: derecho a la indemnización del cónyuge de la víctima superviviente de un accidente de tráfico; aplicación temporal de los baremos legales (Ley 30/1995).

— **Sentencia 231/2005.** Deniega el amparo. Derechos a la igualdad ante la ley, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva: cuantía de la indemnización, en aplicación de los baremos legales, por ayuda de tercera persona y lucro cesante consecuencia de la muerte causada en accidente de tráfico (SSTC 181/2000 y 42/2003); derecho a indemnización de la hermana minusválida de la víctima (STC 190/2005).

— **Sentencia 233/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la intimidad personal: inspección tributaria sobre los movimientos de una cuenta bancaria, que no vulnera el derecho fundamental. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la presunción de inocencia: prueba de indicios; prueba de los incrementos patrimoniales no justificados. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; dilaciones indebidas en proceso fenecido.

— **Sentencia 235/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: derecho a utilizar los recursos establecidos por la ley.

— **Sentencia 236/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; sentencia de apelación que no motiva la desestimación del recurso sobre concurrencia de culpas ni la asignación de la indemnización a la segunda esposa del hijo de la fallecida.

— **Sentencia 237/2005.** Otorga el amparo. **CASO «RIGOBERTA MENCHU».** Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a la justicia penal; principio *pro actione*; jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal. **ANULA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25-2-2003 (Rec. de cas. 803/2001).**

— **Sentencia 240/2005.** Deniega el amparo formulado frente al Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27-7-2000 que denegó la interposición de un recurso de revisión. Derecho a un proceso con todas las garantías: derecho al juez imparcial; participación de Magistrado que conoció de la casación sin tacha de parcialidad. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa: denegación de prueba motivada; recurso de revisión penal denegado tras STEDH que es hecho nuevo; **interpretación del T.S. sobre el art. 954.4 LECrim. que se considera por el T.C. constitucionalmente inaceptable.** Derecho a la tutela judicial efectiva: denegación de acceso al recurso de revisión que no vulnera el derecho fundamental. Derecho a la presunción de inocencia: condena fundada en prueba de cargo independiente de la ilícita.

— **Sentencia 245/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: presupuestos para que la equivocación del órgano jurisdiccional adquiera relevancia constitucional; Sentencia de apelación que incurre en error patente acerca de la existencia de antecedentes penales del reo, con vulneración del derecho fundamental.

— **Sentencia 247/2005.** Otorga el amparo. Derecho a ser informado de la acusación: condena penal en casación por posesión de hachís, mencionada en los hechos declarados probados, tras haber sido acusado por venta y posesión de cocaína que vulnera el derecho fundamental. **DECLARA LA NULIDAD PARCIAL DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1466/2002, DE 11-9, Y LA NULIDAD DE LA SEGUNDA SENTENCIA.**

— **Sentencia 249/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: prohibición de incurrir en *bis in idem*; prohibición de la *reformatio in peius*; condena a una persona que había sido absuelta en sentencia antes en la misma causa y no impugnada por ninguna parte acusadora, que vulnera el derecho fundamental.

— **Sentencia 251/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: revocación en grado de apelación a un solo efecto del beneficio de suspensión de la ejecución de pena, que es irrazonable a partir del canon reforzado exigible cuando el derecho a la tutela judicial efectiva entra en relación con el derecho a la libertad personal.

— **Sentencia 254/2005.** Desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Logroño en relación con el párrafo 2 del art. 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. STC 181/2000.

— **Sentencia 255/2005.** Desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Logroño en relación con el párrafo 2 del art. 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. SSTC 181/2000 y 254/2005.

— **Sentencia 256/2005.** Desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Logroño en relación con el párrafo 2 del art. 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehícu-

los a motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. SSTC 181/2000 y 254/2005.

— **Sentencia 257/2005.** Deniega el amparo. Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva: derecho a indemnización del cónyuge de la víctima según los baremos legales, que no vulnera ninguno de estos derechos fundamentales. SSTC 181/2000 y 190/2005.

— **Sentencia 258/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: cuantía de la indemnización, en aplicación de los baremos legales, por ser fiadores de préstamos personales de los fallecidos en accidente de tráfico. STC 181/2000.

— **Sentencia 259/2005.** Otorga el amparo. Voto particular. Derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías: intervención telefónica autorizada mediante Auto mal motivado y no comunicado al Fiscal; registro de domicilio y de vehículo realizados en ausencia de los interesados pero que no causan indefensión; sentencias que no enjuician la conexión de antijuricidad de pruebas tachadas de ilícitas. **ANULA PARCIALMENTE LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO NUM. 672/2001, de 11-4, EN LO QUE SE REFIERE A LA CONDENA DE LOS RECURRENTES COMO AUTORES DE UN DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA.**

— **Sentencia 261/2005.** Otorga el amparo. Derecho al secreto de las comunicaciones: intervención telefónica autorizada y prorrogada mediante Autos mal motivados, que vulneran el derecho fundamental. Derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: prueba de cargo independiente de la ilícita, que permite sustentar legítimamente la condena de los recurrentes.

— **Sentencia 263/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la presunción de inocencia: prueba indiciaria; razonabilidad del juicio de inferencia; condena fundada en prueba indiciaria suficiente sobre pertenencia a grupo terrorista, falsificación de documentos y tenencia de armas. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes: doctrina constitucional; denegación de prueba sobre indulto en un país extranjero y principio de territorialidad. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: falta de viabilidad en sede constitucional, por falta de objeto, de la queja de dilaciones indebidas, una vez que el proceso ya ha finalizado.

— **Sentencia 266/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la libertad de información: requisito de la veracidad; adecuada ponderación por el órgano jurisdiccional de los derechos fundamentales enfrentados (derecho a la libertad de información y derecho al honor); condena penal por criticar a un funcionario en un boletín de partido político mendazmente.

— **Sentencia 267/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la presunción de inocencia: alcance; su extensión a todos los elementos, objetivos y subjetivos, del delito; condena pronunciada en apelación, tras haber celebrado vista pública sin practicar pruebas. SSTC 167/2002 y 186/2005.

— **Sentencia 270/2005.** Otorga el amparo. **DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO PENITENCIARIO.** Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a los recursos legalmente establecidos; devolución de un escrito, por parte de un Presidente de Audiencia, que carece de cobertura en la legislación procesal e implica la privación irrazonable de un recurso de queja.

— **Sentencia 271/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública (SSTC 167 y 170/2002), pero fundada en prueba documental contradictoria, que vulnera el derecho fundamental.

— **Sentencia 272/2005.** Deniega el amparo. Derecho a un proceso con todas las garantías: condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública (SSTC 167 y 170/2002), al basarse el órgano *ad quem*, no en una nueva valoración de medios probatorios que exigieran su presencia, sino en un cambio de valoración de prueba documental.

— **Sentencia 274/2005.** Deniega el amparo. Derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: derecho a indemnización de los hermanos mayores de edad de una persona fallecida en accidente de tráfico según los baremos legales. STC 190/2005.

— **Sentencia 277/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: sentencia motivada por remisión al baremo y no irrazonable, cuyo error sobre la edad deviene del fallo de instancia sin impugnación del interesado.

— **Sentencia 278/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la libertad de expresión: distinción entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información; la libertad de expresión como causa excluyente de la antijuricidad en los delitos contra el honor; condena penal a un alcalde por realizar declaraciones sobre un tema de interés público, como son las obras de una carretera, pero vejando al comandante de la guardia civil.

— **Sentencia 280/2005.** Otorga el amparo. Derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena fundada en prueba testifical dada por reproducida en juicio oral que vulnera los dos derechos fundamentales.

— **Sentencia 282/2005.** Otorga el amparo. Derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública, que vulnera los dos derechos fundamentales. STC 167/2002.

— **Sentencia 285/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva: desestimación de recurso contra sentencia absolutoria en virtud de los límites legales a la práctica de prueba en grado de apelación, que vulnera el derecho fundamental; alcance de la audiencia del acusado en apelación (STC 167/2002).

— **Sentencia 286/2005.** Otorga el amparo. Derecho a la presunción de inocencia: doctrina constitucional sobre la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia; condena fundada en declaraciones de unos coimputados no corroboradas. **ANULA LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 879/2002, DE 13-6 (Rec. de cas. 669/2002).**

— **Sentencia 292/2005.** Otorga el amparo. Sentencia del Pleno. **DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN.** Derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: principio de legalidad extradicional (art. 13.3 CE); extradición de nacional español en virtud de norma no publicada oficialmente en España, que vulnera ambos derechos fundamentales (STC 141/1998).

— **Sentencia 296/2005.** Deniega el amparo. Derecho a un proceso con garantías, a la libertad religiosa y a la presunción de inocencia: condena penal que puede ser dictada en apelación sin recurso ulterior (STC 4/1998); persecución religiosa temida y no probada a testigos de Jehová en Cuba; prueba de cargo indiciaria de la participación en la falsificación de pasaporte.

— **Sentencia 299/2005.** Deniega el amparo. **DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO PENITENCIARIO.** Derechos a la tutela judicial efectiva (motivación) y a la prueba: denegación de permiso de salida a una reclusa que es razonada y que está desconectada de los fines de la instrucción. Denegación de analítica que no era decisiva.

— **Sentencia 300/2005.** Deniega el amparo. Derecho a la presunción de inocencia: prueba de indicios.

— **Sentencia 303/2005.** Deniega el amparo. Sentencia del Pleno. **Procedimiento de *habeas corpus*:** garantía del derecho a la libertad; doctrina sobre su vulneración por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación; inadmisión razonada de la petición presentada por una extranjera respecto a una privación de libertad que había sido acordada judicialmente en un procedimiento de internamiento con audiencia de persona.

En el tercer cuatrimestre de 2005 es de destacar la Sentencia recaída en el conocido caso de «Rigoberta Menchú», sobre la que se ofrece el siguiente resumen.

• **Sentencia 237/2005**, de 26 de septiembre (B.O.E. núm. 258, de 28 de octubre). Sala Segunda. Recursos de amparo 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003 (acumulados). Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo. **CASO «RIGOBERTA MENCHU»**. **ANULA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25-2-2003 (Rec. de Cas. 803/2001)**.

I

Cuestión planteada

Ante el Tribunal Constitucional se plantearon diversas demandas de amparo dirigidas contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, así como contra esta última resolución, en las que, básicamente, se cuestionaba la interpretación restrictiva efectuada por ambos órganos judiciales sobre el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de jurisdicción universal, negando la competencia de los Tribunales españoles, con el alcance pretendido por los denunciantes, para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias formuladas, hechos calificados en las mismas como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta.

La S.T.C. 237/2005 examina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción, que es por la que aquélla otorga el amparo.

II

Doctrina aplicada

• **DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**
(art. 24.1 C.E.).

* **Acceso a la justicia penal; principio *pro actione*; jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal.**

— **El deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano ju-**

dicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

- Aun cuando la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituya, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, a este Tribunal le corresponderá revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y, además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican.
- La L.O.P.J. instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial.
- Lo anterior no implica que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico.
- Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.2 C.E.

III Comentario

1. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero (recurso de casación núm. 803/2001), conocida comúnmente como la sentencia del caso del «Genocidio de Guatemala» o también como la del caso «Rigoberta Menchú», dictada por el Pleno de la Sala, anulada por esta S.T.C., había estimado (parcialmente) el recurso de casación, afirmando que el principio de jurisdicción o justicia universal, previsto en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debía interpretarse de modo armónico con los principios del Derecho internacional público y, especialmente, con lo dispuesto en los Tratados en los que España es parte.

La Sentencia del T.S. anulada había llevado a cabo una interpretación, ciertamente restrictiva, del principio de justicia universal, pero a mi juicio adecuada y exigida precisamente por el carácter excepcional de este principio en materia de derecho internacional penal, dado que el mismo supone una innegable injerencia o invasión por parte de un Juez o Tribunal en el espacio judicial de otro país soberano, que, para evitar fricciones entre los Estados y en las relaciones internacionales, debe tener su cauce en el marco de los acuerdos internacionales —como el que ha dado lugar a la creación de un Tribunal Penal Internacional (1)—, en los que se deben establecer las reglas pertinentes para la consagración de una justicia universal, en especial en delitos como aquellos a los que se refería este caso, esto es, genocidio, terrorismo y torturas. La Sentencia, pues, vino a racionalizar satisfactoriamente la aplicación del principio de justicia universal.

En el Voto particular, en cambio, de dicha Sentencia del Tribunal Supremo se discrepaba de la resolución dictada, por estimarse que mantiene una doctrina que se califica de «excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de justicia universal», y que no respeta «lo establecido por el legislador para la persecución penal extraordinaria del delito de genocidio en el art. 23.4.º a) de la L.O.P.J.». Argumentos ambos que son los que sustentan también la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 considera que tanto la interpretación de la Audiencia Nacional como la del

(1) El Instrumento de Ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, ha sido publicado en el B.O.E. de 27 de mayo de 2002.

Tribunal Supremo sobre la regla de atribución de competencia del art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial (2) es «abiertamente restrictiva», «con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas».

La Sentencia dice que tanto desde una «interpretación apegada al sentido literal del precepto, ... como también desde la *voluntas legislatoris*», hay que concluir que la LOPJ instaura «un principio de jurisdicción universal absoluto», aunque reconoce al mismo tiempo que su exégesis puede permitir «ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación», tomando en cuenta siempre la distinción entre una interpretación estricta o restrictiva y lo que sería ya una reducción teleológica de la ley, «caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico», reducción teleológica que, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, «se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE», hipótesis esta última que es la que se aprecia en la Sentencia.

3. A pesar de que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada ofrecía una interpretación razonable sobre el alcance que debía darse al reconocimiento, ciertamente amplio, del principio de justicia universal, señalando la necesidad de que dicha interpretación tomara en cuenta los principios del derecho internacional público, concretamente los Tratados en los que España es parte, pues al fin y al cabo, salvo el principio de territorialidad, todos los demás principios de atribución de competencia tienen, por su propia naturaleza, carácter excepcional, la Sentencia del Tribunal

(2) «Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronave. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España». El último párrafo señala que es de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2, que establece un requisito negativo para que se pueda afirmar la competencia a favor de la jurisdicción española: «Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Constitucional dice que tal interpretación del Tribunal Supremo es «en extremo rigorista» y «carente de sostén argumental».

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que la falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre Genocidio (3) para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el espíritu de dicho Convenio, cuando, en realidad, lo que supone este Convenio no es otra cosa sino el reconocimiento por las partes contratantes de que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar en sus legislaciones, arbitrando al mismo tiempo tanto la competencia para el enjuiciamiento a favor de la jurisdicción del territorio, como a favor de una corte penal internacional. Por ello, el art. 6.º dispone que «las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». La competencia, pues, a favor de la jurisdicción del lugar y, en su caso, de un tribunal internacional, está perfectamente determinada.

Y tampoco hay ninguna disposición en el Convenio que imponga la persecución universal del genocidio, que, como lo entiende razonablemente la Sentencia (anulada) del Tribunal Supremo, sólo debería ser posible cuando dicho principio estuviera establecido en algún convenio o tratado internacional, o bien cuando, aun no concurriendo esta última circunstancia, exista un punto de conexión directo con intereses nacionales; por ejemplo, en el caso de España, que los presuntos culpables se encontraran en territorio español y España hubiera denegado su extradición, que las víctimas fueran españolas, o se hayan visto afectados «otros intereses españoles relevantes».

La razón que daba el Tribunal Supremo no puede ser más consistente: «la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. Sin duda existe un consenso

(3) Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de España de 13 de septiembre de 1968, publicado en el BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, habiendo recurrido, por el contrario, a otras soluciones».

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional, con cita del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, critica los precedentes mencionados por ésta a favor de su tesis, porque «las resoluciones alemanas citadas no representan el *status quaestionis* en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias)».

Pues bien, este argumento ya ha sido contestado desde la propia Sala de lo Penal, señalando que dicha Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de diciembre de 2000 no ha cuestionado en absoluto los elementos referidos a la conexión legitimante con el territorio del Estado alemán, insistiendo en las dos condiciones para justificar la aplicación del § 6.1 StGB, similar a nuestro art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, que no hubiera una prohibición de intervención del derecho internacional y que existiera un punto de conexión legitimante a favor del Estado, afirmadas en la resolución del Tribunal Supremo alemán 13 de febrero de 1994, que posteriormente ha sido reiterada en Sentencias del mismo Tribunal de 30 de abril de 1999 (BGHSt 45, p. 68) y de 21 de febrero de 2001 (BGHSt 46, 292), también referidas a los delitos de genocidio cometidos en Bosnia-Herzegovina.

De la misma falta de consistencia adolece también la afirmación hecha por el Tribunal Constitucional en el sentido de que «existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia». La Sentencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, sólo cita cuatro precedentes, de los que tres, al menos, avalan precisamente la postura del Tribunal Supremo, es decir, lo contrario de lo que se pretende demostrar.

Así, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que esta última Sentencia «cita la resolución del Tribunal Supremo Federal de 13 de febrero de 1994 y, sin embargo, no hace mención alguna del art. 6 del CP alemán ni al Código de Crímenes contra el Dere-

cho Internacional de 26 de junio de 2002 (...), en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte), incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania», y lo cierto es que esto último sólo tendrá lugar en aquellos casos en que la Fiscalía no renuncie a la persecución de los delitos del derecho penal internacional, lo que tendrá lugar cuando: 1, no exista ninguna sospecha contra un alemán; 2, el hecho no haya sido cometido contra un alemán; 3, no se encuentre en el territorio del Estado ninguno de los sospechosos o sea de esperar que se encuentre en el mismo; y 4, cuando el hecho es perseguido por un tribunal internacional o por un Estado en cuyo territorio se cometió el hecho, cuyos nacionales sean sospechosos del hecho o hayan sido lesionados por el hecho (§ 153 f StPO). Por tanto, es evidente que el vigente derecho alemán, con buen criterio, ha racionalizado el principio de justicia universal, a través de la introducción de un nuevo supuesto especial del principio de oportunidad en la StPO, vinculando la aplicación de aquel principio a los criterios de conexión mencionados, algo sobre lo que nada dice la Sentencia del Tribunal Constitucional, y que le hubiera permitido, sin duda, una mejor comprensión del criterio sostenido por el Tribunal Supremo.

Como dice este último Tribunal en su nota a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no es cierto que en el derecho alemán vigente el delito de genocidio se perseguirá aunque el hecho no tenga relación alguna con Alemania, pues el correctivo ha sido introducido por la vía del principio de oportunidad.

En cuanto a los códigos penales italiano y danés, también su cita por la Sentencia del Tribunal Constitucional es desafortunada. En efecto, aunque uno y otro se señalan por dicho Tribunal como ejemplos de reconocimiento del principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, lo cierto es que ello no es del todo cierto. El Código penal italiano, en su art. 7, simplemente señala que será punible según la ley italiana el ciudadano o extranjero que cometa alguno de los siguientes delitos en territorio extranjero: «5. Todo otro delito para el cual se establezcan por especiales disposiciones legales o convenciones internacionales la aplicabilidad de la ley italiana». Luego, no se establece el principio de universalidad con la pretendida extensión que afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional. Y lo mismo ocurre con el Código penal danés, que en el artículo 8.6 al que se refiere dicha Sentencia, se afirma que «bajo la ley danesa estarán además los hechos cometidos en el extranjero sin consideración de la nacio-

nalidad o del domicilio del autor: (...) Si ha sido denegada la extradición para su persecución penal en otro Estado y el hecho, en tanto se haya cometido dentro de un territorio soberano reconocido por el derecho internacional, sea punible según las leyes allí vigentes y en el derecho danés tenga prevista pena de más de un año de prisión». Luego este artículo, al mencionar la posibilidad de la extradición, es claro que tampoco admite con la pretendida amplitud el principio de justicia universal.

Más claro aún es el caso belga, que según la Sentencia del Tribunal Constitucional es otro ejemplo más de reconocimiento del principio de jurisdicción universal, sin vinculación a intereses nacionales, cuando lo cierto es que más bien es lo contrario, esto es, es un ejemplo de reconocimiento de aquel principio, pero condicionado, según la reforma de 2003 operada en el código procesal, al ejercicio de la acción pública por el Procurador federal. Concretamente, esta reforma ha afectado a la ley belga de 16 de julio de 1993, reformada a su vez por la ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, que menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional, introduciendo el art. 144 ter del *Code judiciaire*, a cuyo tenor, «*pour les infractions visées au livre II, titre I bis, du Code pénal, Seul le procureur federal exerce l'action publique*».

El amplio reconocimiento de la jurisdicción universal en Bélgica, que llevó a la presentación de querellas criminales en este país contra ciudadanos de numerosos países, incluso residentes en el extranjero, y entre los que se encontraban jefes y ex jefes de Estado, como el primer ministro israelí Ariel Sharon, el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Arafat, Fidel Castro, e incluso el mismo presidente estadounidense Bush y otros altos cargos de esta administración, ha puesto la necesidad de introducir un filtro limitador que racionalice la aplicación de aquel principio. Otra solución llevaría a consecuencias que difícilmente se pueden asumir en el marco de una jurisdicción nacional.

Ello ha originado, sin duda, la incompreensión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 y que haya sido objeto de amplias críticas en la prensa, poniéndose de manifiesto el «complicado efecto práctico de la sentencia del Tribunal Constitucional» (4).

(4) Artículo de Jesús Zarzalejos Nieto titulado «Jueces como Dioses», en diario *ABC*, de 14 de octubre de 2005. Se llegó incluso a afirmar, sin duda injustamente, la incompetencia del Tribunal Constitucional, «al distorsionar las leyes penales de los países que se citan «para justificar su polémica decisión»: artículo editorial del diario *El Mundo*, titulado «El Constitucional se equivoca», de 12 de octubre de 2005.

5. Precisamente, esos efectos prácticos que el Tribunal Supremo quiso evitar son los que ha tenido que abordar el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional reunido después de la Sentencia del Tribunal Constitucional para evitar la posible avalancha de asuntos que podría derivar de esta última y que amenazaría el correcto funcionamiento de la Audiencia.

En ese Pleno, de 3 noviembre de 2005, se señala, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, que el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de alguno de los delitos allí previstos, cualquiera que fuera el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o víctima, pues «no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo», y que, por tanto, es preciso hacer las siguientes verificaciones: 1, examen de oficio de la propia jurisdicción; 2, concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno, del que forman parte los tratados y convenios internacionales por España, que se aplican con preferencia a la ley interna; 3, en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito y de los Tribunales Internacionales, «debería constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional (...); 4, concurriendo los anteriores requisitos, añade el acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que «deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción, salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos».

II SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) SENTENCIAS

- *Sentencia núm. 1.505/2005, Recurso de casación 788/2004. Ponente: Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Estima el recurso. DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA (art. 305 CP): delito de infracción de deber.*

Esta S.T.S. resulta altamente interesante, especialmente a partir de la desafortunada S.T.C. 120/2005, que directamente entró a interpretar el tipo penal del art. 305 C.P., señalando que el fraude de ley tributaria no permite afirmar el fraude penal previsto en aquel precepto penal.

En esta S.T.S. se afirma que el delito fiscal, en su modalidad de elusión del pago de tributos, es un **delito de infracción de deber: del deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos.**

Se refiere entonces a la cuestión sobre si el delito se comete con el mero impago o si exige, además, la ocultación. Pues bien, luego de referirse a algunos precedentes sobre la materia, señala la Sentencia que **lo trascendente en el delito fiscal no es el impago, sino la ocultación del deber de pagar**, de tal forma que «la ausencia de declaración es relevante sólo en cuanto oculta ese dato».

Este entendimiento del tipo objetivo del art. 305 C.P, dice la S.T.S., en el que se sanciona al que por acción u omisión «defraude a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos», pone de manifiesto que «es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina», es decir, de la realidad tributariamente relevante.

De todos modos, añade la Sentencia que «normalmente la omisión de la declaración supone la ocultación dolosa del hecho imponible, y la declaración presentada falseando los datos implica una ocultación de las características de aquél que dan lugar a la deuda, tratándose de conductas equiparables», razón por la que, «en principio, una vez finalizado el plazo para la declaración voluntaria en los tributos periódicos con autoliquidación, sin que se haya presentado ésta, el delito se considera consumado, bastando en esos casos con la mera omisión, puesto que es interpretada y valorada razonablemente como una conducta suficientemente idónea para la elusión del pago del impuesto en cuanto supone la ocultación de la misma existencia del hecho imponible o de sus características (...)».

Sin embargo, en el caso concreto, la conducta de los acusados, «aunque formalmente haya consistido en la omisión de una declaración debida y en el consiguiente impago en tiempo, y aunque en el ámbito tributario pudiera discutirse la pertinencia de las correspondientes sanciones o recargos, no puede valorarse como una ocultación del hecho imponible o de sus características, dado que fueron requeridos antes de que finalizara el plazo para aportar la documentación relativa a dicho hecho imponible en unas actuaciones de investigación sobre el mismo, y además comparecieron aportándola, ... En realidad, la inexistencia de una liquidación temporánea sobre esos hechos imponibles en el caso actual no se ha debido a la acción de los acusados sino a la deficiente y tardía actuación administrativa».

Por tanto, la S.T.S. estima el recurso de casación, dictando una segunda sentencia absolutoria de los delitos contra la Hacienda Pública por los que se había condenado a los recurrentes.

- ***Sentencia núm. 1339/2005, de 12-10. Recurso de casación 577/2004P. Ponente: Magistrado D. Siro Fco. García Pérez. Desestima el recurso. DELITO DE HOMICIDIO (art. 138 C.P.): imputación objetiva; concurrencia de riesgos; dolo eventual.***

Según los hechos probados de la Sentencia impugnada, los recurrentes, condenados por delitos de robo con violencia, detención ilegal y homicidio, tras mantener una discusión con el propietario de la casa, que les había ofrecido cobijo, «de común acuerdo, y con ánimo de ilícito beneficio, se abalanzaron sobre el mismo y, tras atarlo, le exigieron la entrega de dinero, que consiguieron, ... para, a continuación, al observar que tenía tarjeta de crédito, le exigieron la entrega del número secreto, que obtuvieron, quedándose dos de los procesados con el mismo mientras que el primero de ellos se desplazó (al banco), en donde, usando dicha tarjeta, efectuó varias extracciones, ..., regresando al domicilio ... Una vez en el mismo los tres procesados ataron y maniataron a Ramón, marchándose a un lugar desconocido ... en donde con el dinero obtenido compraron sustancia estupefaciente, volviendo nuevamente a la vivienda ... permaneciendo un tiempo indeterminado en la vivienda, siempre atado el propietario, (y) se apoderaron de diversos objetos, ..., abandonando a continuación la vivienda dejando al propietario atado con unas cuerdas de nylon de manos y pies a la espalda, además de una correa, dejándolo amordazado mediante la introducción de unos calzoncillos en la boca que aseguraron con cinta de embalar rodeando la cabeza, y abandonando la vivienda con lo sustraído y las llaves de la misma, que utilizaron

para cerrar la puerta. (Ramón) que se encontraba atado y amordazado no pudo desasirse ni pedir auxilio, lo que motivó que en hora no determinada falleciera por asfixia ...».

Entre los distintos motivos de casación formulados por los recurrentes, el basado en la aplicación indebida del art. 138 C.P. es el de mayor interés. En él se sostenía que la conducta de los acusados no podía considerarse dolosa, sino simplemente imprudente, pues «aunque los acusados pudieron representarse la muerte de Ramón por hambre y sed, no la pudieron prever como realmente se produjo», añadiéndose que, según el informe médico forense, en la producción de la asfixia influyó probablemente la existencia de un mal estado previo del sujeto, como lo confirma el hallazgo de un colapso pulmonar previo a la asfixia, por lo que habría habido una desviación del curso causal no previsible.

La S.T.S. opone que aun con la existencia del previo colapso pulmonar y aun admitiendo que ese extremo no fuera conocido por los autores, no es posible negar el conocimiento de las extremadas dificultades respiratorias en que se hallaba la víctima, por la forma en que la abandonaron, ataron y amordazado, siendo «de conocimiento accesible a cualquier persona que, a pesar de que de momento quede libre la respiración por la nariz, cualquier probable obstrucción en la vía nasal puede acabar, cuando no exista posibilidad de actuación propia o ajena, en la asfixia mortal».

La Sentencia afirma tanto la relación de causalidad natural, como la imputación objetiva, así como también la existencia de, al menos, dolo eventual con respecto al resultado de muerte producido.

Desde luego, ninguna duda ofrecía, de acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non*, la causalidad natural, pues suprimida mentalmente la acción del autor el resultado no se hubiera producido. Y tampoco ofrecía duda el peligro jurídicamente desaprobado que representó aquella acción. Más problemática era la cuestión de la concreción del peligro creado por la acción en el resultado producido, alegando el recurrente la concurrencia de riesgos: uno el creado por su propia acción, y otro el representado por el colapso pulmonar previo que sufría la víctima. La Sentencia entiende que la muerte fue realización de aquella acción del autor, no de esta última circunstancia, pues a pesar del síndrome de asfixia, los peritos dejaron clara la influencia de la atadura y de la mordaza en la producción de la muerte, luego éste representaba un peligro implícito a la acción llevada a cabo por el autor.

En cuanto al problema de carácter subjetivo, el de la previsibilidad del resultado, esto es, si el autor pudo saber que en la extremadas dificultades respiratorias en que se dejó a la víctima

se podía producir su muerte, con previo colapso pulmonar o no, tampoco era dudoso, dadas las circunstancias en que tuvo lugar la acción realizada. No cabe duda, pues, del conocimiento por parte del autor (autores) del peligro (concreto) de su acción para la vida de la víctima, que, naturalmente, se mantendría aun en la hipótesis de que se hubiera afirmado que el resultado fue concreción de otro peligro (por ej., un incendio en la casa no provocado por el autor), aunque en tal supuesto, al faltar la imputación objetiva, el tipo objetivo quedaría incompleto y el delito quedaría, pues, en simple tentativa.

- ***Sentencia núm. 1284/2005, de 31-10. Recurso de casación 1047/2005. Ponente: Magistrado D. Carlos Granados Pérez. Estima el recurso. Voto particular. DELITO DE INJURIAS AL REY (art. 490.3 C.P.): frases injustificadas y desproporcionadas que no están justificadas por la libertad de expresión.***

La Sala de lo Civil y Penal del T.S.J. del País Vasco había declarado los siguientes hechos probados: «1) Que, en fecha de 26-2-2003, Arnaldo Otegui participó en una rueda de prensa celebrada en San Sebastián. 2) Que en dicha rueda de prensa, entre otros extremos, manifestó: ‘¿cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?’».

La Sentencia del T.S.J. del País Vasco absolvió al acusado, recurriendo en casación el Ministerio Fiscal, que entendía que debió apreciarse un delito de injurias graves al Rey del art. 490.3 C.P.

La S.T.S., luego de referirse ampliamente a los precedentes jurisprudenciales que reconocen la importancia de la libertad de expresión, señala, con cita de la S.T.C. 39/2005, que este derecho fundamental no es ilimitado, y que deben excluirse del ámbito de protección de dicha libertad las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, pues la C.E. no reconoce un pretendido derecho al insulto. También se refiere a su Sentencia de 26-4-1991, que apreció la existencia de un delito de injurias al Rey, en la que se afirmó que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afectan al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros, de manera que cuando la expresión del menosprecio se extiende a este núcleo, el ejercicio

del derecho a la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está sometido no sólo al límite que expresamente contiene el art. 20 C.E., sino también al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 C.E.

La Sentencia entiende que las frases proferidas por el acusado expresan un evidente menosprecio al Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho, sin que en modo alguno puedan verse atemperadas por el contexto en el que se dice pronunciadas, por lo que la S.T.S. concluye afirmando que en modo alguno aquellas frases pronunciadas por el acusado estaban justificadas por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, concurriendo los elementos objetivos y subjetivos del delito de injurias al Rey del art. 490.3 C.P., por lo que el T.S. dicta una segunda sentencia en la que condena al acusado, como autor de dicho delito, a la pena de un año de prisión.

La S.T.S. contiene un voto particular disidente, en el que se defiende la decisión absolutoria de la Sentencia recurrida del T.S.J. del País Vasco, por haber actuado el acusado en el ejercicio de su libertad de expresión.

- ***Sentencia núm. 1291/2005, de 8-11. Recurso de casación 263/2005P. Ponente: Magistrado D. J. R. Berdugo Gómez de la Torre. Desestima el recurso. DELITO DE VIOLACIÓN (arts. 179 y 180.1.ª y 3.ª C.P.): cooperador necesario en las violaciones de los demás autores.***

En los hechos probados de la Sentencia impugnada se afirmaba lo siguiente: «En la explanada existente al final del camino, ..., Fco. Javier, en unión de al menos dos de los menores, obligó a Sandra a bajar del vehículo, siendo incluso golpeada para ello, procediendo seguidamente a desnudarla, hecho lo cual y mientras dos de los menores sujetaban a Sandra por los brazos y piernas, Fco. Javier la penetró vaginalmente, sustituyendo a continuación a uno de los menores en la inmovilización para que aquél la penetrase de igual forma, lo que también hizo un segundo menor».

Frente a la pretensión del recurrente, Fco. Javier, que en su recurso rechazaba la aplicación del art. 28 C.P. en relación a los dos delitos de violación en los que él se había limitado a inmovilizar a la menor para que los otros dos pudieran penetrarla, la S.T.S. entiende que «debe haber condena de todos los que en grupo par-

ticipan en estos casos de agresiones sexuales múltiples ... porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del ap. b) art. 28 C.P. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del ap. b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (...).

Incluso, añade la S.T.S., «será cooperador necesario, no sólo el que contribuye o coadyuva el acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y en lugar solitario. En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que ... se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la que simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental».

En el caso concreto, el recurrente no sólo obró de común acuerdo con los menores, sino que su conducta no fue de mera presencia, pues él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, ésta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar —concluye la S.T.S.— el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir a todos los actos de acceso carnal con la menor realizados.

- ***Sentencia núm. 1464/2005, de 17-11. Recurso de casación 1668/2004. Ponente: Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz. Estima el recurso. DELITO DE CONDUCCIÓN CON CONSCIENTE DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS (art. 384 C.P.) en concurso (ideal) con un delito de homicidio (art. 138 C.P.).***

En el caso resuelto por esta S.T.S., el recurrente, junto con otro, luego de sustraer un vehículo y cometer un robo, huyeron del lugar y al advertir la presencia de una dotación policial decidieron entrar en una autopista, en contradicción y a una velocidad superior a los 100 km/h, circulando así durante varios kilómetros, hasta que el recurrente, que conducía el vehículo, al esquivar un vehículo, colisionó contra la valla de protección de la autopista, falleciendo su acompañante. El recurrente, entre otros delitos, fue condenado por «delito de conducción temeraria con resultado de muerte, con la atenuante de confesión, a la pena de dos años y seis meses de prisión. El Ministerio Fiscal recurrió en casación, considerando que la Audiencia debió calificar los hechos como delito de homicidio en concurso ideal con el delito contra la seguridad del tráfico del art. 384 C.P. La S.T.S. le da la razón y estima el recurso.

La S.T.S. acepta la tesis defendida por el Ministerio Fiscal, señalando que el disvalor de resultado producido no estaba comprendido en el delito de peligro del art. 384 C.P. Dice la Sentencia que el delito aquí contenido es un delito de peligro concreto, pero que por la propia dicción literal del precepto («con consciente desprecio para la vida de los demás»), éste «entraña una unidad delictiva en el sentido de que existirá un solo delito con independencia del número de vidas despreciadas o puestas en peligro». Ahora bien, desde el punto de vista subjetivo la referencia es el dolo, «de forma que si el conductor obrase con dolo directo de matar a alguien poniendo en peligro también la vida de otras personas indudablemente se trataría de un supuesto de concurso real» y «si el dolo es eventual, habrá concurso si acaece el resultado lesivo, preguntándose entonces la S.T.S. si en este último caso el concurso es también real, como cuando concurre dolo directo, o medial o ideal, optando, con cita de la S.T.S. 2144/2002, por esta última opción.

Por tanto, la S.T.S., luego de desestimar el recurso también interpuesto por el acusado, rechazando que el móvil aducido por éste (huida de la persecución policial) pudiera excluir el dolo, así como la tesis también mantenida por el acusado de culpabilidad por imprudencia, «pues la calificación conforme al art. 384 C.P. comporta esta forma de culpabilidad», dicta una segunda sentencia en la que condena al acusado, como autor de un delito de con-

ducción con consciente desprecio por la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, a la pena de doce años y seis meses de prisión.

B) ACUERDOS DE SALA GENERAL (Pleno no jurisdiccional)

• Acuerdos adoptados el 3 de octubre de 2005.

— Asunto: ¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?

Acuerdo: «El art. 778.3 LECrim. constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia».

— Asunto: alcance del art. 313.1.^a C.P. (entrada clandestina e ilegal).

Acuerdo: «El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina».

• Acuerdos adoptados el 25 de octubre de 2005.

— Asunto: ¿Es posible subsumir en la apropiación indebida las distracciones económicas realizadas sobre bienes gananciales por un cónyuge en perjuicio de otro?

Acuerdo: «El régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 C.P.»

— Asunto: El principio de retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda pública.

Acuerdo: «Es aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada».

— Asunto: Conveniencia de modificar la redacción del actual art. 368 C.P.

Acuerdo: «**Cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años de prisión cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud**».

Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior el añadir un segundo párrafo al actual art. 368 C.P. con el siguiente texto: «**No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrá imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable**».

• **Acuerdos adoptados el 29 de noviembre de 2005.**

— Asunto: Pena correspondiente al delito electoral: alcance de la supresión de la pena de arresto de fin de semana.

Acuerdo: «**Al arresto de fin de semana, dentro del Código penal, le son de aplicación el régimen de las disposiciones transitorias de este cuerpo legal**».

— Asunto: ¿Las disposiciones transitorias del Código penal, en particular la número 11, se aplican en relación con las leyes penales especiales? Sí.

— Asunto: Acumulación de condenas: ¿Debe exigirse la firmeza de las sentencias?

Acuerdo: «**No es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación**».